

Simona Cacace

**LE DIVERSE FACCE DELLA
GENITORIALITÀ E UN UNICO
INTERESSE, QUELLO DEL
MINORE. COSÌ VICINI AD UN
CORTOCIRCUITO GIURIDICO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore



DOTTRINA E METODOLOGIA

LE DIVERSE FACCE DELLA GENITORIALITÀ E UN UNICO INTERESSE, QUELLO DEL MINORE. COSÌ VICINI AD UN CORTOCIRCUITO GIURIDICO

THE DIFFERENT FACES OF PARENTHOOD AND ONE INTEREST, THAT OF THE CHILD. SO CLOSE TO A LEGAL SHORT CIRCUIT

Simona Cacace *

RIASSUNTO

La vicenda dello scambio di embrioni avvenuto all'ospedale Pertini di Roma contiene tutti gli ingredienti sui quali ci s'intende interrogare in queste pagine: la possibile scissione fra genitorialità genetica, biologica e sociale, di cui la scienza è sì la prima responsabile, ma della quale il diritto deve pure cominciare ad assumersi la responsabilità; l'inettitudine, peraltro, delle norme giuridiche esistenti a disciplinare, decifrare ed efficacemente risolvere tali nuovi eventi; il ruolo, infine, che il sistema giuridico deve svolgere, dinanzi ad una sempre maggior audacia della ricerca scientifica, quanto ad eventuali divieti o caveat ovvero nel senso dell'individuazione di valori-guida in grado di sciogliere qualsivoglia nodo. Nel caso di specie, peraltro, ciò che non persuade è che lo yardstick impiegato sia stato davvero quello della felicità e del benessere dei gemelli, laddove la statuizione giudiziale pare per lo più condizionata dalla radicale impossibilità d'immaginare che i bambini, una volta emesso il primo vagito, potessero essere forzatamente allontanati dalla donna che li aveva appena partoriti. La gravissima brutalità insita nell'atto stesso di separare quanto fino a pochi momenti prima costituiva un unico essere vivente ha con ogni probabilità impedito una serena ponderazione dell'opzione « famiglia genetica »: è in questo senso, quindi, che ad essere prediletto è stato il benessere della madre biologica, nelle cui viscere i bambini son divenuti tali. D'altro canto, si può dire che la decisione sullo scambio di embrioni sia per lo più giustificata dallo spauracchio dello slippery slope: madre è colei che partorisce, salvo voler spalancare le porte alle pratiche di maternità surrogata. Permane, in conclusione, il sospetto di una mancata, sufficiente ponderazione del caso romano, a cagione dell'esplosiva miscela di diverse contingenze: l'inefficienza, per una

* Professore Aggregato di Biodiritto e Ricercatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 - 25122 Brescia. E-mail: simona.cacace@unibs.it.

vicenda siffatta, della normativa; l'impossibilità di uno « scambio » (una sola gravidanza, non due); la temuta, eventualmente gravissima conflittualità fra integrità psicofisica femminile ed interesse del minore; la mancata attivazione di strumenti di mediazione ovvero di meccanismi, anche inediti, di « composizione » e comprensione dei sentimenti familiari coinvolti. L'interrogativo, pertanto, si pone amleticamente in questi termini: se l'imperio della norma e lo stigma dell'ordinamento siano tali da poter prevalere e altresì prevaricare il reale, tangibile interesse del minore della fattispecie concreta.

SUMMARY

The case of the exchange of embryos recently happened in Rome, at Pertini hospital, contains all the topics on which we aim to reflect in these pages.

First of all, the possible split between genetic, biological and social parenthood, of which science is indeed the primary responsible, but on which law has to begin to take responsibility too.

Secondly the ineptitude of existing legal rules to govern, interpret and effectively solve these new events.

Finally, the role that legal system has to play in facing the ever greater boldness of scientific research, whether in restrictions and caveats or in the sense of identifying guiding values that can dissolve any node.

The yardstick introduced by the Roman court in this case, however, isn't very convincing, provided that it seems to be based more on the radical impossibility to imagine that a child, once issued the first cry, could be forcibly removed from its mother, rather than on the happiness and well-being of the two twins.

In other words, the brutality of separating what until a few moments before was a single living being has probably focused the attention on the biological mother and prevented a serene reflection on the option of the genetic family.

On the other hand, the decision has probably been influenced by the specter of a slippery slope: the mother is the one who gives birth, unless you want to throw open the doors to surrogacy practices.

The final impression, in conclusion, is that the court haven't been able to sufficiently weight its decision, as a result of the explosive mixture of different contingencies, such as an inefficient legislation, the impossibility of an "exchange", the dreaded and eventually dramatic conflict between mother's and child's physical and mental integrity and interests, the unavailability of any possible mediation, even in relation to the familiar feelings involved.

Then, here is the Hamletic doubt: the power of law and the spirit of the legal system have to prevail over the real and evident interest of the child in the actual case in point?

Parole chiave: scambio di embrioni, maternità surrogata, genitorialità genetica/biologica/sociale, interesse del minore.

Keywords: exchange of embryos, surrogacy, genetic/biological/social parenthood, child's best interest.

SOMMARIO:

1. L'errore e lo scambio; 2. L'accordo e la surroga; 3. Lo status dei figli commerciati: rispetto della norma v. tutela del minore.

1. L'errore e lo scambio.

La clamorosa vicenda dello scambio di embrioni avvenuto all'ospedale Pertini di Roma contiene tutti gli ingredienti sui quali ci s'intende interrogare nelle pagine che seguono: la possibile — e problematica — scissione fra genitorialità genetica, biologica e sociale, di cui la scienza è sì la prima responsabile, ma della quale il diritto deve pure cominciare ad assumersi, parimenti, la responsabilità (in termini di regolamentazione di fatti che *accadono* all'interno di un ordinamento); l'inettitudine, peraltro, delle norme giuridiche esistenti (e « tradizionali »: seppur, in ipotesi, tacitamente « confermate » dal legislatore del 2013 ¹⁾) a disciplinare, decifrare ed efficacemente risolvere tali nuovi eventi (nonché l'errore che talvolta può verificarsi); il ruolo, infine, che il sistema giuridico deve svolgere, dinanzi ad una sempre maggior audacia della ricerca scientifica, quanto ad eventuali divieti o *caveat* ovvero nel senso dell'individuazione di valori-guida in grado di sciogliere qualsivoglia nodo — *in primis*, l'interesse del minore: se solo si potesse questo facilmente individuare.

La vicenda è tristemente nota: due coppie ricorrono a procreazione medicalmente assistita; i cognomi sono molto simili, il giorno destinato all'impianto il medesimo, la biologa sbaglia e gli embrioni generati in provetta dai gameti di una vengono inseriti nell'utero della donna dell'altra — e viceversa. Solo una gravidanza, però, felicemente s'instaura: nascono due gemelli. Cinque giorni dopo la loro venuta al mondo, e ad iscrizione anagrafica già avvenuta, il tribunale capitolino ²⁾ respinge il ricorso *ex art.* 700

1) Cfr. d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in *GU* 8 gennaio 2014, n. 5.

2) Trib. Roma, 8 agosto 2014 (ord.), in *Dir. fam. pers.*, 2015, I, p. 551, con commento di A. MENDOLA, « *Favor minoris* » e presidio del dato biologico; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1115, con commento di A. SCALERA, « *Mater semper certa est* »? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni; *ivi*, 2015, I, p. 385, con nota di A. SCALERA, *La vicenda dello scambio degli embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo*; in *Dir. fam. pers.*, 2015, I, p. 186, con commento di M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del*

c.p.c. dei genitori genetici: madre è colei che ha partorito ai sensi dell'art. 269, comma terzo, c.c.; le norme in materia di filiazione e di prova del possesso di stato — il riferimento è, nella specie, agli artt. 231, 238, 239, 240, 243-bis c.c. — non lasciano margine alcuno alle pretese della coppia attrice. Si tratta, in particolare, di un'« eterologa da errore » (per sbaglio, una donna porta in grembo embrioni geneticamente estranei ad entrambi i componenti della coppia) o di una « surroga materna da errore » (la svista della biologa conduce all'impianto di embrioni nell'utero di una donna diversa dalla madre genetica, nonché priva di legami o relazioni con il padre genetico). Certo, non v'è volontà o accordo delle parti: solo, sussiste — da parte, invero, di tutti e quattro gli adulti coinvolti — una consapevole assunzione di responsabilità in ordine alla filiazione, nonché l'accettazione delle « regole deontologiche e giuridiche » disciplinanti la procreazione medicalmente assistita — che altresì impedirebbe, ex art. 9, commi 1 e 2, sia il disconoscimento della paternità³⁾ sia l'anonimato della madre.

Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni; in Giur. it., 2015, p. 323, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica; in Biodiritto*, 2014, p. 17, con commento di G. CRICENTI, *Lo scambio di embrioni. Spunti; in Fam. dir.*, 2014, p. 933, con commento di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità; in Vita not.*, 2014, p. 701, con nota di D. CORVI, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche; in Riv. Biodiritto*, 2014, p. 20, con commento di M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali, e ivi*, 2015, p. 18, con commento di F. CAMPODONICO, *Eterologhe « da errore » e salomonici abusi. Commenti a margine della risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma. V. E. ROCCELLA, Fine della maternità: il caso degli embrioni scambiati e la fecondazione eterologa*, Cantagalli, Siena, 2015.

3) Il marito può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità allorché non abbia prestato il proprio consenso (desumibile, quest'ultimo, anche per *facta concludentia*) alla fecondazione artificiale: cfr. Cass., sez. I civ., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 58, con commento di C. COSSU, *Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità; in Foro it.*, 2012, I, c. 3376, con nota di G. CASABURI, *In tema di procreazione medicalmente assistita e riconoscimento/disconoscimento del figlio naturale; in Fam. dir.*, 2012, p. 1150; in *Guida dir.*, 2012, n. 41, p. 46 ss., e in *Dir. giust.*, 2012, p. 639, con commento di V. FLOCCARI, *Inutile tentare il disconoscimento di paternità se emerge il decorso del termine di decadenza*. Al contrario, è inammissibile l'esperimento di tale azione laddove abbia egli previamente acconsentito alla fecondazione eterologa: v., in *primis*, Cass., sez. I civ., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Vita not.*, 2000, p. 1091, con commento di G. CASSANO, *Verità legale e verità biologica nell'ambito della fecondazione artificiale eterologa; in Giur. it.*, 2000, p. 280, con nota di F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto; in Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 1096 ss., con commenti di L. D'AVACK, *Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico rispetto a quello genetico*, di G. CIANI, *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 del S.C.*, di G. CASSANO, *I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)*, e di E. PRANDINI, *Il drammatico dilemma della scelta fra l'equità sostanziale e la coerenza giuridica; in Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, pp. 611 ss., con commenti di F.D. BUSNELLI, *Opinioni a confronto: fecondazione artificiale e disconoscimento di paternità. Fecondazione assistita: una giurisprudenza « in trincea », aspettando (invano) il legislatore*, di L. NIVARRA, *Assenso del marito all'eteroinseminazione della moglie e tutela costitutiva: una convivenza impossibile?*, di S. PATTI, *Inseminazione eterologa e venire contra factum proprium*, e di T. LOTITO, *Nota di rinvio. V. Corte cost.*, 26 settembre 1998, n. 347, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2410, con commento di M.R. MORELLI, *Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la « interpretativa di inammissibilità » (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)*; in *Giur. cost.*, 1998, p. 2637, con commento di E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita; in Foro it.*, 1998, I, c. 3042, con commento di R. ROMBOLI, *Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente inseminazione eterologa della moglie; in Vita not.*, 1998, I, p. 1481, con nota di M. FINOCCHIARO, *Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de iure condendo; in Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con commento di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa; in Giur. it.*, 1999, p. 465, con commento di F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione*

Otto mesi dopo, è sempre il tribunale romano⁴⁾ — e, ancora una volta, in via cautelare — ad intervenire sulla vicenda: in particolare, ad interessare è l'ipotizzata illegittimità costituzionale dell'art. 243-*bis* c.c., là dove — in una fattispecie quale quella concreta, altresì caratterizzata dal rapporto di coniugio intercorrente fra i resistenti — non è consentito al padre genetico di proporre l'azione di disconoscimento della paternità. Orbene, il giudice si risolve per l'inammissibilità di tale questione: non è possibile affermare, infatti, la sussistenza di un principio d'ordine pubblico che sancisca la « necessaria sovrapposizione » fra filiazione e « appartenenza o verità genetica »; soluzioni diverse — un differente « assetto degli interessi in conflitto » — appaiono sì possibili e del tutto legittime (a fronte dell'errore umano, la valorizzazione delle origine genetiche), ma rimangono appannaggio della discrezionalità del legislatore ed esorbitano dalla competenza della Corte costituzionale. D'altro canto, il silenzio normativo neppure può ritenersi « significativo » (seppur in qualche modo *ribadito* nel 2013, come suaccennato), quale autentica e cosciente presa di posizione in ordine all'attribuzione della maternità e della paternità — in un contesto, quale quello odierno, in cui il progresso scientifico e una più variegata e complessa composizione sociale presentano sfide e covano conflitti un tempo (non così remoto) inimmaginabili. Ciò è tanto più vero se si considera come, laddove la gestante non fosse stata coniugata con il suo compagno (attuale padre « sociale » dei gemelli), il riconoscimento da questi eventualmente effettuato sarebbe ben stato suscettibile, invece, d'impugnazione per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 263 c.c. e da parte di chiunque ne potesse avere interesse — *in primis*, naturalmente, il

*di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale; in Giur. it., 1999, p. 461, con nota di L. BALESTRA, Inseminazione eterologa e status del nato; in Dir. fam. pers., 1999, p. 35, con commento di G. CIANI, Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale; in Dir. fam. pers., 1999, p. 20, con commento di P. MOROSINI, Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale; ivi, p. 12, con nota di L. D'AVACK, Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta; in Vita not., 1999, p. 35, con nota di G. CASSANO, Pater incertus est: una pronuncia sibillina della Consulta sul disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa; in Giur. it., 1999, p. 1110, con commento di G. FERRANDO, Interesse del minore e status del figlio; ivi, p. 1138, con nota di F. MANNELLA, L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente; in Dir. fam. pers., 1999, p. 506, con nota di G.M. UDA, Sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 235 c.c. nei confronti dei figli legittimi nati a seguito di fecondazione artificiale eterologa, e in questa Rivista, 1999, p. 1668, con commento di E. SILINGARDI, La tutela dei diritti costituzionali del minore in caso di fecondazione assistita eterologa. Cfr. altresì, infine, C. ROLANDO, Fecondazione eterologa: disconoscimento di paternità e valore del consenso nell'esperienza giurisprudenziale. Problematiche bioetiche nella fecondazione eterologa, in *Lustitia*, 2002, p. 373; M. BIANCA, Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola alla Cassazione, in *Ragiusan*, 1999, p. 202; M. SESTA, La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 297; P. FRATI - E. TURILLAZZI, Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità, in questa Rivista, 1999, p. 1276; A. GUARNERI, Un figlio, due padri, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 1064; F. DI CIOMMO, Fecondazione eterologa, disconoscimento di paternità e tutela del minore, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2918; G. FERRANDO, Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 223; E. SCODITTI, « Consensus facit filios ». I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1835; M. MIDIRI, Il passo lento delle Camere e le due Corti (a proposito dell'inseminazione artificiale e del disconoscimento di paternità), in *Pol. dir.*, 1999, p. 291; D. MANNA, Responsabilità e procreazione, in *Riv. cr. dir. priv.*, 1999, p. 323, e M.R. MORELLI - S. MORELLI, Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1333.*

4) Trib. Roma, 22 aprile 2015: il testo integrale dell'ordinanza può leggersi al sito <http://www.biodiritto.org/index.php/item/663-pertini2>.

genitore genetico. Per mero caso, quindi, si è scampati all'esito stupefacente — quanto inaccettabile — che dalla pedissequa applicazione della normativa esistente sarebbe scaturito: due genitori, l'uno all'altro completamente sconosciuti. L'assenza del rapporto di coniugio avrebbe completamente capovolto, allora, la logica seguita⁵⁾: non più la protezione della famiglia « legittima » (*favor legitimitatis*: paternità *legale*) dalle pretese ed ingerenze del padre naturale (la quale tutela spiega la limitazione dei soggetti che tale azione possono esercitare: il marito, la moglie, il figlio), bensì la prevalenza della verità genetica (*favor veritatis*: paternità *biologica*) ai fini della salvaguardia dell'identità personale del nato. In quest'ultima ipotesi, dunque, l'accertamento in merito all'autenticità del rapporto di filiazione non può che corrispondere all'interesse del minore⁶⁾, fatti salvi, però, i termini normativamente previsti — decorsi i quali a prevalere è, invece, il principio della certezza dello *status* e la preservazione di vincoli familiari e affettivi oramai consolidati⁷⁾. Peraltro, lo stesso riconoscimento effettuato nella consapevolezza della sua falsità non solo potrebbe non essere suscettibile di successiva ritrattazione da parte del suo medesimo autore (adducendone, per l'appunto, la non corrispondenza al vero)⁸⁾, ma è altresì esposto a sanzione e stigmatizzazione in via sia penale sia civile, ai sensi degli artt.

5) Cfr. anche Trib. Roma, 2 ottobre 2015 (ord.), in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/750-pertini-ottobre>: « la filiazione nel matrimonio si fonda sul principio della presunzione di paternità e sull'obbligo di fedeltà tra i coniugi, la filiazione fuori del matrimonio non tollera un accertamento presuntivo della paternità e richiede, insieme alla natura volontaria del riconoscimento, una legittimazione diffusa alla sua impugnazione onde accertare nel più breve tempo possibile la reale paternità ».

6) Cfr. Corte cost., 12 gennaio 2012 (ord.), n. 7, in www.personaedanno.it, con commento di I. BEDESCHI, *Il disconoscimento di paternità si fonda sul favor minoris*: « questa Corte ritiene che la crescente considerazione del *favor veritatis* (...) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico ». V. altresì Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Guida dir.*, 2012, p. 70, con annotazioni di M. FINOCCHIARO, e in *Riv. dir. internaz.*, 2012, p. 574; Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4467, con commento di R. CARLEO, *Incapacità formale, incapacità sostanziale ed effettività della tutela costituzionale del diritto all'azione di disconoscimento di paternità*; Corte cost., 3 luglio 1997, n. 216, e Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

7) V., da ultima, Cass., sez. I civ., 26 marzo 2013, n. 7581, in *Corr. giur.*, 2013, p. 726, con commento di V. CARBONE, *Azione di disconoscimento della paternità con efficacia erga omnes*, e in *Guida dir.*, 2013, 25, p. 53.

8) Cfr. Trib. Napoli, 11 aprile 2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2040, con annotazioni di G. CASABURI, e in *Corr. mer.*, 2013, p. 596; Trib. Roma, 17 ottobre 2012, n. 19563, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3349; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 349, con commento di M.G. STANZIONE, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 909, con nota di F. FAROLFI, *Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione*; in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 921, con commento di A. COSTANZO, *Consapevolezza della falsità del riconoscimento di figlio naturale e impugnazione ex art. 263 c.c.: tra favor veritatis, favor legitimitatis e principio di responsabilità*; in *Giur. mer.*, 2013, p. 1285, con commento di G. SAVI, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede*; in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 974, con nota di A. PRINZI, *Sulla legittimazione all'impugnazione del riconoscimento del figlio consapevolmente falso e sulla interpretazione assiologica e sistematica dell'art. 263 c.c.*, e *ivi*, 2014, p. 705, con commento di E. RESTIVO, *Sul riconoscimento non veridico di un figlio naturale*; Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1250, con nota M. DI NARDO, *Venire contra factum proprium: applicabilità del principio in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, e Trib. Napoli, 28 aprile 2000, in *Giur. nap.*, 2000, p. 277. V. F.D. BUSNELL, *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1262; F. NADDEO, *La filiazione naturale*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Giappichelli, Torino, 2011, IV, pp. 69 ss.; P. UBALDI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in G. COLLURA - L. LENTI - M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, II, p. 330; M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il*

495 c.p. e 2043 c.c., onde eventualmente riparare proprio i pregiudizi che al minore siano derivati da tale, illecita condotta ⁹⁾.

Ebbene, è evidente come il legame genetico non sia dall'ordinamento considerato ingrediente irrinunciabile nella composizione e alla ricerca dell'interesse del minore: infatti, benché destinatario di una più attenta considerazione al di fuori del vincolo matrimoniale, esso comunque finisce per retrocedere dinanzi a situazioni familiari consolidate (decorso, dunque, un certo lasso di tempo: mai più di cinque anni dal giorno della nascita o dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita) ovvero in nome del rispetto del principio di buona fede e di autoresponsabilità (del genitore *che ha riconosciuto*). In questo medesimo senso, solo al figlio è consentito determinare il venir meno di tali principi — ovvero che il suo miglior interesse coincide con l'affermazione della verità biologica (e non con la conservazione dello stato): da qui, l'imprescrittibilità della sua azione (e solo della sua azione) d'impugnazione del riconoscimento.

Ora, coloro che sono stati chiamati a pronunciarsi circa il merito di questa vicenda — i quattro giudici romani ¹⁰⁾ e il Comitato Nazionale per la Bioetica ¹¹⁾ — si sono trovati dinanzi a due problemi, onde pervenire a decisione (che fosse altresì rapida e non lasciasse àdito a dubbi): l'individuazione del *valore* in nome del quale determinarsi; una volta sancito questo (e la risposta parrebbe semplice: l'interesse dei minori), stabilire come declinarlo (quale opzione meglio lo preservi e lo consegua). D'altro canto, è pur vero che ¹²⁾ « la soluzione adottata dal Tribunale di Roma all'indomani della nascita dei bambini [trascorsi cinque giorni da questa, per l'esattezza: parentesi di chi commenta] ha dato concreta attuazione al loro interesse già per il fatto stesso di essere stata adottata »; l'interesse dei minori è stato « sommamente » tutelato grazie all'espressione di « una opzione netta verso una delle possibili soluzioni del conflitto »: in altri termini, era così

decreto legislativo n. 154/2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 454, e Id., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2015, p. 317 ss.

9) V. E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 88; M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio e le azioni di stato: alcune novità, molti interrogativi*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1283; O. CLARIZIA, *Innovazione e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 597; L. LENTI, *Lo stato di figlio: l'eguaglianza dei figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio*, in *Minorigiustizia*, 2014, p. 20; A. PALAZZO, *La riforma dello "status" di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245; A. FRASSINETTI, *Giudizio di disconoscimento della paternità e difetto di legittimazione a intervenire del preteso padre naturale (e dei suoi eredi)*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 876; M. ROBLES, *Alla ricerca della identità "perduta": la filiazione naturale tra (gen)etica e (bio)diritto*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2012, p. 187; A. ASTONE, *Azione di disconoscimento della paternità tra verità legale e verità biologica*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 996; Id., *Favor legitimatis e favor veritatis nell'azione di disconoscimento della paternità*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 898, e G. CASSANO, *Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2097.

10) Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit.; Trib. Roma, 22 aprile 2015, cit.; Trib. Roma, 2 ottobre 2015, cit., e Trib. Roma, 10 maggio 2016, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/822-pertini3>. Cfr. altresì CEDU, 10 ottobre 2014, n. 41146, *X and Y v. Italy*, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/549-scambio-embrioni-cedu>, la quale giudica inammissibile, a causa del mancato esperimento di tutti i rimedi interni, il ricorso presentato dai genitori genetici dei gemelli. V. E. LUZI - C. CENTOLA - M. CRUSCO, *Scambio di embrioni, genitorialità e status filiationis: tra verità genetica e appartenenza biologica*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 289.

11) Cfr. il parere, sollecitato dalla Regione Lazio, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, in <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>.

12) Trib. Roma, 22 aprile 2015, cit.

difficile decidere che il solo aver deciso... è stata una buona decisione. Peraltro, ciò che continua a non persuadere completamente chi scrive è che lo *yardstick* impiegato sia stato davvero quello della felicità e del benessere dei gemelli. Certo, la gestazione crea — *ça va sans dire* — un vincolo straordinario, ancestrale e simbiotico, fra la donna e il (*suo*) bambino, mentre rimane comunque cruciale la questione dell'interruzione volontaria della gravidanza, rispetto alla quale la madre biologica potrebbe — forse — determinarsi laddove sapesse che il neonato sarà affidato a cure diverse dalle proprie: tuttavia, la statuizione giudiziale pare per lo più condizionata dalla radicale impossibilità d'immaginare che i gemelli, una volta emesso il primo vagito, potessero essere forzosamente allontanati dalla donna che li aveva appena partoriti, la quale altresì versava — come sempre avviene — in condizioni fisiche, psichiche ed emotive di una delicatezza e peculiarità estreme. La gravissima brutalità insita nell'atto stesso di separare quanto fino a pochi momenti prima costituiva un unico essere vivente ha con ogni probabilità impedito una serena ponderazione dell'opzione « famiglia genetica ». È in questo senso che ad essere prediletto è stato, *in primis*, il benessere della madre biologica, nelle cui viscere i bambini son divenuti tali ¹³⁾: al contrario, complessivamente considerando l'intero percorso di crescita che li attende (l'infanzia, l'adolescenza, fino al raggiungimento dell'età adulta), non è balzano ritenere che meglio sarebbe stato fatto il loro interesse destinandoli ai genitori genetici. Al momento della verità, infatti, il figlio può nutrire un sentimento di profondissima riconoscenza nei confronti della donna che lo ha fisicamente messo al mondo, senza per questo dover in radice riconsiderare le proprie origini e la propria idea e modello di famiglia — rivalutazione alla quale sarebbe, invece, di necessità portato laddove la scoperta riguardasse l'estraneità genetica di chi lo ha cresciuto. L'importanza dell'allattamento — cui pure non è affatto scontato che una donna si dedichi — e della fisica sintonia connessa alla gestazione e al parto, nonché il contributo apportato « dal punto di vista anatomico e bio-ormonale » ¹⁴⁾ non paiono, in ogni caso, commensurabili rispetto ad un capovolgimento in termini esistenziali di tale portata.

Pertanto, se è vero che quello del vincolo genetico non costituisce principio prioritario del nostro ordinamento giuridico, ciò vale dinanzi all'impossibilità — in senso lato intesa — di accudimento da parte delle persone che con il minore condividano tale legame (si tratta dell'adozione o della fecondazione eterologa ¹⁵⁾) o a fronte di contin-

13) Cfr. Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit.: « (...) riconoscendo la prevalenza della madre genetica (...) si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante (...) ». Similmente si esprime Trib. Roma, 2 ottobre 2015, cit., secondo il quale, inoltre, il coniugio fra i due principi di rispetto dell'autodeterminazione femminile in ordine al proprio corpo e alla gravidanza, da una parte, e di prevalenza della maternità genetica, dall'altra, non sarebbe idoneo a garantire il diritto alla vita dei feti successivamente all'impianto nell'utero.

14) CNB, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 11.

15) Nell'ipotesi di fecondazione eterologa, si tratta di un'impossibilità « normativa » coerente con lo « spirito » stesso che connota la donazione di gameti: cfr. il terzo comma dell'art. 9 della l. 40/2004, ai sensi del quale « il

genze (un rapporto affettivo già instaurato; la protezione della famiglia « legittima » da ingerenze esterne) considerate le quali l'interesse del minore non richiede di prediligere siffatta relazione. Al contrario, s'è visto, l'ipotesi dello scambio di embrioni potrebbe non presentare argomenti sufficienti — quantomeno dal punto di vista bioetico — per accantonare l'opzione « genetica »: così, il CNB rinuncia ad indicare una soluzione (perfino ad accordare una semplice « preferenza »¹⁶⁾), giungendo a figurarsi un modello familiare « a sei », pur di non escludere nessun adulto dalla vita dei due bambini, in una pretesa logica dei « buoni sentimenti »¹⁷⁾ che in sede giudiziale sarà destinata ad essere accantonata come inattuabile e, comunque, non corrispondente al miglior interesse dei minori.

Che i genitori siano coloro i quali hanno cresciuto un figlio e non le persone che a costui hanno dato un determinato patrimonio genetico, è fuor di dubbio: in questo caso, però, si trattava proprio di decidere a chi accordare il privilegio di tale accudimento, laddove i gemelli (non essendo nati) ancora non avevano potuto sviluppare una qualche forma di attaccamento familiare, salvo quanto già espresso riguardo alla gestazione — il cui legame attiene, invero, più alla donna nei confronti dei neonati, che non viceversa. Come suaccennato, d'altronde, il figlio divenuto adulto fortissimamente ringrazia colei che lo ha portato (che nonostante tutto ha deciso di continuare a portarlo) in grembo, qualora non abbia avuto prima l'opportunità di conoscerla, mentre è probabile che ricerchi un'intensa frequentazione e reciproca conoscenza con la madre genetica dalla quale per mero errore e con grandissimo dolore è stato sottratto.

Peraltro, dinanzi ad una questione che, dal punto di vista bioetico, permane problematicamente sfaccettata, la norma si rivela in tutta la sua inettitudine, parimenti evidenziata dal CNB e dalle tre pronunce giurisprudenziali interessate: la pedissequa applicazione dei noti principi in tema di attribuzione della maternità conduce, infatti, ad esiti paradossali quanto all'individuazione della figura paterna — lasciata per lo più in ombra e clamorosamente negletta nell'ambito dell'intera vicenda. La casualità del rapporto di coniugio — s'è visto — attribuisce la paternità ad un soggetto che alcun rapporto con quei bambini può davvero vantare, a dispetto dell'esistenza di un uomo il quale, invece, ben presenterebbe le caratteristiche della gran parte dei padri, come da tradizione: non ha partorito i propri figli, ma vi è geneticamente legato. D'altro canto, neppure è possibile escludere che la prole (o lo stesso padre sociale, nei termini di legge) possa, in futuro,

donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi ».

16) CNB, *op. cit.*, p. 3.

17) Cfr. la Postilla del Prof. Francesco D'Agostino al già citato parere del CNB, p. 15: « (...) le considerazioni conclusive del CNB, le esortazioni a che ambedue le coppie depongano ogni atteggiamento conflittuale e operino per il bene prioritario dei bambini, sono molto nobili e molto belle. Ma sono anche, e purtroppo, molto astratte, come lo sono in genere tutte le esortazioni morali, elaborate dalle anime belle. Ho preso atto, seguendo i lavori che hanno portato, in seduta plenaria, all'approvazione unanime di questo documento, con il mio solo voto contrario, che nell'attuale CNB tutte le anime sono belle, tranne quella del sottoscritto ».

determinarsi per il disconoscimento di tale paternità né che sia persino configurabile una responsabilità civile per il comportamento di colui che consapevolmente abbia agito *contra veritatem* ¹⁸⁾ o che, comunque, in qualche modo abbia « profittato » dell'inadeguatezza normativa — ovvero del vuoto legislativo — a detrimento delle pretese, a gran voce avanzate, del padre genetico. È quest'ultima, certo, poco più di una provocazione, laddove non è trascurabile, per la vicenda del Pertini, l'avallo ottenuto dalla pronuncia giudiziale, ai fini della determinazione dello *status* dei minori contesi: del resto, si consideri come lo stesso figlio concepito grazie a fecondazione eterologa potrebbe ben esercitare — per amore della verità biologica — l'azione di disconoscimento di quella paternità che deriva dal mero consenso prestatato dal suo padre « sociale » alla pratica di procreazione artificiale ¹⁹⁾. Ecco, che la donna sia esente da tali considerazioni (si pensi, nell'eterologa, all'utilizzo del gamete femminile di una donatrice anonima) per il « sol » fatto del parto ²⁰⁾ può essere scelta degna di nuova ponderazione legislativa (seppur non necessariamente ai fini di un cambio di rotta) — dinanzi alla possibilità, per esempio, d'inserire i genitori genetici fra i soggetti legittimati all'azione di disconoscimento o di modificare, eventualmente, il regime di prova della maternità o di reclamo dello stato di figlio. In altri termini, il legislatore deve chiarire la posizione dell'ordinamento (una nuova realtà ha sordinato la lucida razionalità normativa): confermarla o specificarla o modificarla.

Che il diritto come lo conosciamo non sia all'altezza di situazioni di tal fatta (non sia *in grado* di disciplinarle) rileva altresì da un ulteriore — non trascurabile — elemento: laddove la gestante avesse deciso di non poter tenere con sé i bambini, perché non *suoi* (o solo casualmente *suoi*), neppure sarebbe stato possibile ipotizzare una spontanea consegna, subito dopo il parto, dei piccoli alla famiglia genetica, salvo voler in qualche modo utilizzare, forzandone le maglie, l'istituto dell'adozione in casi particolari. Ciò tanto più se si pone mente a quanto sarebbe potuto accadere nell'ipotesi in cui entrambe le gravidanze fossero andate a buon fine: curioso sarebbe immaginare, allora, la natura delle richieste dei quattro genitori (è probabile: lo scambio) e le modalità con cui, di conseguenza, l'interesse dei neonati sarebbe stato (diversamente?) declinato.

2. L'accordo e la surroga.

Si può dire che la decisione sullo scambio di embrioni abbia incontrato due fortissimi condizionamenti, più o meno espressi o verbalizzati. Il primo, di cui s'è già scritto, di

18) Cfr. Trib. Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam.*, 1993, p. 192, e in G. CASSANO, *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 227.

19) V. Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, cit.

20) Il CNB definisce « paternità femminile » l'ipotesi della madre genetica che non abbia partorito il figlio, poiché « come avviene nel caso della paternità, l'assenza di gravidanza non comporta la diminuzione dell'intensità affettiva nei confronti del nato »: cfr. CNB, *op. cit.*, p. 8.

natura soprattutto fattuale, ovvero attinente alla materiale gestione della fattispecie concreta: dinanzi all'indecidibile, infatti, la soluzione più semplice — da molti punti di vista — è apparsa lasciare i bambini dove già questi si trovavano. Il secondo, invece, di carattere più propriamente giuridico e sistematico, riguarda lo spauracchio dello *slippery slope*: madre è colei che partorisce, salvo voler spalancare le porte — anche a casa nostra ²¹⁾ — alle pratiche di maternità surrogata. Nel *surrogacy contract*, peraltro, la situazione *ex ante* disciplinata appare, di norma, solo in parte eguale a quella ascrivibile, a Roma, al mero errore sanitario, con una frequente sovrapposizione fra madre gestazionale e genetica (colei che partorisce dà altresì al minore il proprio DNA), da una parte, ed un padre genetico (nonché aspirante « sociale ») appartenente alla coppia committente, dall'altra. In questo senso, la *vexata quaestio* non è tanto rappresentata da quale donna sia la madre, bensì se sia possibile e lecito accordare l'intera potestà genitoriale al padre, annullando i diritti della puerpera in virtù del consenso da questa anticipatamente prestato. È il caso *Baby M.* ²²⁾, laddove la guida è sempre il miglior interesse del minore:

21) *Contra*, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Riv. Biodiritto*, 2014, p. 22, con commento di S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*; *ivi*, p. 29, con nota di I. RIVERA, *Quando il "desiderio" di avere un figlio diventa un "diritto": il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*; in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 1123, con commento di S. TONOLO, *Il diritto di genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *Riv. Biodiritto*, 2014, p. 21, con commento di C. CASINI - M. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*; *ivi*, 2014, p. 23, con nota di M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*; in *Med. mor.*, 2014, p. 367, con commento di M. CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la "procreazione medicalmente assistita". Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 831, con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Vita not.*, 2014, p. 675, con commento di G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 761, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068, con commento di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Riv. cr. dir. priv.*, 2014, p. 469, con commento di A. QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*; in *Stud. iur.*, 2014, p. 1243, con nota di R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi "indirizzi operativi" della Conferenza delle Regioni*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 1290, con commento di C. CICERO - E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Giur. it.*, 2014, p. 2827, con commento di E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, e in questa Rivista, 2015, p. 25, con commento di C. CASELLA - P. DI LORENZO - M. NIOLA, *La disciplina della fecondazione eterologa dopo la pronuncia della Consulta. V. R. CHIEPPA, Le attuali varie tipologie di genitorialità tra biologica, legale e adottiva: finzioni, contraddizioni e responsabilità, con riguardo anche alla genitorialità da fecondazione eterologa, in Iustitia*, 2015, I, p. 121; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 142, e G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su "status filiationis" e PMA (Procreazione Medicalmente Assistita). Breve cronistoria*, in *Riv. Biodiritto*, 2014, p. 23.

22) *In re Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J.77 A.L.R.4th 1. Cfr., per tutti, G. PONZANELLI, *Il caso Baby M, la « surrogate mother » ed il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97, e *Id.*, *Ancora sul caso Baby M: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 293. V. altresì A.G.R. v. D.R.H. and S.H. (conosciuto anche come *Robinson v. Hollingsworth*), No. FD-09-1838-07 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. Dec. 23, 2009), ove viene riconosciuto madre colei che ha partorito, benché geneticamente estranea alle due gemelle. D'altro canto, nella fattispecie, proprietaria degli ovuli è una donatrice anonima; ad ogni modo, l'affidamento delle bambine viene riconosciuto in via esclusiva alla coppia di uomini che ha voluto la maternità surrogata, perché meglio in grado di garantire il miglior interesse delle minori (padre genetico è uno dei due *partners*; la sorella dell'altro è colei che ha partorito).

di conseguenza, se i diritti della madre naturale non possono essere — sulla carta — interamente pretermessi, è pur vero che, alla fine, la bambina viene affidata alla (più adeguata) coppia committente, con la mera previsione, a beneficio della *surrogate mother*, della possibilità d'incontrare e frequentare la figlia.

Anche in Italia, né il disvalore insito nel contratto di gestazione per altri né una strenua volontà di deterrenza paiono sufficienti al fine di vanificarne *a priori* gli effetti, a fronte dell'impellente esigenza di tutelare, ancora una volta, il benessere del minore: colui che commissiona la maternità surrogata è pur sempre anche il padre genetico, senza contare quanto sia facile che la coppia committente esca trionfante, ai fini dell'affidamento del nuovo nato, anche da un'eventuale valutazione comparativa, perché solitamente più bella, più ricca, più innamorata²³). Certo, l'adozione in casi particolari può ben soccorrere il desiderio genitoriale della madre « intenzionale », nell'ipotesi in cui alla nascita del bambino non facciano seguito controversie di alcun tipo; per converso, nell'ambito di un sopravvenuto conflitto, entrambi i committenti potrebbero veder deluse le aspettative in origine nutrite, laddove non solo il rifiuto della gestante impedirebbe (a meno che non sia ella decaduta dalla potestà genitoriale) l'adozione *ex art.* 44, lett. b, legge 4 maggio 1983, n. 184, ma pure il suo eventuale *status* di coniugata opererebbe nel senso di una sostanzialmente irrimediabile frustrazione delle pretese del padre genetico.

D'altro canto, là dove madre è stata ritenuta la signora committente, questa era anche,

In particolare, la corte vuole tutelare « the personal safety, morals, health, general welfare and happiness of the child and satisfy itself as to the character, conditions, habits and surroundings of the respective parents ». Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992; D. CARUSI, *Non solo procreazione assistita: il principio di pari dignità e la Costituzione minacciata*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 413; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legislaz. pen.*, 2005, VI, p. 326; A. DAL MORO, *La tutela del bambino nella procreazione assistita*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 14; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 377; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, p. 179; S. CANESTRARI, *Metodiche "tipiche" e "atipiche" di procreazione assistita: profili penali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio: profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 169, e R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, p. 300. Cfr. altresì i contributi di R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, di S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, di B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, di L. DEL SAVIO - G. CAVALIERE, *The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour*, di S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, di B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, e di A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, tutti in *Riv. Biodiritto*, 2016, pp. 1-155.

23) Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, p. 485, con commento di F.M. CERVELLI, *Biogenetica, fecondazione artificiale e problemi giuridici emergenti*; in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 184, con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*; *ivi*, 1991, p. 191, con commento di M.C. LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*; in *Giur. mer.*, 1990, p. 240, con commento di M.G. MAGLIO, *Spunti in tema di procreazione artificiale*; in *Giur. it.*, 1990, p. 295, con nota di G. PALMERI, *Maternità « surrogata »: la prima pronuncia italiana*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 355, con nota di A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, e in *Foro it.*, 1990, I, c. 298, con annotazioni di G. PONZANELLI. Cfr. anche Trib. Napoli, 20 luglio 1988, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1728, e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 235: « il genitore biologico, partecipante al rapporto di procreazione solo a motivo dell'apporto genetico a lui risalente ma formalmente non accertato, non ha, ai sensi dell'attuale normativa italiana, alcun rilievo; pertanto egli, che non è titolare di alcun diritto-dovere nei confronti del nato dal suo apporto genetico fino a quando non ne effettui il riconoscimento, non può assumere la qualità di parte processuale in un giudizio nel quale si controverta del rapporto di filiazione, rispetto al quale l'ordinamento riconosce unicamente situazioni legali ritualmente certe ».

in variazione dello schema « tradizionale » appena delineato, la proprietaria degli ovuli impiantati nel grembo della gestante, secondo il modello, più propriamente, della locazione d'utero. In difetto di sovrapposizione fra madre gestazionale e genetica, dunque, il ruolo di quest'ultima è stato considerato « insostituibile rispetto all'identità del nato », mentre la puerpera avrebbe svolto una funzione meramente « accessoria », persino « intercambiabile », perché sostituibile, « in un futuro che non pare lontano », addirittura da dispositivi tecnologici ²⁴). Certo, non s'assume, nella fattispecie, a travaglio o conflitto alcuno: la gestazione viene « offerta » per amicizia e mero altruismo, senza nessuna volontà di assunzione di una qualche responsabilità genitoriale; una precisa volontà di procreazione e di accudimento appartiene solo agli *initial parents* — non v'è molto da disquisire, dunque, quanto al miglior interesse del minore, salvo voler concludere con la negazione dell'impianto ²⁵). Per converso, i giudici californiani risolvono la contesa del figlio a favore dei genitori genetici e a discapito della madre (solo) gestazionale argomentando in termini puramente eziologici: i geni prevalgono sul grembo perché i committenti hanno per primi voluto quel bambino; in assenza di tale desiderio e della conseguente stipulazione del contratto di surrogazione della maternità, questi non avreb-

24) Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199, con commento di E. CAPOBIANCO - M.G. PETRUCCI, *La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale di Roma*; in *Fam. dir.*, 2000, pp. 156 ss., con commenti di M. DOGLIOTTI e di G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1163, con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto: prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*; in *Quad. pol. dir. pol. eccl.*, 2000, p. 671, con commento di R. BOTTA, *Diritto alla maternità ed autorealizzazione della persona umana*; *ivi*, p. 685, con nota di G. DALLA TORRE, *Procreazione assistita: una questione di laicità?*; *ivi*, p. 693, con commento di S. PELLEGRINI, *Ciò che siamo e ciò che diventeremo. Riflessioni in materia di "maternità in affitto"*; in *Dir. giur.*, 2000, p. 455, con nota di G. CRICENTI, *Contratto di maternità surrogata, interpretazione evolutiva e frode alla legge*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 319, con annotazioni di A. ARGENTESI; *ivi*, II, p. 203, con commento di M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*; in *Dir. fam. pers.*, 2000, I, p. 706, con nota di L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*; in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 267, con nota di A. LA TORRE, *Maternità "surrogata" e gravidanza "di urgenza": la c.d. locazione dell'utero*; in *Giur. mer.*, 2000, I, p. 537, con nota di A.G. CIANCHI, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*; in *Med. mor.*, 2000, p. 261, con nota di G. ALBERTACCI - D. SACCHINI - G. VETRUGNO, *La maternità surrogata. Riflessioni medico-legali in tema di tutela dell'embrione, del nascituro, delle "due madri" e della dignità della persona umana*; in *Quest. giust.*, 2000, p. 371, con commento di A. SANTOSUOSSO, *Utero in affitto: il difficile contratto*; in *Bioetica*, 2000, p. 674, con commento di F.D. BUSNELLI, *Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma, 14 febbraio 2000*; in *Dir. giur.*, 2000, p. 75, con nota di F. UCCELLA, *Al futuro del figlio è stato preferito il presente dei genitori biologici. Bilanciamento erroneo e incompleto tra interessi costituzionali*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 483, con commento di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*; in *Giur. it.*, 2001, I, p. 300, con nota di R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 972, con annotazioni di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, e in *Giur. it.*, 2001, p. 1417, con nota di M. MANCUSO, *La recente giurisprudenza sulla procreazione assistita. Cfr. altresì S. RONDELLI, Procreazione artificiale o artificio creativo del diritto? (Il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, II, p. 260; L. GRASSO, *La procreazione artificiale: prospettiva giuridica, psico-sociologica e medico-legale. Le tecniche di procreazione assistita secondo il disegno di legge in discussione (S4048), con particolare riferimento al consenso informato ed all'apertura alle coppie*, *ivi*, 2001, p. 335; A. SPECCIO, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*, in *Giur. it.*, 2001, p. 74, e E. TRESOTOLA, *Bioetica e diritto privato. Crepuscolo del "mater semper certa est" nella prospettiva della maternità surrogata?*, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 403.

25) Trib. Roma, 17 febbraio 2000, cit.: il provvedimento giudiziale è meramente volto ad ordinare al medico l'impianto dell'embrione crioconservato (e geneticamente legato ad entrambi i committenti) nell'utero di una donna amica della coppia.

be conosciuto esistenza: « the mental concept of the child is a controlling factor of its creation, and the originators of that concept merit full credit as conceivers. The mental concept (...) creates expectations in the initiating parents of a child, and it creates expectations in society for adequate performance on the part of the initiators as parents of the child »²⁶). È la *dissenting opinion* di Justice Kennard ad instillare, però, il dubbio: l'unico criterio d'individuazione della madre sociale (di colei che dovrà essere madre) non può che consistere, come sempre, nella protezione del miglior interesse del minore, secondo una valutazione psicologica, etica, fisica, intellettuale delle due donne, la quale prescinda, peraltro, dalla loro capacità economica — salvo voler automaticamente favorire colei che la maternità l'ha « commissionata ».

Ecco: se al Pertini di Roma imperava l'errore, qui domina la volontà, la programmazione, la pianificazione delle parti; là dove l'abbaglio medico scambiava i figli, qui l'accordo fra genitori inverte, almeno per nove mesi, le madri. Ciononostante (e forse a maggior ragione), il problema permane identico: curioso che nessuno, per sciogliere il nodo ingarbugliato all'ospedale capitolino, abbia considerato l'opportunità di decidere secondo un miglior interesse dei gemelli « concretamente » accertato. L'errore è stato clamorosamente scoperto sei mesi prima della nascita: v'era tutto il tempo per maneggiare con cura ogni aspetto, fisico e psicologico, della vicenda, secondo procedure fors'anche irrituali (persino immaginando una sorta di *curator ventris*, che nulla togliesse — è naturale — all'autodeterminazione della gestante), ma ben adatte ad una fattispecie che di rituale non ha avuto proprio niente.

Singolare, del resto, appare il ruolo giocato dalla consapevolezza degli adulti coinvolti, nonché delle loro (pre)determinazioni: nella maternità surrogata, dove tutto viene anticipatamente scritto, il dramma irrompe proprio a causa di una volontà mutevole, alla quale l'ordinamento può dare o meno rilievo, così come può o meno riconoscere la validità e/o vincolatività del contratto presupposto²⁷). V'è un problema di buona fede, di affidamento, di assunzione di responsabilità, nonché di consapevolezza (appunto), addirittura di dolo, quanto agli effetti delle proprie azioni. Così, in *Perry-Rogers v. Fasano*²⁸), la donna che partorisce due gemelli di razze diverse deve consegnare lo *stranger* ai suoi genitori genetici, senza poter addurre l'instaurazione di un legame affettivo (anche a seguito della convivenza per svariati mesi dopo il parto) grazie al quale rivendicare diritti di sorta su quel bambino. L'errore era conosciuto, il rapporto d'amore è stato « dolosamente » creato: di conseguenza, quest'ultimo non può essere strumentalizzato ai fini della determinazione dell'oramai famigerato miglior interesse del minore.

Donna Fasano ha partorito, ma non basta: nello stesso modo, le neonate confuse in

26) *Johnson v. Calvert*, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

27) V. S. POLIDORI, *Illiceità della funzione negoziale e reato*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 510; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 349, e G. CASSANO, *Il caso Litowitz e gli « occhiali » del giurista italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, I, p. 357.

28) *Deborah Perry-Rogers, et al., v. Richard Fasano, et al.*, 276 A.D. 2d 67 (NY App. Div. 2000).

culla a Mazara del Vallo nel 1998 ²⁹⁾ vengono spontaneamente restituite, trascorsi tre anni, ai rispettivi *natural parents*. Le due famiglie coinvolte sono intervistate ³⁰⁾ ancora nell'aprile 2014, quando la vicenda dello scambio degli embrioni è sulle prime pagine dei giornali: « è come portarsi un lutto addosso » — dichiara uno dei padri. L'ipotesi è quella di cui all'art. 239 c.c.: nell'ipotesi di sostituzione di neonato (o di supposizione di parto) « il figlio può reclamare uno stato diverso »; il neuropsichiatra infantile contattato al tempo della scoperta consiglia « un processo di graduale reinserimento di ogni bambina nella rispettiva famiglia biologica » ³¹⁾. Lo scambio degli embrioni e quello dei neonati: come negli Stati Uniti, anche in Sicilia è la genetica a prevalere; le bambine non sono state partorite, ma i tre anni trascorsi all'interno della famiglia sbagliata (non solo i genitori; i nonni, i fratelli, i parenti tutti) le hanno certo plasmate, formate e modellate molto più che in nove mesi di gestazione. Nonostante ciò, l'interesse del minore è stato ritenuto, ad onta del sicuro trauma e dramma del distacco, il ritorno alle rispettive famiglie biologiche.

Ora, non v'è alcuna certezza, al riguardo, in capo a chi scrive; solo, permane il sospetto di una mancata, sufficiente ponderazione del caso romano, a cagione dell'esplosiva miscela di diverse contingenze: l'inefficienza, per una vicenda siffatta, della normativa; l'impossibilità di uno « scambio » (una sola gravidanza, non due); la temuta, eventualmente gravissima conflittualità fra integrità psicofisica femminile ed interesse del minore (il rischio di un intervento abortivo; il rischio, persino, di un atto d'autolesionismo estremo della donna cui venga detto che al termine dei nove mesi è destinata ad essere separata dal frutto del suo grembo); la mancata attivazione di strumenti di mediazione ovvero di meccanismi, anche inediti, di « composizione » e comprensione dei sentimenti familiari appassionatamente (dal *pathos* di classica memoria) coinvolti.

3. Lo status dei figli commerciati: rispetto della norma v. tutela del minore.

In Italia, s'è visto ³²⁾, il mito della genetica ha subito un duro colpo con il riconoscimento della legittimità della fecondazione eterologa; per contro, è la medesima Corte costituzionale a ribadire con forza come il ventre materno permanga nella sua infungibilità, laddove il divieto di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004, rappresenta « prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla

29) <http://www.repubblica.it/online/cronaca/scambiate/casa/casa.html>.

30) <http://www.lastampa.it/2014/04/16/italia/cronache/il-trauma-dello-scambio-di-culle-ho-dovuto-impare-ad-amare-la-mia-figlia-naturale-hLeiSTmZQn8C5CDkNj64cM/pagina.html>. V. anche <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Scambio-di-embrioni-precedenti-Italia-e-estero-pertini-0b4f81ec-3288-42d0-8a71-60f39823bfcc.html>.

31) È Giovanni Bollea: cfr. <http://www.panorama.it/news/cronaca/vite-scambiate-culla/>. Cfr. M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, II, p. 1751.

32) V. *supra*, sub nota 22, i riferimenti a Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

presente pronuncia, conservando, quindi, perdurante validità ed efficacia ». Il problema, pertanto, si pone amleticamente in questi termini: se l'imperio della norma e lo stigma dell'ordinamento siano tali da poter prevalere e altresì prevaricare il reale, tangibile interesse del minore della fattispecie concreta.

La Corte europea dei diritti dell'uomo³³⁾ condanna la Francia per la mancata trascrizione del rapporto di filiazione tra un padre e i suoi figli biologici, nati all'estero per il tramite di una maternità surrogata (conforme alla legge del luogo di nascita dei bambini). Lo Stato membro, infatti, è libero sì di vietare tale pratica di procreazione artificiale³⁴⁾; non è libero, per contro, di privare un soggetto del proprio *status* di figlio, così compromettendone irrimediabilmente vita privata ed identità individuale. Di conseguenza, l'interesse del minore, qui connesso ad uno degli aspetti più intimi dell'esistenza di un essere umano, non può soccombere dinanzi ad alcun principio sanzionatorio e/o di deterrenza rispetto a pratiche di turismo procreativo. Del resto, nei casi *Menesson* e *Labassee*³⁵⁾ il padre *d'intention* è altresì padre genetico e negare il rapporto di filiazione significherebbe rifiutare *tout court* un padre a quel figlio: non v'è qui altra verità, infatti, oltre a quella biologica. Non si tratta, peraltro, della mera incertezza giuridica quanto all'ottenimento della cittadinanza o alle future possibilità ereditarie: « la filiation biologique » è « élément de l'identité de chacun » e « on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance

33) CEDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, e CEDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1132, con commento di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; in *Quad. cost.*, 2014, p. 953, con nota di M.M. GIUGNI, "Menesson c. Francia" e "Labassee c. Francia": le molteplici sfumature della surrogazione di maternità, e in *Foro it.*, 2014, IV, c. 562, con nota G. CASABURI, *In tema di diritti umani: la maternità surrogata in Francia*. Cfr. G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 523; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo « status »*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2014, p. 615; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 202; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 20, e A. NOCCO, *Il diritto a essere figlio di due mamme. Come la CEDU aiuta i giudici a (in)seguire le trasformazioni della famiglia*, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 129.

34) V. Cass., ass. plén., 31 maggio 1991, n. 90/20.105, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 302, con commento di G. PONZANELLI, *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità in sostituzione: il caso francese*, e Cass., 1ère civ., 9 dicembre 2003, n. 01-03.927, in *Gaz. Pal.*, 2004, n. 149, p. 15, con annotazioni di J. MASSIP. V. anche G. PONZANELLI, *California e 'vecchia' Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 337; A.R. BALDASSARRI, « *Contrat de substitution de mère* » e « *adoption plénière lénière plénoption plénplénoption plénplénon plénénd*, *ivi*, 1992, IV, c. 304; A.M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nell'esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2005, p. 519; M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui, fictions et réalité*, Fayard, Paris, 2013, e A. GABRIEL, *La notion d'intérêt de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour autrui*, in *Gaz. Pal.*, 2009, n. 70-71, p. 39. Cfr. l'art. 16-7 del Code civil, introdotto dalla loi n. 94/653 relative au respect du corps humain, 29 juillet 1994.

35) CEDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, e CEDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, cit. Cfr. A. CHAUSSY, *Filiation d'enfants nés d'une GPA à l'étranger: premières décisions des juges du fond après l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, n. 57, p. 193, e J. BRUNIE, *Enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger: vers la transcription automatique de la filiation établie par l'acte d'état civil étranger?*, *ivi*, p. 91.

ce »³⁶⁾. Per scoraggiare la maternità surrogata, quindi, è escluso che lo Stato membro possa ignorare o negare la forza del legame genetico³⁷⁾.

Il DNA non c'entra affatto, invece, in *Paradiso e Campanelli c. Italia*³⁸⁾: l'embrione è frutto dei gameti di due donatori anonimi; i committenti non possono vantare vincoli con il bambino né la madre gestazionale rivendica in alcun modo uno *status* di sorta nei confronti del minore. A seguito della stipula di un contratto di maternità surrogata con una società russa, i due coniugi italiani versano a quest'ultima 49.000 euro; forse sono davvero in buona fede e il materiale genetico dell'uomo non viene utilizzato — per motivi sconosciuti — dal personale sanitario della clinica; certo è che, rifiutata la trascrizione del certificato di nascita del bambino nei registri dello stato civile italiano, questi viene allontanato, per ordine del tribunale per i minori, dalla coppia con la quale ha trascorso i primi otto mesi della sua vita. Tale periodo — meno di un anno — è il vincolo che i coniugi possono vantare, riconosciuto dai giudici europei: non v'è ordine pubblico che tenga a fronte dell'interesse del minore (si tratta, in definitiva, di consacrare quest'ultimo quale primario e superiore principio — esso stesso — di ordine pubblico), il quale può essere sottratto al proprio contesto familiare solo nell'ipotesi in cui versi in situazione d'immediato pericolo. Non basta, dunque, che i suoi (aspiranti) genitori, per diventare tali, abbiano violato la normativa italiana in materia di adozione, abbiano eventualmente dichiarato il falso e vissuto nell'illegalità, optando per una soluzione comunque avversata dal nostro ordinamento. D'altro canto, proprio perché protagonista è sempre il minore,

36) CEDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, cit.

37) V. anche Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 481, con commento di C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*. La trascrizione del certificato di nascita dei due gemelli viene autorizzato quanto al padre committente (nonché genetico), negata, invece, rispetto alla madre « intenzionale »: il principio della « responsabilità procreativa » non opera, per la donna, a prescindere dalla gestazione. Cfr., infine, Tribunale di Varese, 8 ottobre 2014; Trib. Brescia, 26 novembre 2013; Trib. Trieste, 4 ottobre 2013; Trib. Milano, 27 aprile 2014; Trib. Milano, 13 gennaio 2014, e Cass., sez. V pen., 5 aprile 2016, n. 13525, tutte in www.biodiritto.org. V. anche Trib. Bologna, 7 febbraio 2015, in www.tribunale.bologna.giustizia.it. V. T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 418; G. CASABURI, *In tema di nozione di maternità*, in *Foro it.*, 2014, II, c. 389; C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2015, e G. FATTORI, *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro-maggioritario*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, p. 143.

38) CEDU, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, in *Quad.cost.*, 2015, p. 472, con commento di L. LENTI, *"Paradiso e Campanelli c. Italia": interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*; in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 202, con commento di S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *GenUS*, 2015, p. 160, con commento di M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionale-privatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*; in *Vita not.*, 2015, p. 674, con nota di A. MENDOLA, *L'interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 315, con commento di E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello "status" di figlio e questioni aperte*; in *GenUS*, 2015, p. 243, con nota di M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso "Paradiso e Campanelli c. Italia"*; in *Foro it.*, 2015, IV, c. 123, con commento di G. CASABURI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, e in *Stato civ.it.*, 2015, p. 28, con nota di G. ROMEO, *La trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero nella sospetta ipotesi di maternità surrogata*. Cfr. altresì A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al vivo*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415, e S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81.

la riparazione che lo Stato italiano deve apprestare per il danno subito dai ricorrenti a fronte dell'ingiustificato allontanamento è solo risarcitoria: il bambino è stato nel frattempo adottato, sono trascorsi anni, non è possibile ricostituire il contesto familiare illegittimamente infranto. Certo, qui di maternità surrogata v'è molto poco: la differenza con la compravendita di minori o con l'acquisto di figli commissionati è un'inezia. Se è sufficiente pagare, portarsi un bambino in Italia e trascorrere con lui qualche mese per aggirare qualsivoglia divieto, procedura o requisito, allora la capacità statutale è, al riguardo, semplicemente annientata.

Pochi mesi prima, invece, la Cassazione ³⁹⁾ osserva come sia l'adozione, con tutte « le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale », il luogo ove realizzare « progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato », non certo il mero accordo fra le parti; così, il giudice non godrebbe di « alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto », poiché quale sia l'interesse dei fanciulli tutti (a prescindere dal fanciullo della fattispecie concreta) è già stato indicato dal legislatore (i bambini vanno partoriti o adottati: *tertium non datur*). In questo senso, una volta violato il divieto di maternità surrogata, il DNA del padre fa davvero la differenza.

Il tema, del resto, non è nuovo: già con Serena Cruz ⁴⁰⁾ l'ordinamento si era trovato a domandarsi se il diritto dovesse essere « mite » ⁴¹⁾ dinanzi ad un presunto interesse del minore e, soprattutto, come quest'ultimo dovesse nel concreto declinarsi. Nel momento in cui si è dato il via all'artificialità nella procreazione, peraltro, è ben difficile conservare divieti ed esclusioni, tanto più laddove questi vengano meno a distanza di qualche chilometro ⁴²⁾. Ne *Il grande freddo* ⁴³⁾, una delle protagoniste « presta » il marito all'amica

39) Cass., sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 221, con commento di A. FIGONE, *Divieto di riconoscimento nello Stato italiano di ipotesi di maternità surrogata. Commento alla sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014 della Corte di Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 474, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con commento di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, c. 241, con commento di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Fam. dir.*, 2015, p. 306, con nota di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*; in *Riv. cr. dir. priv.*, 2014, p. 615, con commento di M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo « status »*, e in *Jus civ.*, 2014, p. 24, con nota di C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*. Cfr. App. Brescia, 17 gennaio 2013, in *Vita not.*, 2015, p. 674, con commento di A. MIENDOLA, *L'interesse del minore*, cit.

40) Cfr. C. PANTANI, *Un caso di adozione irregolare (Tribunale dei minori e opinione pubblica a confronto)*, in *Amm.it.*, 1991, p. 1318; G. PERICO, *L'adozione internazionale. In margine al "caso Serena Cruz"*, in *Agg. soc.*, 1990, p. 765; M. DOGLIOTTI, *L'adozione, l'opinione pubblica e il caso Serena*, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 799; D. ZIINO, *Il caso di Serena Cruz: cronaca di un allontanamento annunciato*, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 90; M.V. PALMERI, *Dopo il "caso" Serena Cruz. Una sentenza giusta ma una legge da rivedere*, in *Parlamento*, 1989, p. 39, e N. GINZBURG, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Einaudi, Milano, 1990.

41) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

42) V. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 257, con commento di M.C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, e in *Giur. mer.*, 2010, p. 358, con commento di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*.

43) *The Big Chill* è un film del 1983 diretto da Lawrence Kasdan.

single che tanto desidera un figlio; nella realtà, l'altruismo è relegato all'eccezione⁴⁴⁾ e il denaro veicola diritti, aspirazioni, possibilità. Pandora ha scoperto il vaso e non ne esiste un fondo: i genitori biologici possono essere tre (con la donazione dei mitocondri⁴⁵⁾); possono non esserci (con la donazione anonima di entrambi i gameti⁴⁶⁾); possono essere dello stesso sesso (laddove una donna partorisca e la di lei compagna abbia prestato il proprio ovulo). La « ferocia » del diritto può esplicarsi in una logica escludente e discriminatoria — nei confronti di chi, per patologia o per situazione sentimentale — non possa « naturalmente » diventare genitore; può altresì manifestarsi con la distruzione e negazione di legami affettivi e familiari (*summum ius, summa iniuria*) — seppur dettata da ragioni « superiori » suesposte. Il diritto non può rifiutare la scienza; se lo fa, si assiste ad una forzatura miseramente e drammaticamente destinata al fallimento. Il legislatore, invece, deve considerare le acquisizioni scientifiche (che, comunque, sono il frutto di una ricerca già dotata di meccanismi, anche etici, di autocontrollo e autoregolamentazione) e provvedere alla loro disciplina, una volta « calate » nella realtà del singolo ordinamento, al fine di garantire i diritti di tutti i soggetti coinvolti. La logica, peraltro, non può essere quella di negare la realtà (meglio: l'evidenza) per negare aprioristicamente diritti: si pensi alla *stepchild adoption* per le coppie di persone dello stesso sesso, laddove il legame familiare ed affettivo già esiste⁴⁷⁾ — e si tratta solo di avvalorarlo. È facile, così, concludere dicendola con Filumena Marturano, « i figli sono figli, i figli sono tutti eguali »⁴⁸⁾ e, aggiunge chi scrive, paiono tutti parimenti meritevoli di tutela e riconoscimento giuridico.

44) D'altro canto, nel Regno Unito, lo *Human Fertilisation and Embryology Act* prevede dal 1990 la validità, solo se a titolo gratuito (fatto salvo il rimborso delle spese mediche sostenute), dei contratti di surrogazione della maternità, i quali permangono, peraltro, *not enforceable*.

45) Nel Regno Unito, primo paese al mondo, il relativo emendamento allo *Human Fertilisation and Embryology Act* è di febbraio 2015.

46) V. *In re marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998).

47) V. App. Torino, 29 ottobre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 448, con commento di L. FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*; in *Giur. it.*, 2015, p. 1348, con nota di F. CRISTIANI, *Trascrizione di filiazione accertata all'estero nell'ambito di un matrimonio omosessuale*; in *Fam. dir.*, 2015, p. 825, con nota di M. FARINA, *Il riconoscimento di "status" tra limite dell'ordine pubblico e "best interest" del minore*; in *GenUS*, 2015, con commenti di A. SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, p. 236, e di E. DI NAPOLI, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, p. 258. V. ISTITUTO DI BIOETICA, *Nota dell'Istituto di bioetica a proposito della registrazione anagrafica di minore nato da maternità surrogata come figlio di coppia omosessuale*, in *Med.mor.*, 2010, p. 735; G. CASABURI, *In tema di diritto del figlio a mantenere rapporti significativi con i parenti*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3309; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 580; A. DE STEFANO, *Adozione "eccezionale" da parte di un convivente omosessuale*, in *Vita not.*, 2015, p. 107; N. CIPRIANI, *Il Tribunale per i minorenni di Roma apre all'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 275; C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 434, e F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 572.

48) Commedia teatrale scritta da Eduardo De Filippo nel 1946: « I figli sono quelli che si tengono in braccio, quelli che quando sono piccoli ti fanno preoccupare perché sono malati e non ti sanno dire cosa si sentono, quelli che ti corrono incontro con le braccine aperte, dicendo "papà", quelli che vedi uscire da scuola con le manine fredde e il nasino rosso, chiedendoti un regalino ».