

“La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”

ALESSANDRA CORDIANO*

SOMMARIO: 1. La genitorialità sociale e le inedite disposizioni del sé corporeale: la maternità per surrogazione (o gestazione per altri); 2. Fenomenologia complessa della fattispecie di *surrogacy*; 3. Le obiezioni al contratto di maternità per surrogazione: alcuni argomenti tradizionali e il paradigma dominante della genitorialità biologica; 4. Regole in assonanza con il paradigma dominante; 5. Regole in apparenta dissonanza con il paradigma dominante; 6. Regole di “applicazione successiva”; 7. Considerazioni critiche conclusive: interesse del minore *versus* principio di legalità.

1. La genitorialità sociale e le inedite disposizioni del sé corporeale: la maternità per surrogazione (o gestazione per altri)

La diversificazione del modello familiare tradizionale porta con sé un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, traducibile nell’attestarsi a livello europeo ed extraeuropeo di una nuova forma di genitorialità sociale, accanto (e per certi versi equiparata) alla tradizionale

* Professore associato,
Dipartimento di Scienze giuridiche-Università di Verona

genitorialità biologica¹. In questa composita fenomenologia, della quale la famiglia adottiva è il più antico esempio, possono essere ricomprese quelle fattispecie nelle quali, al momento della costituzione del rapporto affettivo, è assente il progetto genitoriale, ma le relazioni affettive si costituiscono a posteriori, come nelle famiglie così dette allargate o ricomposte, dove uno o entrambi i partner provengono da una precedente unione e convivono con in figli nati da una o da entrambe le relazioni e, sovente, con i figli nati da quella attuale.

Alte volte, invece, il progetto familiare è condiviso sin dall'origine: si tratta di quelle famiglie costituite mediante l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa o con il ricorso alla maternità surrogata (talvolta coincidenti con una famiglia omosessuale). A prescindere dalle peculiarità con cui i singoli ordinamenti disciplinano queste forme familiari, si evidenzia, in tutto o in parte, la mancanza della discendenza biologica: attraverso un accordo fra i soggetti coinvolti e l'assunzione della responsabilità genitoriale, il progetto genitoriale è costituito e condiviso *ab origine* e, per questo, l'interesse del minore (laddove le pratiche sono ammesse) è presunto dalla presenza (e, ove ciò sia, dalla duplicità) della figura genitoriale, a cui è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale e il correlato ruolo giuridico di genitore; così avviene nella famiglia adottiva (con le sue implicite peculiarità), nel caso di procreazione eterologa e nella maternità surrogata nei confronti del/dei committente/i².

È subito percepibile, nei termini descritti, come il fenomeno della genitorialità sociale, oltre alla sua stretta connessione con le nuove costellazioni familiari, è altrettanto collegato con i progressi della scienza e della tecnica rispetto alle possibilità di manipolare e di disporre del proprio corpo: la crescente acquisizione di tecniche scientifiche è in grado di investire potentemente gli aspetti relativi alla maternità e alla genitorialità³. Questa incessante progressione, che comincia con l'introduzione della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, passando per i metodi contraccettivi, via via fino alla procreazione assistita, trova nella *surrogacy* una fattispecie di altissima

¹ ANGELA D'ANGELO, "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in *Rivista di diritto civile*, Padova, Cedam, 2011, p. 13.

² FULVIO UCCELLA, "Dalla famiglia pluriematica alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni", in *Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 447, sulla perdita di rilievo del vincolo di consanguineità. Sul superamento del concetto di "parentalità", MARIA GABRIELLA STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 109 ss.

³ Si consenta il rinvio ad ALESSANDRA CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Roma, Aracne, 2011, pp. 235-246.

complessità, in grado di cambiare profondamente la relazione dell'individuo con la propria corporeità e con la propria identità e di mettere in discussione il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta di eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto⁴. Nella maternità surrogata il piano naturalistico della maternità (i.e. la gestazione e il parto) si inter-relaziona con quello volontaristico, relativo alla costituzione del progetto familiare e alla costruzione di un legame coinvolgente, e con quello identitario della derivazione biologica, che può mancare in tutto o in parte⁵.

2. Fenomenologia complessa della fattispecie di surrogacy

La molteplice fenomenologia che accompagna la surrogacy può divergere profondamente per modalità di realizzazione⁶. In questa fenomenologia soggetti che normalmente convergono in una o due figure genitoriali, appaiono scissi in persone diverse: così, accanto alla *madre partoriente-gestante (surrogata)*, vi è una *madre genetica* e una *madre sociale-committente*; di seguito un *padre genetico* e un *padre sociale-committente*. Nelle coppie *same sex*, inoltre, accanto alla "prima" madre committente vi è una *seconda* madre sociale; ovvero, accanto al "primo" padre committente, un *secondo* padre sociale⁷.

In questo peculiare "ambito soggettivo", possono raffigurarsi molteplici e diversificate fattispecie⁸, ciascuna caratterizzate da elementi di specificità:

⁴ INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*; LILIANA ROSSI CARLEO, "Maternità surrogata e status del nato", in *Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 377; PAOLO ZATTI, "Maternità e surrogazione", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 2000, 3, 2, p. 193. È un tema, quello della crescente ampiezza delle disposizioni corporale, che non accenna ad arrestarsi: ne è un esempio la recente legge inglese che di fatto consente la generazione di bambini con patrimonio genetico di tre soggetti diversi, nel quale il contributo di un terzo donatore o donatrice è entro il limite dello 0,1% e consente di evitare l'infertilità o la trasmissione di patologie genetiche trasmissibili, ponendosi peraltro in palese conflitto con il disposto sul divieto delle terapie geniche sulla linea germinale, presente nella direttiva del 1999 sulle invenzioni biotecnologiche.

⁵ Trib. Monza, 17 ottobre 1989, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 173, con nota di MARIA VENTURA; in *Giurisprudenza italiana*, Torino, Utet, 1992, I, 2, c. 72, con nota di MASSIMO DOGLIOTTI; e App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 1994, I, p. 177.

⁶ Già in tempi risalenti, GIULIO PONZANELLI, "Il caso Baby M., la surrogate mother e il diritto italiano", in *Foro italiano*, Torino, Utet, 1988, 2, c. 97.

⁷ Figura tendenzialmente meno analizzata è quella del marito/partner della madre gestante, per il quale, in ogni caso, si aprirebbero altri profili critici significativi.

⁸ Ne individua alcune, Maria Francesca Zanasi, "Maternità surrogata", in *www.personaedanno*, del 21 gennaio 2014.

(I) nella prima fattispecie, la madre partoriente-gestante coincide con la madre sociale, ma è diversa dalla madre genetica; a queste figure si può accostare il padre genetico e sociale oppure il padre solo sociale, se si tratta di una donazione di entrambi i gameti; ovvero, nel caso di coppia *same sex*, la seconda madre sociale. Questa fattispecie, invero, non sarebbe una vera e propria maternità surrogata, quanto piuttosto un'ipotesi di procreazione medicalmente assistita (parzialmente o completamente) eterologa, ossia con il ricorso a gameti di donatori/trici esterni alla coppia richiedente. Anche nella coppia *same sex* lesbica, la madre genetica che trasmette il patrimonio genetico potrebbe coincidere con la seconda madre sociale, di modo che la madre gestante partorirà un bambino che avrà la linea genetica maschile proveniente da un donatore terzo e la linea femminile derivante dalla seconda madre sociale (la quale, nei paesi che non riconoscono la filiazione *same sex*, sarebbe giuridicamente un'estranea). Nondimeno, evidenti sono le similitudini fra le due fattispecie (*surrogacy* e procreazione artificiale eterologa) per la scissione che si crea con la derivazione biologica – che può mancare in parte, ma anche totalmente quando il ricorso ai gameti avvenga per entrambe le linee genetiche –, e per il legame simbolico che si crea nella madre sociale (o nelle madri sociali) in virtù dell'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale realizzata con l'accesso alla tecnica.

(II) In una seconda fattispecie, la madre partoriente-surrogata è diversa dalla madre genetica, la quale però coincide con la madre sociale; a queste si affianca il padre genetico e sociale (nel caso in cui si tratti della sola incapacità della donna a portare avanti la gravidanza) oppure un padre solo sociale (se, all'incapacità di portare avanti la gravidanza della donna, si associa la sterilità dell'uomo e l'embrione sia creato con il gamete maschile di soggetto anonimo), ovvero, nel caso di coppia *same sex*, la seconda madre sociale. In questa ipotesi, definibile come "utero in affitto", l'embrione che la madre gestante partorirà, è formato in tutto o in parte dal patrimonio genetico della coppia committente, sia nel caso in cui all'incapacità della donna a portare a buon fine la gravidanza associata o meno sterilità dell'uomo, sia nel caso in cui la sterilità riguardi la coppia *same sex* lesbica e il patrimonio genetico maschile sia donato da un terzo estraneo.

(III) Nella terza ipotesi, la madre partoriente-surrogata non coincide con la madre genetica ed è diversa anche dalla madre sociale, alla quale si associa o il padre genetico e sociale o il solo padre sociale, ovvero la seconda madre sociale che potrebbe essere genetica: nelle coppie eterosessuali e nelle coppie *same sex* lesbiche, avviene, pertanto, che l'ovocita sia donato da una

terza estranea e diversa dalla gestante e che il gamete maschile possa o meno appartenere al partner maschile della coppia committente. Nel caso della coppia *same sex* gay, il gamete femminile proviene da una donatrice terza, mentre quello maschile potrebbe (o meno) provenire da uno dei due appartenenti alla coppia committente.

(IV) Infine, in una possibile quarta fattispecie, la madre partoriente-surrogata coincide con la madre genetica, ma è diversa dalla madre sociale; accanto a quest'ultima, il padre genetico e sociale nel caso in cui si tratti della sola incapacità della donna a portare avanti la gravidanza, oppure il padre solo sociale, se, all'incapacità di portare avanti la gravidanza della donna, si associa la sterilità dell'uomo e l'embrione sia creato con il gamete maschile di soggetto anonimo; nel caso coppia *same sex* lesbica, si affianca la seconda madre sociale. Questa ipotesi, invero, se possibile ancor più problematica e tendenzialmente esclusa nelle *policy* degli ordinamenti che ammettono o tollerano la *surrogacy*, presenta maggiori profili di complessità, poiché vede associati il legame psicologico che viene ordinariamente (ma non necessariamente) a crearsi attraverso il tempo della gestazione con un legame genetico simbolico fra gestante e feto, collegati appunto dalla trasmissione del patrimonio identitario. *De iure condito*, questa ipotesi si pone poi in contrasto con le norme sull'adozione e con lo strumento offerto attraverso il così detto principio del *parto anonimo*: non tanto perché non sia possibile "dismettere" il ruolo della maternità, quanto perché il dispositivo individuato dal legislatore italiano non lo consente se non attraverso le regole previste, appunto, dal così detto parto anonimo. L'esistenza regola contenuta all'art. 30, primo comma, del D.P.R. 396/2000, infatti, permette la dismissione della maternità, *rectius*, permette la non assunzione del ruolo in funzione della tutela del nato, principalmente, dal pericolo di abbandoni clandestini, infanticidi e accessi (evitabili) all'interruzione volontaria della gravidanza, e lo consente mettendo in atto un controllo pubblicistico e l'operatività delle regole sull'adozione.

3. Le obiezioni al contratto di maternità per surrogazione: alcuni argomenti tradizionali e il paradigma dominante della genitorialità biologica

La complessità del tema in analisi si riflette anche nel panorama europeo, e in particolare nell'ambito di competenza della Corte Edu, laddove su quarantasette Stati aderenti, la ammettono, disciplinandola, meno di dieci e altri Paesi la tollerano senza una puntuale regolamentazione: l'Italia pre-

vede un divieto esplicito al sesto comma dell'art. 12 della legge sulla procreazione medicalmente assistita (p.m.a.).

Fra gli argomenti tradizionalmente avanzati per rigettarne l'ammissibilità, vi è quello della *nullità* del contratto di disposizione del corpo tramite la surrogazione di maternità⁹: anche a voler ancorare la configurabilità dell'accordo alla meritevolezza e liceità di cui all'art. 1322 c.c. e allo schema del negozio giuridico a causa familiare, data l'inammissibilità della fattispecie contrattuale *tout court*¹⁰, resterebbero in ogni caso in rilievo le regole generali in tema di obbligazioni civili. L'accordo, pertanto, viene reputato nullo *ex art* 1418 c.c., per illiceità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) o per illiceità della causa (art. 1343 c.c.) o per violazione dell'artt. 5 c.c. in virtù della contrarietà ai *boni mores*¹¹. Tuttavia, le regole contrattuali dimostrano più di qualche limite: la loro inefficienza riguarda soprattutto le regole sull'invalidità, norme pensate per un rapporto obbligatorio che mal si adattano alle situazioni in commento. La nullità dell'accordo presuppone l'inefficacia, accertabile senza limiti di tempo, e la non esecutività di quanto ottenuto in ragione dell'accordo stesso e la ripetizione di quanto prestato per indebito oggettivo¹²: la ripetizione, quand'anche costituita nel contesto di un relazione corrispettiva, dovrebbe comportare la restituzione della somma versata, ma, molto meno agevolmente, la restituzione di quanto costituisce *esito* dell'accordo, che è un bambino e, quindi, entreranno in gioco le regole di protezione dei minori¹³.

Se si volesse, all'opposto, reputare esecutivo l'accordo di *surrogacy*, sarebbe arduo, stante le regole generali, chiedere ed esigere l'adempimento di quanto lì dedotto. L'inesigibilità si dimostra nella fase precedente alla nascita del bambino, giacché sarebbe inammissibile imporre alla donna di sottoporsi e proseguire con le procedure mediche relative alla gestazione, di non interrompere la gravidanza, così come l'irrevocabilità del consenso

⁹ Ancora INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., pp. 116-132.

¹⁰ Lo rilevava già MASSIMO DOGLIOTTI, "Maternità surrogata: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?", in *Giurisprudenza di merito*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 151, part. p. 159. A favore di altre figure contrattuali, GIUSEPPE CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 55-56.

¹¹ Se l'accordo fosse reputato contrario al buon costume, si potrebbe applicare l'art. 2035 c.c., con l'annessa irripetibilità.

¹² CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, terza ed., p. 612 ss.

¹³ Anche quanto l'accordo non preveda un corrispettivo, ma forme di rimborsi e tutele sociali di altro tipo, la ripetizione avrebbe poca dimensione applicativa, in quanto esigerebbe la restituzione di somme derivanti da comportamenti materiali già eseguiti (le spese sanitarie del parto, ad esempio). In tema di tutela sociali, si veda il rigetto dell'applicazione della protezione della maternità espresso dalla Corte di Giustizia Ue, 18 marzo 2014, n. C-167/12 e n. C-363/12.

prestato alla consegna del bambino. Un margine di autonomia si troverebbe solo in sede di tutela secondaria *ex post*, ossia con la richiesta di risarcimento del danno per le spese sostenute¹⁴.

Nello stesso tempo, anche a voler dare delle regole esistenti un'interpretazione evolutiva, la norma di cui all'art. 5 c.c., pure agganciata ai disposti costituzionali di cui all'art. 2, 13 e 32 Cost., trova il vincolo del divieto dell'art. 12 della legge sulla p.m.a.: a tal riguardo, non può che evidenziarsi la sua insuperabilità¹⁵. Pur volendo ricostruire la figura della gestazione per altri come un accordo *sui generis* caratterizzato dalla solidarietà, non configurantesi come obbligazione civile, ma neppure come obbligazione naturale (non molto differente da quanto accade in tema di trapianto di rene a persona conosciuta, che passa per il vaglio pubblicistico dell'autorità giudiziaria¹⁶), la pratica incontra in ogni caso non pochi problemi fattuali e giuridici¹⁷: la morte del feto, la sua nascita con *handicap*, ovvero la semplice pretesa di revoca del consenso della gestante¹⁸.

Un secondo motivo tradizionalmente usato per argomentare l'inammissibilità della *surrogacy* attiene alla commercializzazione del corpo della donna gestante, da un lato, e alla pratica (più o meno direttamente) indirizzata alla commercializzazione di bambini, dall'altro¹⁹: l'argomento, che si ritrova

¹⁴ MASSIMO DOGLIOTTI, "Maternità surrogata", cit., p. 159. L'argomentazione relativa all'incoercibilità dell'accordo si trova simile nella p.m.a. in tema di rifiuto all'impianto di embrioni da parte della donna, nonostante la disposizione di cui all'art. 6 della legge sulla p.m.a. preveda l'irrevocabilità del consenso, per la non applicabilità dell'art. 2932 c.c.: sul punto, FRANCESCO GAZZONI, "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", in *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 201. Analogamente, anche se in prospettiva opposta, si rinvia alle problematiche suscitate dallo scambio di embrioni fra due coppie che avevano avuto accesso alla p.m.a. omologa, ma delle quali solo una delle due era riuscita a realizzare l'aspirazione genitoriale mediante la nascita di due gemelli, geneticamente appartenenti, però, all'altra coppia; sulle quali si veda Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, Utet, 2015, p. 319, con nota di ANGELA MENDOLA, sul rigetto dell'azione cautelare volta a richiedere di poter frequentare i gemelli; nonché, ancora inedita, la successiva sentenza del Trib. Roma, 22 aprile 2015, che rigetta la richiesta di disconoscimento della paternità del padre "sociale" dei gemelli.

¹⁵ GIUSEPPE CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., pp. 55-56; AURORA VESTO, "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", in *Famiglia e diritto*, Milano, Ipsoa, 2015, p. 306.

¹⁶ LORENZO D'AVACK, "Trapianto da vivente crossover, aspetti etici e giuridici", in *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1509.

¹⁷ INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., pp. 30-47.

¹⁸ ANCORA INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., pp. 201-203; MASSIMO DOGLIOTTI, "Maternità surrogata", cit., p. 160.

¹⁹ ANDREA RENDA, "La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio", in *Europa e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 415.

nella dottrina risalente in tema di trapianti, appare però in qualche misura fragile. Dato per assunto e condiviso nello spazio e nelle tradizioni giuridiche europei il principio di gratuità²⁰, volto ad evitare forme di commercializzazione (diverse però dai rimborsi e sulle tutele sanitarie e assicurative *a latere*²¹), la questione appare più quella di trovare gli strumenti idonei a perseguire la scelta etica dell'ordinamento improntata a detta gratuità delle disposizioni corporali, senza per ciò stesso mettere in discussione la possibile configurabilità dell'istituto della gestazione per altri: non certo scevra da possibili distorsioni applicative in danno di donne bisognose, la *surrogacy* può altrettanto perseguire intenti solidaristici di grande significato e realizzare aspirazioni genitoriali altrettanto meritevoli; dove si collochi il *discrimen* è questione tutt'altro che agevole.

Analoga questione si ritrova con riferimento all'adozione, in particolare in quei Paesi ove la stessa è gestita in parte a margine del controllo pubblicistico del percorso giurisdizionale: per ovviare alle pratiche commerciali di scambio di bambini, vengono posti in essere dispositivi normativi che contrastino preventivamente e poi sanzionino detti comportamenti. È pur vero, tuttavia, che una regola improntata alla gratuità della *surrogacy* tutelerebbe la gestante nel caso in cui la pratica sia svolta nel territorio nazionale, ma avrebbe poca pregnanza nel caso di atti compiuti all'estero.

Un terzo tema ricorrente in relazione alla tematica, declinazione del precedente, è costituito dalla supposta contrarietà della pratica alla dignità della persona: la disposizione del corpo della donna, in sé per sé non lesiva in maniera permanente della sua integrità psicofisica, utilizzato come mero mezzo per il fine procreativo di altri, sarebbe molto diversa dalla disposizione di parti del corpo, concesse dall'art. 5 c.c. Anche in questo caso, però, si evidenzia tutta l'ambiguità di una distinzione che differenzi fra disposizione dell'intero corpo, della capacità procreativa o di parte del proprio corpo. Con riferimento a ciò, si trovano riflessioni interessanti nella tematica dei trapianti con riguardo ai limiti imposti o imponibili dalla norma rispetto agli organi "trapiantabili", e che sussistono in base alla legge 91/1999 con il divieto di trapianto su cellule gonadiche ed encefaliche²². Se si volesse rifiutare la pratica di *surrogacy* sulla scorta di analogo divieto, vi sarebbe da

²⁰ GILDA FERRANDO, "Il principio di gratuità: biotecnologie e atti di disposizione del corpo", in *Europa e diritto privato*, Milano Giuffrè, 2002, p. 761.

²¹ In tema, DARIO FARACE, "Regole di validità, regole di comportamento e donazioni di organi", in *Corriere giuridico*, Milano, Ipsoa, 2014, p. 193.

²² Si consenta di rinviare ad ALESSANDRA CORDIANO, *Identità della persona*, cit., pp. 177-201.

chiedersi, più in generale, ove si trovi il limite alle innumerevoli disposizioni del sé corporale; dove si collochi un limite che riesca ad individuare quando una disposizione cessi di essere una disposizione di parte del corpo e divenga una disposizione dell'intero corpo; e se vi siano parti del corpo assolutamente indisponibili. La questione non può che essere altra: la rispondenza o meno al criterio di dignità della persona con cui viene valutata la condotta umana non può avvenire nei suoi profili materiali, né nel profilo della funzionalità oggettiva, ma nei valori che quella condotta esprime²³.

In sintesi, senza pretese di mettere a tacere i molteplici profili di dubbio, si potrebbe riflettere su alcune regole di protezione dei soggetti che assicurino la gratuità e la *ratio* altruistica della pratica²⁴: 1) *policy* che evitino il collegamento genetico fra la madre gestante e il feto, di modo che il patrimonio genetico sia interamente della coppia eterosessuale, di una donatrice anonima o della seconda madre sociale; 2) un'accurata regolamentazione del consenso informato dei soggetti coinvolti e della donna gestante, rispettosa del combinato disposto di cui agli artt. 5 c.c., 2, 13 e 32 Cost.²⁵; 3) strumenti normativi o giurisdizionali che, operando un attento bilanciamento fra la tutela della gestante, dei committenti e soprattutto del nato, disciplinino la pratica, sino alla formazione dell'atto di nascita e alla formazione del legame giuridico di filiazione²⁶.

Un ultimo tema, quello che appare forse più difficile da sciogliere, perché di ordine essenzialmente ontologico, attiene proprio alla scissione fra il legame naturalistico della maternità, dato dal parto e dalla gestazione, il legame identitario della trasmissione del patrimonio genetico e il legame volontaristico, quello dell'intenzionalità, della volontà della creazione della relazione – simile al processo adottivo – che deriva dall'aspirazione genitoriale e che è fonte dell'assunzione della responsabilità genitoriale, presente pure nei *stepparent* della famiglia allargata. Questo appare il tema più complesso,

²³ Così, PAOLO ZATTI, "La surrogazione nella maternità", in *Questione giustizia*, Roma, Franco Angeli, 1999, p. 838. Così l'art. 6 del Cod. civ. peruviano: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios"

²⁴ Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, Utet, 2001, p. 7, con nota di MARIA MANCUSO.

²⁵ Per una riflessione a riguardo, GIORGIO RESTA e VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, "Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie", in *Rivista italiana di medicina legale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 965.

²⁶ INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 184 ss.

non nuovo invero, alludendo, anche nel campo dell'argomentazione giuridica, a tutto ciò che è afferente alla natura e ai processi biologici rilevanti nella costruzione del discorso giuridico e a tutto ciò che, invece, è invalso dalla prassi dell'uomo. Questo rende ardua una definizione condivisa della surrogazione: si tratta di un processo iniziato con la procreazione assistita eterologa, con la scissione del legame identitario della genetica dall'evento procreativo comunque composto della gestazione e dell'aspirazione genitoriale. Questo processo destrutturante vede il suo completamento con la *surrogacy*, perché essa mette in discussione anche l'ultimo tratto distintivo del fatto generativo, ossia la gestazione e il parto e consente, di qui, di scindere i tre elementi che compongono il legame così da far vacillare il modello tradizionale di riferimento, quello della genitorialità biologica, ancorata a un concetto di natura e che, con la surrogazione, vedrebbe l'abbandono dell'ultimo vessillo di detta naturalità, quello dalla gestazione e dal parto²⁷.

Non che non siano esistite nella storia forme di genitorialità sociale²⁸ o strumenti per aggirare il modello della derivazione biologica, basti pensare alla trasmissione di regni a soggetti non "legittimati" dalla linea ereditaria, ma dalla codificazione ottocentesca il paradigma dominante è stato sempre quello relativo alla genitorialità biologica all'interno del legame coniugale, e tutto ciò che non convergeva in questo paradigma subiva una sorta di processo di assimilazione a questo paradigma²⁹. Ma il paradigma dominante (gestazione e parto, genetica e aspirazione genitoriale) non esaurisce la complessa fenomenologia esistente, creando un forte smarrimento e la necessità di ridiscutere i dispositivi normativi di riferimento, i quali in parte appaiono aderire al modello biologico, in parte sembrano discostarsene con modalità significative.

4. Regole in assonanza con il paradigma dominante

Fra le regole vigenti che rispettano (e proteggono) il paradigma dominante della genitorialità biologica vi è l'art. 12, sesto comma, della legge sulla p.m.a., attraverso un divieto, penalmente sanzionato, di realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione e commercializzazione della pratica di *surro-*

²⁷ Già SALVATORE PATTI, "Verità e stato giuridico della persona", in *Rivista di diritto civile*, Padova, Cedam, 1988, II, p. 242.

²⁸ Sul baliatico, in prospettiva giuridica e, all'opposto, psicologica, INES CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 41.

²⁹ Così per gli istituti dell'adozione, dell'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima e per la legittimazione per susseguente matrimonio.

gacy, la cui violazione, anche ad opera della coppia, è punita con la reclusione da tre mesi a due anni e con una pena pecuniaria da seicentomila a un milione di euro.

In merito alla disposizione, tuttavia, va osservata l'assenza di qualsivoglia "clausola di salvaguardia": non è prevista alcuna regola di supporto nel caso la pratica venga svolta realizzando la nascita di un bambino, così come avveniva, prima della caduta del divieto nel 2014³⁰, per la violazione del divieto di fecondazione eterologa, alla quale si applicava (e oggi si applica attraverso le norme di competenza di cui agli artt. 243 *bis* e 263 c.c.) la previgente norma dell'art. 235 c.c. in tema di disconoscimento della paternità e la norma di cui all'art. 263 c.c. sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nei riguardi del coniuge e convivente che abbia acconsentito alla pratica di procreazione eterologa³¹.

Anche considerando le regole sulla *costituzione* del legame di filiazione, la linea tendenziale di adesione al paradigma dominante si conferma: l'art. 269 c.c., terzo comma, attribuisce la parto il valore probatorio della maternità, nel contesto dell'azione volta ad attestarla; benché la stessa norma, al suo comma secondo, definisca che la prova della maternità può essere data con ogni mezzo, è evidente che la maternità che ha in mente il legislatore è quella connessa al profilo gestazionale. Per ciò che attiene alla costituzione del legame paterno, l'art. 231 c.c. fa presumere la paternità del marito della madre partoriente nel matrimonio³², e l'art. 250 c.c. attribuisce il legame attraverso l'atto di riconoscimento del padre nella filiazione fuori dal matrimonio.

Pertanto, la regola che consente di provare la maternità e conseguentemente attribuire lo *status* di figlio è unitaria e si applica, in virtù dell'art. 30, d.P.R. 396/2000, anche alla filiazione "legittima" con la dichiarazione di nascita fornita da chi ha assistito al parto. Detta attribuzione, *rebus sic stantibus*, può avvenire solo per la madre "biologicamente" collegata dall'evento del parto, che non necessariamente è anche la madre genetica. Nel caso

³⁰ In questa prospettiva Corte cost., 8 aprile 2014, n. 162, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 2014, p. 802, con nota di GILDA FERRANDO.

³¹ Il divieto previsto dall'art. 263 c.c. deve sussistere anche per la madre e per il figlio, nonché per i terzi: così App. Milano, 10 agosto 2015, inedita; in tema FRANCESCO BORRELLO, "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", in *Famiglia e diritto*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 947.

³² La stessa regola di attribuzione automatica, peraltro, varrebbe nel caso in cui la madre surrogata sia coniugata e lei non provvedesse a) ad esercitare il diritto di non essere nominata di cui all'art. 30, primo comma, d.P.R. 396/2000, ovvero b) a riconoscere a sua volta il figlio come nato fuori dal matrimonio.

della paternità, invece, si deve distinguere: l'attribuzione di quella del marito avviene automaticamente per via presuntiva; fuori dal matrimonio, si realizza con atto volontario e personalissimo e, anzi, se non vi sono profili critici, avviene senza alcun accertamento. Le due filiazioni appaiono ancora profondamente distinte: l'una è regolata sostanzialmente da automatismi *ex lege*, l'altra resta un "affare (sostanzialmente) privato". E' evidente, soprattutto, che l'attribuzione della paternità può avvenire, tanto consapevolmente quanto in buona fede, anche nel caso di mancanza di collegamento genetico col nato da parte del padre sociale (e committente, nel caso di *surrogacy*).

Quanto alle regole sulla *contestazione* del legame di filiazione, l'art. 240 c.c., in tema proprio di contestazione dello stato di figlio, consente a chi risulti genitore e a chiunque vi abbia interesse (art. 248 c.c.) di negare la maternità *solo* nei casi di supposizione di parto o sostituzione di neonato³³. Diversamente, gli artt. 243 *bis* e 263 c.c. ammettono, rispettivamente, il disconoscimento della paternità e l'impugnazione di riconoscimento per difetto di veridicità, provando che non sussiste il rapporto di filiazione con il padre sociale, entro termini brevi e comunque entro cinque anni dalla nascita per tutti i legittimati, salvo per il figlio per il quale l'azione è imprescrittibile. Una differenza appare significativa (anche ai fine del tema *de quo*), ossia che, solo per l'impugnazione del riconoscimento e non anche ai fini dell'art. 243 *bis* c.c., la legittimazione attiva è estesa a chiunque possa dimostrare un interesse ad agire.

È evidente, pertanto, come la maternità sia contestabile solo sulla base della supposizione di parto, di modo che il genitore sociale, in particolare la madre sociale, che sia anche madre genetica, ma non partoriente, non potrebbe mai agire in contestazione e in ogni caso vedere riconosciuta la propria posizione. Questo vale sia per la tecnica di procreazione artificiale, dove però c'è anche l'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale, sia per la surrogazione, dove la madre sociale (magari anche genetica) soccombe rispetto alla madre partoriente (anche non genetica) e non sociale (ossia senza aspirazioni genitoriali). Diversamente per la contestazione della paternità del padre sociale a favore del padre genetico: nel caso nel disconoscimento, essa potrebbe essere messa in discussione, pur con le limitazioni della legittimazione, nel caso di mancanza della derivazione genetica; nel caso dell'impugnazione del riconoscimento, essa è aperta a qualunque interessato, quindi anche al genitore genetico, che in linea teorica potrebbe

³³ Critico MICHELE SESTA, "L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", in *Famiglia e diritto*, Milano, Ipsoa, 2014, p. 454.

porre nel nulla il legame con il padre sociale. Entrambe le azioni (disconoscimento e impugnazione) sono in ogni caso imprescrittibili con riguardo al figlio, ma soprattutto attivabili nell'ipotesi di minore età da parte di un curatore speciale nominato *ad hoc*: viene da chiedersi, peraltro, quando e se realizzi l'interesse del minore l'attivazione di una procedura volta ad accertare la verità genetica su quella sociale; in ogni modo, le regole sulla contestazione del legame sociale paterno supportano il caso della *surrogacy* operata con almeno il patrimonio genetico del padre (sia nella coppia etero, sia in quella *same sex*)

5. Regole in apparenta dissonanza con il paradigma dominante

Altre regole sono apparentemente in distonia con il sistema della filiazione che, come delineato, tende a far coincidere gestazione/genetica/aspirazione genitoriale. Fra queste, si rileva, proprio in tema di accesso alla p.m.a., l'art. 9 della legge n. 40, il quale è composto di una serie di divieti in parte, ma non solo, relativi al precedente impedimento di accesso alla p.m.a. eterologa e che, nonostante la caduta del predetto impedimento, si possono continuare a ritenersi operanti.

In particolare, il primo comma dell'art. 9 l. p.m.a., si riferisce all'ipotesi di accesso alla fecondazione (in violazione del previgente divieto) e impedisce all'uomo che ha acconsentito alla tecnica di agire successivamente in disconoscimento (art. 243 *bis* c.c.), né di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (263 c.c.). Presumibilmente, il divieto vale pure per la madre nei confronti dell'uomo e, nei limiti della legittimazione assoluta di cui all'art. 263 c.c., anche nei confronti di chiunque possa vantare un interesse attuale³⁴.

A detto divieto di contestazione del legame paterno, ancorché non fondato su una derivazione biologica, ma unicamente sulla realizzazione dell'aspirazione genitoriale e sulla relativa assunzione di responsabilità parentale, si associa il divieto previsto dal secondo comma dell'art. 9 l. p.m.a., il quale, estendendosi a qualsiasi tipo di fecondazione, impedisce alla donna di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, in virtù dell'art. 30, primo comma, d.P.R. 396/2000. Il divieto per la donna di avvalersi del c.d. *parto anonimo* consente, nella *ratio* di tutelare il nato, di "dismettere" il ruolo della maternità sul fondamento dell'immedesimazione biologica col feto, similmente all'interruzione volontaria della gravidanza, e mettendo in atto le regole dell'adozione.

³⁴ Così App. Milano, 10 agosto 2015, inedita.

Oltrepassando le criticità insite nel sistema del parto anonimo e – forse paradossalmente – anche in un’impostazione che lo nega alla donna che abbia avuto accesso alla p.m.a., la questione appare in ogni modo rilevante, dato che il divieto si applica a tutte le tipologie di p.m.a. e si pone come baluardo della maternità sociale, ancorché non genetica, di colei che ha intenzionalmente realizzato l’aspirazione genitoriale.

Infine, il terzo comma dell’art. 9 l. p.m.a. prescrive che il donatore/la donatrice di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale col nato, non può far valere alcun diritto né assumere alcun obbligo: la norma, diversa dal diritto a conoscere le proprie origini dell’art. 28 l. ad., prevede sostanzialmente che, anche in virtù di un legame genetico, la relazione parentale non possa costituirsi perché è implicito che, alla base della donazione di gameti, vi sia stato un (mero) atto di solidarietà, non accompagnato dall’elemento volontaristico dettato dall’aspirazione a diventare genitori e dalla volontà di assumersi la responsabilità genitoriale.

Le norme segnalate si pongono in rilievo, anzitutto, nella misura in cui si possa estendere la loro applicazione anche, più in generale, alle tecniche riproduttive *artificiali*; esse indicano, in seconda battuta, che il *favor veritatis* espresso ancora oggi dalle nuove regole della filiazione, ad esempio relativamente all’imprescrittibilità almeno per il figlio delle azioni di stato, non trova qui un parallelismo. Esse, inoltre, esprimono una certa scissione fra elemento naturalistico della gestazione e del parto, elemento identitario ed elemento sociale, affettivo e intenzionale di costituzione del legame. In particolare quest’ultimo profilo volontaristico, superando un’antica dialogica fra *favor legitimatis* e *favor veritatis*, pone in particolare rilievo un *favor minoris*, che ai primi due è superiore. Il *favor minoris* a sua volta è composto da un primo profilo, che privilegia l’interesse del figlio all’attestazione formale e al mantenimento del legame genitoriale, rispetto agli interessi degli altri membri della famiglia (c.d. *favor filiationis*). Il *favor filiationis*, operando in astratto, può non corrispondere alla veridicità del rapporto, così come accade in relazione alla *surrogacy*, dove sono ipotizzabili persino conflitti di maternità.

Il secondo profilo di cui è composto il *favor minoris* è la preminenza che, nella costruzione del legame genitorialità/filiazione, assume il dato volitivo rispetto a quello biologico, ossia il *favor affectionis*, che si compone dell’aspirazione genitoriale (diverso dal *right to a child*³⁵), della volontà di assunzione della responsabilità genitoriale e della costruzione e del manteni-

³⁵ Così Corte cost., 8 aprile 2014, n. 162, sull’aspirazione genitoriale come declinazione del diritto all’autodeterminazione personale.

mento di un legame coinvolgente con il bambino (che altro non è se non un *right of the child*).

6. Regole di “applicazione successiva”

Nell'impostazione assunta come dicotomica fra regole aderenti al paradigma dominante e regole distoniche, si pongono numerosi quesiti nel caso in cui la pratica di *surrogacy* venga effettivamente realizzata. Questo può riguardare sia il caso della realizzazione operata all'interno del territorio nazionale, sia il caso in cui detta realizzazione avvenga all'estero: la fattispecie della maternità per altri, per l'articolata composizione di cui si è dato conto, è una pratica molto discussa anche a livello europeo e internazionale, dove è limitatamente ammessa, raramente consentita mediante un negozio oneroso e talvolta tollerata; detta complessità si spiega anche sul piano della possibile circolarità del fenomeno surrogatorio e della c.d. continuità dello *status*, allorquando la *surrogacy* venga praticata all'estero e si chieda il riconoscimento dello titolo giuridico del nato. In tutti questi casi, il profilo che emerge come più rilevante – quello dell'interesse del minore nato da *surrogacy* – entra in conflitto con i paradigmi vigenti del divieto dell'art. 12 l. p.m.a. e dei disposti di cui agli artt. 269, terzo comma, 231 e 263 c.c. In queste ipotesi è dubbia la prevalenza fra il principio di legalità e gli effetti che conseguono a regole validamente prodotte e osservate all'estero, alla luce dell'interesse del nato³⁶.

Sotto il profilo penalistico, va considerata l'esclusione (o meno) del reato di alterazione di stato *ex art. 567 c.p.*, o del reato di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri in atti dello stato civile *ex art. 495 c.p.*³⁷. Quando trattasi di pratiche svolte all'estero, il problema è quello della trascrivibilità di un atto di nascita formato validamente all'estero³⁸ o del riconoscimento provvedimento giudiziale straniero³⁹, in virtù dell'art. 33 l. 218/1995: ma la giurisprudenza

³⁶ Similmente in Spagna: v. PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, *Filiación, maternidad subrogada y seguridad jurídica: el caso español*, in ALESSANDRA CORDIANO e GIULIA CASTELLANI (a cura di), *La famiglia nella società contemporanea*, Roma, Aracne, 2015, p. 109.

³⁷ Trib. Milano, 8 aprile 2014, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 1474, con nota di MARCO LO GIUDICE.

³⁸ SARA TONOLO, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, Cedam, 2014, p. 81.

³⁹ Con riguardo al riconoscimento di *parental orders* statunitensi, App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Int'l lis*, Milano, Ipsoa, con nota di MARIA CATERINA BARUFFI; in *Famiglia e diritto*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 251, con nota di MARIA CHRISTINA DE TOMMASI.

sul punto è ambigua, talvolta accogliendo, talaltra respingendo la maternità surrogata dall'ordinamento interno. Così come è ambigua relativamente alla più generale compatibilità della pratica con criterio di ordine pubblico, interno o internazionale che sia: inteso talora come clausola di salvaguardia dei principi interni, talora come strumento di adattamento all'evoluzione complessiva del sistema.

Un primo orientamento ritiene quanto compiuto all'estero penalmente non perseguibile, nonostante il divieto, in ragione di una prospettiva che assume la clausola dell'ordine pubblico interno come evolvibile alla luce dei mutamenti sociali e, in tal caso, alla luce dei mutamenti delle tecniche procreative che consentono l'assunzione di responsabilità genitoriale, superando i paradigmi esistenti del parto e della derivazione biologica⁴⁰. L'interesse del minore, in detti contesti, è quello al mantenimento di un legame coinvolgente con coloro che consapevolmente e volontariamente questo legame hanno assunto. Una seconda impostazione meno permissiva, vede nell'ordine pubblico interno uno strumento di protezione dall'attività vietate e, nei paradigmi esistenti di cui agli artt. 269, 231 e 263 c.c., gli unici parametri di riferimento in ragione dei quali si afferma: a) la validità del solo legame biologico (es. del padre genetico)⁴¹, b) il disconoscimento o l'impugnazione del riconoscimento nei riguardi della madre sociale azionati nell'interesse del minore (art. 244 e 264 c.c.) e c) la possibilità di creare un legame giuridico unicamente per via dell'art. 44 l. ad.⁴²; oppure d) in assenza di alcun legame genetico con i genitori committenti, trovandosi il minore privo di alcun *status* giuridico di filiazione, l'attivazione degli strumenti di protezione dell'art. 11 l.ad., ovvero le misure di allontanamento e della dichiarazione dello stato di adottabilità⁴³.

⁴⁰ Così Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, Utet, 2001, p. 7, con nota di MARIA MANCUSO.

⁴¹ Trib. Milano, 1° agosto 2012, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, I, 2013, con nota di FEDERICA TURLON.

⁴² Trib. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, I, 2013, con nota di FEDERICA TURLON.

⁴³ Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, I, 2015, p. 235, con nota di CLAUDIA BENANTI. Recentemente, si veda la pronuncia della suprema Corte di Cassazione francese (Cass., 3 luglio 2015, n. 619 [14-21-323]), che ha riconosciuto una filiazione da maternità surrogata, ma in presenza del legame genetico col padre; e la Family Division della Royal Court of Justice britannica, del 13 marzo 2015 [2015] EWFC22, che ha riconosciuto il legame sorto con surrogazione anche senza il consenso esplicitato in udienza dalla madre genetica, in quanto irreperibile. Sulla pronuncia Corte Edu, 26 giugno 2014, Francia c. Mennesson, si veda CRISTINA CAMPIGLIO, "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da

Questa impostazione, peraltro, sarebbe integrata (e facilmente assunta) nell'ipotesi di *surrogacy* realizzata interamente in Italia, dove, in ogni caso, sarebbe operante la tutela del minore che segue all'esercizio del diritto di anonimato della partoriente surrogata (segnalazione alla procura presso il tribunale dei minori e apertura della procedura adottiva). La filiazione per surrogazione – realizzata dentro il matrimonio attraverso le regole, in parte dotate di automatismo, di cui agli artt. 231 c.c. ss. o fuori dal matrimonio mediante l'atto privato di cui all'art. 250 c.c. – potrebbe essere contestata attraverso le azioni citate nei riguardi di uno o di entrambi i genitori, giacché la *clausola di consolidamento* del legame, prevista dall'impossibilità di contestarlo dopo cinque anni dalla nascita del minore, non esclude l'imprescrittibilità delle azioni da parte del minore stesso e, soprattutto, l'azionabilità nel suo interesse mediante il curatore speciale o l'attivazione del pubblico ministero (artt. 244 e 264 c.c.). In queste ipotesi, entrerebbero in gioco o gli strumenti di protezione del minore: quelli relativi all'allontanamento e all'adozione ordinaria ovvero, nel caso di legame genetico per una sola parte genitoriale, quello dell'adozione in casi particolari (art. 44 l. ad.).

7. Considerazioni critiche conclusive

Il sistema esistente non è evidentemente esente da critiche, che non si collocano solo nell'opinabile difesa strenua del concetto di genitorialità biologica, ma che riguardano in primo luogo l'assenza di un dispositivo che, in violazione del divieto, protegga il minore e la relazione che si è costituita; il rispetto del principio di legalità significa accettazione del divieto esistente; ma il caso del bambino nato, sia o meno all'estero, impone di riconsiderare le regole operanti, che non possono essere né l'operatività dell'art. 1418 c.c., primo comma, ossia la nullità per illiceità dell'accordo, né l'applicazione meccanica delle tradizionali regole di attribuzione della genitorialità, con la conseguenza di inibire l'acquisizione dello *status* di madre alla committente e di applicare alla fattispecie la situazione prevista dall'art. 11 l. ad., ossia lo stato di abbandono.

Le critiche muovono da alcune considerazioni: anche se i committenti fossero riconosciuti colpevoli del reato di alterazione di stato *ex art.* 567 c.p., difficile nel caso di titolo formato all'estero, ma concretamente ipotizzabile nel caso di condotta consumata nel territorio nazionale, potrebbero comunque rimanere legalmente genitori (o almeno uno dei due) e non decadere

madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, I, 2014, p. 1122.

automaticamente dall'esercizio della responsabilità genitoriale, come asserito a proposito dalla pronuncia della Corte costituzionale del 23 febbraio 2012, n. 31 che ha eliminato dal sistema la decadenza automatica della responsabilità genitoriale come pena accessoria. Questo significa che il disvalore sociale espresso dalla violazione accertata del precetto penale, di per sé non è sufficiente alla rescissione di un legame costruito e significativo per il minore⁴⁴.

Ulteriormente, va rilevato come, in tema di dichiarazione di adottabilità e di rescissione dei legami, operi in maniera consolidata un orientamento restrittivo ove si tratti di famiglie "tradizionali" e di legame biologico. Un orientamento così forte non trova analoga applicazione nel caso di surrogazione di maternità. Tuttavia il diritto del minore ad avere una famiglia sostitutiva entra in gioco ove abbia fallito la famiglia procreativa, ma è da verificare che la famiglia che si sia costituita attraverso una surrogazione di maternità abbia (già) veramente già fallito. È pure da verificare che il concetto di *stato di abbandono* possa costituirsi astrattamente sulla base della sola mancanza del titolo giuridico di figlio, anche in assenza di quel dato fattuale che è l'assenza di un ambiente familiare idoneo e la carenza del sostegno affettivo e partecipato. Lo stato di abbandono ricorre non soltanto in presenza del rifiuto intenzionale e persistente dei propri doveri da parte dei genitori del minore, ma anche "in tutte quelle circostanze nelle quali il superiore interesse del minore richiede che quest'ultimo sia allontanato da contesti familiari critici che impediscono o pongono in serio pericolo il suo sano sviluppo psicofisico"⁴⁵. Ma non appare ammissibile che un'indagine su quale sia il reale interesse del minore non tenga conto della qualità dei legami che si costituiscono giorno per giorno nella relazione affettiva con quello⁴⁶.

Infine, va considerato il tempo del bambino, quale elemento valoriale imprescindibile nella costruzione reciproca del legame e, di qui, nella valutazione della fattispecie della *surrogacy*. Non si può pensare che per un minore non abbia rilievo il tempo trascorso in quella relazione: il tempo di vita e di accudimento, quello che segue alla nascita, quello del percorso giudiziario, quello del radicamento nel luogo e nello spazio; questo tempo acquisisce per il bambino un ruolo essenziale, in grado di giocare la partita dell'attaccamento in maniera determinante. La letteratura scientifica ha dimostrato che, già nella fase successiva ai tre mesi d'età, i bambini sono in

⁴⁴ Similmente anche Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239, in tema di ordinamento penitenziario.

⁴⁵ Cass., 31 marzo 2010, n. 7961, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, Utet, 2011, 2, p. 297.

⁴⁶ In questo senso, Trib. Milano, 1° agosto 2012 e Trib. Milano, 6 settembre 2012, cit.

grado di discriminare fra “gli adulti”, riconoscendo una figura in particolare, quella del *caregiver*; e che, nella maggioranza dei bambini fra i setto-otto mesi, l'allontanamento della figura allevante provoca angoscia nel bambino che ha paura che il *caregiver* non ritorni.

Questo, in sintesi, quello che la Corte Edu ha rimproverato all'Italia, condannandola nell'*affaire Paradiso Campanelli*⁴⁷: pur negando il diritto dei committenti ad essere riconosciuti come genitori e la legittimazione ad agire per la supposta violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte ha accolto il riconoscimento della violazione del diritto alla vita privata e familiare, in ragione dell'allontanamento del minore disposto dal giudice da una coppia che si è posta in quella relazione come coppia genitoriale, a partire dai tre mesi del bambino e per i sei mesi successivi.

Quale sia la soluzione a questi problemi non è facile dirlo: ciò che è certo che, citando proprio la Corte Edu: “le misure di tutela dell'ordine pubblico non sono applicabili automaticamente dando “carta bianca” allo Stato; lo Stato deve tener conto del superiore interesse del bambino, considerando il legame parentale, sia genetico o di qualsiasi altra natura. In questo senso, l'allontanamento di un bambino dal quel legame è un'*extrema ratio*, giustificabile solo in caso di pericolo immediato. Quale soluzione si accetti, tuttavia, è da escludere che la sorte di un bambino possa in qualsiasi modo seguire le sorti del contratto di maternità surrogata.

⁴⁷ ALEXANDER SCHUSTER, “Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre e solo il fine del diritto”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 2015, p. 828.