

IDENTITA' PERSONALE, ACCESSO ALLE ORIGINI E NON RICONOSCIBILITA' DEGLI ATTI DI NASCITA DA MATERNITA' SURROGATA

| 52 Di Nicola Corbo

Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata (Nicola Corbo)

SOMMARIO: 1. *Identità personale e “accesso alle proprie origini”* - 2. *Il Segreto sulla maternità biologica* - 3. *Strumentalità dell’anonimato.* - 4 *genitorialità biologica ed identità della persona.* - 5. *Anonimato e fecondazione eterologa.* - 6 *Fecondazione eterologa assimilata e maternità surrogata.* - 7. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *Il lavoro sviluppa una indagine che muove dal tema della ricerca delle proprie origini per collocare il diritto alla loro conoscenza nel contesto della tutela della identità della persona. Muovendo da questo presupposto, ed analizzando il ruolo creativo della giurisprudenza, viene preso in considerazione dapprima il tema della protezione dell’anonimato del donante in caso di fecondazione eterologa o di gestazione surrogata, e poi quello della riconoscibilità, nell’ordinamento nazionale, degli atti di nascita attributivi di genitorialità giuridica divergente da quella naturale, formati in ordinamenti che ammettono la maternità surrogata. Nel dare atto della recente giurisprudenza favorevole ad una lettura restrittiva del limite dell’ordine pubblico internazionale ai fini della riconoscibilità di efficacia di tali atti, nell’ordinamento italiano, si sottolinea l’ostacolo rappresentato dal fatto che tali atti sono rappresentativi di fatti determinatisi in violazione proprio dell’indisponibile valore essenziale della dignità della persona.*

The work moves from the theme of searching for origins to place the right to their knowledge, in the context of protecting the identity of the person. Stemming from this assumption and analyzing the creative role of case law, the subject of the protection of anonymity of the donor in the case of heterologous or surrogate gestation is first considered; then is analyzed the recognition of juridical parenting divergent from the natural one, formed in systems that allow surrogate maternity. In acknowledging recent jurisprudence that limits international public order for the purpose of recognizing the effectiveness of such acts, the Italian law emphasizes the obstacle that these acts cause violation of the unavailable essential value of the dignity of the person.



1. Identità personale e “accesso alle proprie origini”.

Nella disciplina dell'adozione il tema della “conoscenza” si è posto sotto almeno tre profili e cioè il diritto a sapere di non essere figlio naturale, il diritto a conoscere gli episodi significativi propri e della famiglia biologica verificatisi anteriormente all'adozione, il diritto a sapere chi siano i propri genitori biologici.

L'art. 28 della L. 184/1983, non affrontava espressamente la questione, ma con lo stabilire a carico dell'Ufficiale di stato civile non solo il divieto di rilasciare qualunque attestazione che si riferisse alla paternità e maternità del minore, ma anche il più generale divieto di fornire, salva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, qualunque informazione da cui potesse risultare il rapporto di adozione, escludeva implicitamente un diritto dell'adottato di accedere ad informazioni riguardanti i propri genitori naturali.

Mentre in dottrina fioriva un dibattito circa la legittimità e fondatezza, anche *de jure condendo*, di tale limitazione¹, dopo alcune oscillazioni iniziali², si veniva consolidando, sia nella giurisprudenza civile³ che in quella amministrativa⁴, un

¹ Si vedano, ad esempio, A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere le proprie origini: un nuovo diritto?*, in *Prosp. assist.* 1993, n. 103; P. PAZÈ, *La conoscenza delle origini, fino a che punto ...*, in *Minori Giustizia* 1997, 2, 6; L. LENTI, *L'accesso alla conoscenza delle proprie origini genetiche nella prospettiva legislativa*, *ivi*, 1997, 2, 23; 15; R. LAMORGESE, *Brevi note sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Giur. merito* 2000, I, 321.

² Si pronunziarono contro un diritto ad avere informazioni sulle origini l'adottato, ancorché maggiorenne: cfr. Trib. min. Roma 30 maggio 1994, in *Dir. fam. pers.* 1994, 1317; Trib. min. Torino 5 febbraio 1997, *ivi* 1998, 149; ma, per qualche maggiore apertura v. Trib. min. Torino 4 febbraio 1986, *ivi* 1986, 186; Trib. min. Perugia 27 febbraio 2001, in *Giur. merito* 2001, I, 623; ed in particolare Trib. min. Bologna 9 settembre 2000 in *Famiglia e diritto* 2001, I, 79.

³ Cfr. Trib. Minorenni Perugia, 19 luglio 1999, in *Dir. Famiglia*, 1999, 1260.

⁴ Sulla legittimità del rifiuto di accesso alla documentazione relativa alla nascita, si vedano Cons. Stato, IV, 17 giugno 2003, n. 3402, *Fam. e dir.*, 2004, 74 e ss., con nota di S. MERELLO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto della madre al segreto della propria identità*, che, in relazione ad un caso di adozione ordinaria, ha negato l'accesso alla documentazione in possesso di un istituto di ricovero in funzione dell'esercizio da parte della medesima dell'azione di dichiarazione della maternità naturale ex art. 269 c.c., dando rilievo sia all' art. 9 del r.d.l. n. 798 del 1927, sia all' art. 70 del r.d. n. 1238 del 1939, come modificato dall' art. 2 della l. n. 127 del 1997; TAR Sicilia, 17 settembre 1993, in *Foro amm.*, 1994, 974, che ha riconosciuto ad una figlia abbandonata il diritto di accesso alla documentazione relativa alla propria nascita in funzione dell'esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità ex art. 269 c.c., ritenendo inopponibile l'art. 9 del r.d.l. n. 798 del 1927; Trib. amm. Lazio, 17 luglio 1998, *Trib.*

orientamento “di compromesso”, che mentre riconosceva un pieno diritto alla conoscenza relativamente ai primi due profili (filiazione adottiva e fatti significativi), circa il terzo profilo (origini in senso proprio) circoscriveva la possibilità di accesso alle notizie riguardanti i genitori biologici al solo caso in cui vi fossero esigenze terapeutiche dell'adottato tali da rendere necessaria una anamnesi familiare⁵.

In sede di ratifica, da parte dell'Italia, della convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sull'adozione internazionale, il cui art. 30 poneva a carico delle Autorità dello Stato il dovere di custodire le informazioni concernenti l'identità del padre e della madre ed i relativi precedenti sanitari, prevedendo una possibilità di accesso del minore secondo i limiti previsti dalle regole vigenti nei singoli Ordinamenti, si era aperto un dibattito circa la compatibilità di tale disposizione con la *ratio* della disciplina interna, silente sul punto, nonché con la giurisprudenza nazionale che sino ad allora, salva l'ipotesi delle esigenze di cura, si era espressa in senso negativo.

Tanto questo dibattito fu acceso, che in sede di ratifica della convenzione (attuata con la L. 31 dicembre 1998, n. 476) la disposizione dell'art. 30, approvata dalla Camera, in prima lettura, venne stralciata dal Senato e tale restò⁶.

La riforma della L. 184/1983, attuata con la L. 149/2001, ha poi segnato un netto cambio di orientamento: infatti l'art. 28 è stato modificato ed attualmente non solo stabilisce il diritto dell'adottato di conoscere la propria “condizione, ed il correlativo dovere dei genitori adottivi di informare il figlio”⁷, ma contiene una disposizione che riguarda le così dette “radici biologiche”.

Infatti il comma 4 consente ai genitori adottivi di accedere alla identità dei genitori naturali “se

amm. reg., 1998, I, 2970 e 1999, 2, 357, con nota di C. MASSIDA, *Diritto di accesso e diritto all'anonimato*, che ha escluso il diritto di accesso all'atto di assistenza al parto di una donna che aveva dichiarato nell'atto di nascita di non voler essere nominata, esercitato da una adottata ai fini dell'acquisizione della conoscenza delle proprie origini in funzione della tutela della salute suo e dei suoi figli con l'anamnesi familiare.

⁵ G. CAMPANATO- V. ROSSI, *Manuale dell'adozione*, 329.

⁶ M. DOGLIOTTI, *Genitorialità biologica, centralità sociale, segreto sulle origini dell'adottato*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 4, 406.

⁷ In tal senso L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, La filiazione, a cura di Collura, Lenti e Mantovani, Milano 2002, 575 ss. nonchè L. SACCHETTI, *Nuove norme sul segreto nell'adozione: una serie di problemi* in *Famiglia e diritto*, 2002, 1, 97. Sulla inesistenza di un dovere sanzionabile, recando la norma solo una prescrizione di natura morale, A. LIUZZI, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 1, 89.



sussistono gravi e comprovati motivi”, mentre il comma 5 riconosce questo diritto all’adottato incondizionatamente, quando abbia compiuto il 25 anno di età, oppure sin dal compimento della maggiore età quando vi siano gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, prevedendo in entrambi i casi un procedimento presso il Tribunale dei Minori.

La nuova disciplina, alla quale non sono mancate le critiche⁸, è significativa di un diverso approccio rispetto al tema dell’inserimento del minore nella famiglia adottiva: infatti, pur conservando la rilevanza prevalente ed anzi assorbente di quest’ultima (bene espressa, sotto il profilo delle relazioni, nella regola relativa all’acquisizione del cognome, ex art. 27 L. 184/1983, e sotto il profilo dello *status*, dalla estinzione di qualunque rapporto con la famiglia di origine e dal contemporaneo acquisto della qualità di figlio legittimo degli adottandi), essa pone l’accento sulla rilevanza della “storia” individuale del soggetto, confermando che di essa questi è arbitro esclusivo⁹.

Il diritto di accedere alle informazioni sulle origini biologiche, svincolato da esigenze di carattere esclusivamente medico o terapeutico o persino preventivo, si offre inscindibilmente legato al tema della protezione della persona e ciò nel contesto di una considerazione del minore (e più in generale dell’adottato) non più condizionata da uno spirito paternalistico (incline a ritenerlo mero soggetto debole, bisognoso di protezione), ed invece informata al rispetto della dignità della persona, e dunque dell’individuo, titolare di diritti soggettivi che l’ordinamento salvaguarda ed è chiamato a promuovere¹⁰, e tutto ciò in linea con le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali¹¹.

Muovendo da questa prospettiva, il diritto di accedere ai dati concernenti le proprie origini è stato ricondotto nell’ambito dei diritti della personalità ed in specie di quel particolare profilo costituito dalla identità personale.

⁸ Si vedano ad esempio, i dubbi espressi da M. DOGLIOTTI, *Le ambiguità della riforma della legge sull’adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2000, 4, 400.

⁹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Sul diritto dell’adottato ad ignorare l’identità dei propri genitori naturali*, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, 106.

¹⁰ M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, p. 162 e ss

¹¹ Si veda in proposito l’art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 ed il già citato art. 30 della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, firmata a l’Aja il 29 maggio 1993 (art. 30), la quale riconosce che detta conoscenza “soddisfa un bisogno essenziale della persona e può essere annoverato tra i diritti fondamentali dell’uomo”.

Tale qualificazione, pacifica in giurisprudenza, sebbene accolta dalla maggior parte della Dottrina¹² è stata criticata da quegli Autori i quali hanno osservato come l’elaborazione teorica e pratica della nozione di identità personale abbia sempre fatto riferimento al “diritto ad essere rappresentati in un modo che non travisi il proprio patrimonio di idee” od anche al “diritto ad essere se stessi”, sicché le sarebbe estraneo il tema della identità sessuale che quello della identità biologica¹³.

Si deve tuttavia osservare che sebbene la protezione della identità personale sia stata effettivamente costruita, in un primo tempo, con prevalente riferimento al patrimonio ideale già formato, anche il tema della sessualità e delle origini riguardano l’autopercezione e la percezione dell’individuo nel contesto sociale e dunque, in ultima analisi, il tema della identità.

Appare piuttosto opportuno, anche sulla base della elaborazione giurisprudenziale, riconoscere una maggiore articolazione della nozione di identità sicché accanto al diritto alla protezione della identità personale costituita dal patrimonio ideale e personale del soggetto, è configurabile anche un diritto alla “costruzione” della propria identità personale (del quale, come si vedrà oltre, il diritto alla ricerca delle proprie origini è solo una parte) ed una al “riconoscimento sociale” della propria identità sessuale (talvolta definita anche identità “di genere”¹⁴), oggi non più necessariamente legata ad interventi di modifica irreversibile del proprio fisico¹⁵, ma estesa anche alla protezione della libertà di costume sessuale¹⁶.

¹² A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un’analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, fasc. n. 1/2012, 5 e 8, il quale afferma che “il diritto di conoscere le proprie origini è un diritto soggettivo che in generale spetta alla persona in quanto tale... Come diritto della persona trova fondamento nell’art. 2 Cost., alla luce del carattere inviolabile del diritto all’identità personale a anche nell’art. 3 Cost., in funzione del diritto al libero sviluppo della persona”.

¹³ In tal senso G. PINO, *Il diritto alla identità personale*, Bologna, 2003, 196.

¹⁴ Utilizza questa definizione, proprio a commento della sentenza 15138/2015, di cui alla nota successiva, E. MARMOCCHI, *Identità di genere, identità personale ed identificabilità*, in *Notariato*, 2016, 2, 129

¹⁵ Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, in *Giur. It.*, 2016, 1, 63 con nota di L. ATTADEMO, *La rettificazione di sesso non presuppone l’adeguamento dei caratteri sessuali primari*. La sentenza si trova anche in *Corr. giur.*, 2015, 11, 1349 ss., con commento di F. BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un’interpretazione “costituzionalmente orientata”*.

¹⁶ Circa la protezione alla libertà di scelta sessuale ed anzi il riconoscimento di essa quale fondamento per il riconoscimento di efficacia del matrimonio omosessuale contratto all’estero,



2. Il Segreto sulla maternità biologica

La rimozione del segreto sulla maternità biologica, nel caso di adozione, ha tuttavia aperto un nuovo problema e precisamente quello della sua armonizzazione con la facoltà della madre che non abbia voluto riconoscere il figlio di conservare l'anonimato.

In proposito, in conformità all'art. 30, co. 1, del DPR 3 novembre 2000 n. 396 (il quale stabilendo che la dichiarazione di nascita deve essere resa o da uno dei genitori oppure da un procuratore speciale o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, afferma che deve essere rispettata l'eventuale volontà della madre di non essere nominata) l'ultimo comma dell'art. 28 della L. 184/1983, nel testo novellato nel 2003¹⁷, prescrive che l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di voler restare anonima ai sensi dell'art. 30 del DPR 396/2000, non è consentito. Tale divieto, peraltro, non è perpetuo dal momento che ai sensi dell'art. 93, comma 2 del D.Lgs. n. 196/2003, il segreto viene meno trascorsi 100 anni dalla nascita¹⁸.

Circa la *ratio* da un canto dell'anonimato e dall'altro del divieto di accesso ai dati, ne è stato più volte affermata la identità consistendo in entrambi i casi nell'interesse a disincentivare l'interruzione della gravidanza, favorendo l'atto generativo: rispetto alla possibilità di vita del nascituro, il diritto alla conoscenza delle origini sarebbe dunque necessariamente recessivo giacché si correrebbe il paradosso di sfavorire proprio la nascita dell'individuo cui un domani, si intenderebbe riconoscere la possibilità di conoscenza di detto atto generativo.

Il dubbio di legittimità della norma, comunque, era stato sollevato all'indomani della sua introduzione dal Tribunale di Firenze e prontamente deciso dalla Corte con sentenza n. 425 del 2005,

mediante il rigetto della questione, profilata in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost.¹⁹.

In quella occasione, infatti, dinanzi alla prospettazione di una ipotetica lesione dell'art. 2, *sub specie* di ingiustificata prevalenza dell'interesse della madre all'anonimato, rispetto a quello del figlio alla identità personale, la Corte aveva osservato che la *ratio* dell'art. 28 co. 7 L. 183/1984, e dell'art. 30, co. 1 del DPR 396/2000, doveva essere individuata nell'esigenza di tutela della gestante che, in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale, avesse deciso di non tenere con sé il bambino: protezione consistente nella possibilità di partorire in una appropriata struttura sanitaria senza essere nominata nell'atto di nascita, distogliendola in tal modo da diverse irreparabili e ben più gravi decisioni (*id est*: l'aborto).

Né secondo la Consulta era prospettabile una violazione dell'art. 3 della Costituzione, in relazione al diverso trattamento riservato al nato da genitori che non avessero reso la dichiarazione di nascita od avessero subito la dichiarazione dello stato di adottabilità e poi l'adozione del figlio, tenuto conto della radicale diversità di situazioni²⁰.

¹⁹ Così Corte. Cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 47, p. 28, la quale afferma che "l'esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità spiega perché la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà. Pertanto la norma impugnata, in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con l'art. 2 della Costituzione". Favorevole alla soluzione della Corte, F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 2, 129.

In senso critico rispetto alla decisione, L. CARLETTI, *Accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 11

²⁰ Dinanzi al dubbio del giudice rimettente sulla irragionevolezza della scelta legislativa di vietare l'accesso alle informazioni sulle proprie origini al figlio della partoriente anonima e di consentirla invece al figlio di chi non aveva reso dichiarazione od aveva subito l'adozione, sul presupposto che l'equilibrio dell'adottato e quello dei genitori adottivi può essere esposto, nell'ultimo caso, ad insidie maggiori che non nel primo, nel quale il genitore biologico a distanza di anni potrebbe avere elaborato la condotta passata, la Corte osservava che la diversità di disciplina fra le due ipotesi non era ingiustificata perché solo la prima e non anche la seconda, è caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato.

G.C. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Il matrimonio tra persone omosessuali, il caso Spagna*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 7.

¹⁷ L'originaria stesura è stata modificata, con effetto dal 1° gennaio 2004, dall'art. 177 del D. Lgs 30 giugno 2003, n. 196.

¹⁸ Stabilisce l'art. 2 del D. Lgs. 196/2003 ("Codice in materia di protezione dei dati personali") che "il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 30, comma 1, del DPR n. 396/2000, possono essere rilasciati in copia integrale a che vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento".

A dispetto della nettezza di tale presa di posizione, intervenuta quanto la Corte Europea si era già pronunziata sull'analogo caso Odièvre²¹, riguardante la legislazione francese e senza confrontarsi affatto con tale sentenza (dal che non poche critiche per la rilevanza che tale precedente avrebbe comunque spiegato anche verso cittadini italiani che avessero fatto ricorso alla CEDU²²), la forza del problema, o piuttosto il tratto essenziale ed identitario dell'interrogativo legato alla fonte della esistenza individuale, ha ben presto determinato la riproposizione della questione²³, provocando dapprima un intervento della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e poi una seconda sentenza della Corte Costituzionale, di senso opposto rispetto a quella precedente, la quale ha infine generato in sede di merito un esito inatteso, poi confermato dalla Corte di Cassazione.

Anche a dimostrazione di quanto sia corretta quella autorevole prospettiva condensata nell'espressione "giurisdizionalizzazione del diritto"²⁴, è interessante e comunque utile ai fini di questa breve riflessione, ripercorrere i tratti salienti della vicenda analizzando le reazioni delle varie Corti.

A distanza di poco tempo dalla sentenza 425/2005, che aveva ritenuto corretta la regola dell'anonimato, una nuova azione proposta da una donna adottata, che intendeva infrangere il segreto della madre biologica, veniva introdotta dinanzi al Tribunale di Trieste, il quale rigettava la domanda di accesso: confermata questa decisione dalla Corte d'Appello, l'interessata si rivolge alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo la quale con sentenza del 25 settembre 2012 dichiarava che la normativa vigente nello Stato Italiano violava l'art. 8 della convenzione²⁵.

²¹ Sentenza 13 febbraio 2002, Odièvre v. France, con nota di J. LONG., *La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova Giur. Civ.* 2004, 2, 20283.

²² S. MARZUCCHI, *Dei rapporti fra l'identità dell'adottato e la riservatezza del genitore naturale*, in *Giur. It.*, 2006, 10. In senso parzialmente critico, si veda anche L. CARLETTI, *Accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 11

²³ La quale era stata proposta anche prima della modifica del testo dell'art. 28 della L. 183/1984, ma non era giunta a decisione in quanto la novella aveva indotto la Corte a rimettere gli atti al giudice di merito perché la valutasse nuovamente alla luce della disposizione sopravvenuta: cfr. ordinanza 22 giugno 2004, n. 184.

²⁴ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè 2013

²⁵ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 25 settembre 2012 - Ricorso n.33783/09 - GODELLI C. Italia, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 6, 537 con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: verso nuove forme di contemperamento*.

A sostegno della sua decisione la Corte di Strasburgo sviluppava un ragionamento articolato il quale, muovendo da una pluralità di fonti internazionali e sovranazionali²⁶, concludeva nel senso che la legislazione italiana mancasse di un equo contemperamento fra le esigenze di anonimato della madre biologica ed il diritto della persona ad acquisire la conoscenza di elementi rilevanti per la costruzione della propria identità personale.

Ciò che la decisione poneva in discussione, dunque, non era l'anonimato della partoriente in se e per sé considerato (e dunque neppure la ragionevolezza della *ratio* ispiratrice della regola), ma la mancanza di contrappesi tali da porre a confronto e bilanciare l'opposto interesse del nato alla conoscenza "dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale [.....] ad ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori" tenuto conto del fatto che "la nascita e, in particolare le circostanze di quest'ultima, rientra nella vita privata del bambino e poi dell'adulto, sancita dall'art. 8 della Convenzione" (cfr. punto 45 della decisione).

Nell'esaminare l'art. 28 della L. 183/1984 (la sentenza non tiene conto della divulgabilità dei dati trascorsi i 100 anni dalla nascita), dopo aver ricordato preliminarmente che l'espressione "ogni persona" contenuta nell'articolo 8 della Convenzione si applica al figlio come alla madre, la Corte ricorda che "l'interesse vitale del minore nel suo sviluppo è altresì riconosciuto nell'economia generale della Convenzione" (punto 63) la quale "considera il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, come parte integrante della nozione di vita privata" (punto 65): il divieto assoluto di chiedere l'accesso ad informazioni sulle sue origini, in quanto sacrifica totalmente il diritto dell'adottato di ricevere informazioni essenziali allo sviluppo della vita privata e dell'identità personale a favore dell'anonimato della madre biologica²⁷, non

²⁶ Fra le altre fonti vengono menzionati l'art.7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore in Italia con L. n. 176 del 1991; l'art.30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, in tema di protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale; la Raccomandazione n 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa

²⁷ Il parto anonimo costituisce, in seno ai Paesi Europei, una scelta decisamente minoritaria. In alcuni (come Francia, che era dotata in precedenza di una normativa simile a quella italiana, l'Austria, il Lussemburgo, la Russia o la Slovacchia) è invece previsto il parto segreto, con un anonimato circoscritto nel tempo. Invece Regno Unito ed Irlanda hanno preferito un meccanismo che permette un confronto delle persone adottate



prevedendo alcun bilanciamento fra i due interessi concreta la violazione della Convenzione (punto 71).

L'intero ragionamento, dunque, si imperniava sulla natura essenziale e fondamentale dell'interesse fatto valere dall'adottato, radicato nell'art. 8 della Convenzione il quale "tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale e quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno" (punto 46). Poiché l'esigenza di protezione riguarda un interesse che concerne i profili costitutivi della persona, è del tutto svincolato dall'età dell'adottato: ed è questo il motivo per cui la sentenza, dopo aver ricordato che la Convenzione tutela l'interesse vitale all'equilibrato sviluppo del minore (punto 63), aggiunge che "l'interesse che può avere un individuo a conoscere della sua ascendenza non viene meno con l'età, anzi avviene il contrario" (punto 69).

Sulla base di questa chiarissima decisione, dunque, la domanda veniva riproposta dinanzi al giudice ordinario. Analoga iniziativa, però, era stata intrapresa dinanzi al Tribunale dei Minori di Catanzaro che aveva nuovamente sollevato questione di legittimità Costituzionale della norma, trasmettendo gli atti alla Corte Costituzionale la quale, con sentenza 278/2013²⁸ si pronunciava nuovamente, ed in senso diametralmente opposto rispetto al precedente di cui si è detto, dichiarandone questa volta l'incostituzionalità della norma.

La nuova sentenza richiama ovviamente la decisione della Corte Europea della quale non solo fa propri, ma enfatizza alcuni passaggi logici, affermando, ad esempio, che "il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, e ad accedere alla propria storia parentale, costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona" e che "il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale" (punto 4 del Diritto).

Da ciò la Corte trae la conseguenza che se la "genitorialità giuridica" è definitivamente impedita dalla decisione della partoriente di non riconoscere il figlio, la "genitorialità naturale" intesa come possibilità di ripristino del rapporto del figlio con la

con i dati riguardanti la loro adozione per conciliare il diritto all'informazione degli interessati e il rispetto della vita privata e familiare della madre, o più ampiamente della famiglia di origine.

²⁸ In Nuova Giur. Civ., 2014, 4, 1, 279 note di V. MARCENO', *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze* e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*.

madre biologica, non può non costituire oggetto di una opzione eventualmente revocabile, con la conseguente illegittimità di un sistema il quale cristallizza l'anonimato per un tempo eccedente la durata della vita ordinaria della persona.

È degno di nota il passaggio che scandisce l'approccio al problema. La Corte non si limita a valorizzare il pur riconosciuto diritto dell'interessato ad accedere ad informazioni o notizie che saranno utili per (ri)costruire la propria identità, ma prende in considerazione la sua possibilità di costituire un nuovo rapporto, affettivo o personale, con la madre o comunque i genitori naturali (punto 5 del Diritto): rapporto dal quale potrebbe scaturire un ulteriore vantaggio, in termini di migliore o più puntuale conoscenza delle condizioni e dei presupposti che hanno accompagnato la generazione e la decisione di abbandono²⁹.

L'approdo è dunque la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28 della L. 184/1983 (novellato dal D. Lgs 196/2003) per la parte in cui non ha previsto, attraverso un procedimento che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare la madre "anonima", ai fini di una eventuale revoca della propria decisione³⁰.

²⁹ In merito alla estensione del diritto alla conoscenza, B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in Riv. Dir. Civ., 2014, 3, 10709, ritiene di poter costruire, sulla base di un inciso della sentenza della Corte Europea, una distinzione fra informazioni identificative e non identificative, facendo rientrare fra queste ultime quelle relative a modalità della nascita o dell'abbandono o altre circostanze riferibili a circostanze quali il tipo di parto, le informazioni mediche sanitarie e quant'altro sia utile al richiedente per ricostruire la propria storia, così come pure le indicazioni sulla presenza di un padre biologico per il quale la legge italiana non contempla alcuna disposizione. Non si tratta tuttavia di una ipotesi convincente in quanto l'inciso deve essere piuttosto riferito al fatto che la garanzia di accesso alle sole informazioni "non identificative" come ad esempio quelle mediche o genetiche, non è sufficiente a soddisfare l'esigenza di conoscenza, esaudibile solo attraverso la identificazione della madre biologica. Ogni altra informazione, dunque, potrà essere semmai il frutto di quella eventuale "relazione" da costituire con la madre biologica o con i suoi eventuali parenti, cui fa cenno appunto la Corte Costituzionale.

³⁰ Ovviamente, non sono mancate le voci dissenzienti. *Ante litteram* rispetto alla pronuncia, a commento della ordinanza di remissione da parte del Tribunale dei Minorenni di Catanzaro che ne ha costituito l'occasione, P.G. GOSSO, *Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto in anonimato?*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 8-9, 917, il quale ritiene che un diritto di accesso a favore del figlio naturale, pur dichiarato a protezione della vita privata, costituirebbe una ingiusta intromissione nella vita privata della donna. Tuttavia la questione non si è mai posta in termini di superamento incondizionato dell'anonimato, ma sempre e solo di bilanciamento fra anonimato e conoscenza.



3. Strumentalità dell'anonimato

| 58

Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata (Nicola Corbo)

La remissione alla discrezionalità legislativa del compito di individuare le regole, lasciava ancora sguarniti di rimedi gli eventuali interessati. Senonché la giurisprudenza ben presto operava in modo suppletivo rispetto alla inerzia del legislatore, riconoscendo quasi unanimemente³¹ la possibilità di interpellare, riservatamente, la madre biologica allo scopo di accertare la sua perdurante volontà di anonimato.

Fra le vicende note, peraltro, ve ne sono alcune, e precisamente quelle in cui, a seguito delle verifiche fatte compiere, riservatamente, dall'Autorità Giudiziaria, era emerso che l'interessata era ormai deceduta, dalle quali sono scaturite soluzioni opposte.

Infatti mentre in un caso il Tribunale di Torino riteneva che dalla morte della madre biologica non si potesse desumere automaticamente il diritto ad accedere alle informazioni che la riguardavano, in quanto il bilanciamento degli interessi avrebbe dovuto essere compiuto dal legislatore³²; in un altro caso, invece, il Tribunale di Trieste riteneva di poter trarre senz'altro dai principi costituzionali la prevalenza dell'interesse del figlio, vivente, alla conoscenza dei fatti riguardanti la propria identità personale, rispetto all'eventuale interesse della madre biologica alla conservazione del segreto dopo la propria morte (benché anche in tale ipotesi si potesse astrattamente configurare un interesse, riferito alla identità personale della donna a non disvelare, neppure *post mortem*, certi eventi che l'avessero riguardata)³³.

³¹ In senso negativo si veda, ad esempio, App. Bologna, Sez.Minori, Decr. 16/10/2015, in *leggi d'Italia On Line*

³² Appello Torino, sez. Minori, decr. 5 novembre 2015, in *Leggi d'Italia on line*, il quale osserva che il silenzio della persona deceduta non può essere interpretato e che solo una volontà in senso contrario a quanto espresso in precedenza, può consentire, in assenza di intervento normativo, di ritenere modificata l'intenzione di un soggetto", né si può affermare il principio secondo il quale il decesso comporti, tout court, l'affievolimento del diritto del deceduto e, automaticamente, il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie radici" in quanto "la Corte costituzionale ha delineato chiaramente i confini e le condizioni sulla base delle quali deve realizzarsi il bilanciamento, presupposti che non possono realizzarsi in caso di decesso della madre naturale".

³³ Trib. Minorenni Trieste, decr. 8 maggio 2015, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 8-9, 844. Decisione che si segnala per l'ampiezza dell'iter argomentativo. E' interessante trascrivere alcuni passaggi logici del provvedimento che si conclude con l'accoglimento della domanda di accesso.

"In caso di morte della madre biologica viene meno il potenziale conflitto tra i due diritti assoluti della personalità, appartenenti a soggetti diversi, quello all'anonimato della madre e quello del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali, cadendo così la necessità di ricorrere al principio del contemperamento ed alla

comparazione degli interessi in conflitto, per lasciare che possa avere piena espansione l'unico diritto fondamentale persistente. Con la sua morte, infatti, si estingue anche il diritto all'oblio, alla riservatezza, in ultima analisi alla salute psicofisica di cui è titolare la genitrice biologica, diritto personalissimo, nient'affatto patrimoniale, indisponibile, intrasmissibile, privo perciò, a causa della strettissima inerenza rispetto al soggetto che ne è titolare, di ogni possibilità di essere trasmesso ad altri soggetti; di qualsiasi capacità rappresentativa esterna; il diritto all'anonimato della genitrice biologica coinvolge unicamente la sfera personale della medesima, attinente in particolare allo svelamento della propria maternità, ma non anche lo status del figlio, ormai perfezionato con l'adozione legittimante o, nell'ipotesi sub indice, acquisito con l'affiliazione, senza, dunque, che possa venire in alcun modo implicata la sfera patrimoniale della madre deceduta, come peraltro rimarcato anche dalla Corte europea nella sentenza *Odivie vs Francia* e dalla Corte costituzionale nella sentenza n.278/2013, allorché afferma che "la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro".

La sentenza critica inoltre gli argomenti svolti da altri giudici basati sul rilievo che il diritto della madre a mantenere l'anonimato "non viene meno con la morte della madre, considerato l'interesse che la madre potrebbe avere avuto in vita a lasciare ai parenti superstiti un'immagine di sé che non comprendeva l'essere stata madre di un figlio da lei abbandonato", perché, si rimarca ancora una volta, la natura assoluta, personalissima, intrasmissibile di tale diritto in capo alla genitrice biologica che ha scelto di rimanere anonima comporta l'estinzione dello stesso diritto con la morte della medesima.

In sostanza, solo qualificando quello della madre come diritto fondamentale, se può ammettere la tutela ed una ponderazione con quella parioridinata del figlio: ma conseguenza di siffatta qualificazione è l'estinzione con la morte perché ad una contrapposizione tra due prerogative di pari rango costituzionale, tutelanti interessi primari in capo a soggetti diversi, subentra un solo interesse di portata fondamentale che, se prima trovava ingresso "in maniera preminente", ora si espande "in maniera fondamentale" - per ricorrere ad espressioni utilizzate allorché deve essere applicato un bilanciamento in materia di principio del superiore interesse del minore, nel primo caso ove si tratti di azioni ricadenti sul minore ma che riguardano terze persone e, nel secondo caso, quando non vi siano altre parti coinvolte - non incontrando più l'unico limite atto ad affievolirne la tutela pervasiva, nei confronti di tutti, rappresentato da un altro diritto assoluto, personalissimo, dello stesso livello costituzionale.

Circa, poi, la norma sulla protezione dei dati personali, che consente di rimuovere l'anonimato il Giudice ne condivide la valutazione di 'eccessiva rigidità discendente dalla sua durata in quanto "la sopravvivenza della disposizione de qua nei termini attuali, alla luce dell'arco temporale previsto per il rilascio delle informazioni, vanificherebbe ogni effettiva attuazione del diritto del figlio adottato, evidentemente rivelandosi concretamente impraticabile accedere ancora in vita ai dati richiesti e si porrebbe in insanabile contrasto con la pronuncia di accoglimento e soprattutto con le finalità che con essa si sono volute raggiungere, attesa l'inscindibile connessione tra tale disposizione e la norma dichiarata incostituzionale".

In tale prospettiva, appare al Giudice irrilevante che la Corte costituzionale abbia optato per non dichiarare, altresì, l'illegittimità consequenziale della disciplina richiamata, priva di una propria autonomia funzionale e rispetto alla quale è peraltro doverosa un'interpretazione costituzionalmente orientata, poiché ciò è stato coerente con il rispetto delle



Quest'ultimo orientamento ha poi recentemente trovato l'avallo della Corte di Cassazione la quale con sentenza 15024/2016, riformando un provvedimento di diniego di accesso a seguito del decesso della madre anonima ha rilevato trattarsi di "una situazione asimmetrica che non corrisponde ma anzi è inversamente proporzionale alla rilevanza dei diritti e degli interessi in gioco man mano che ci si allontana temporalmente dal momento in cui la scelta della madre è stata compiuta".

Della decisione 15024/2016, tuttavia, interessa specialmente, oltre alla ampiezza di quella supplenza cui si è fatto cenno (particolarmente rimarchevole, perché relativo alla tutela della persona), da un lato il pieno riconoscimento di un "diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini" e dall'altro la sottolineatura che dopo la nascita la garanzia dell'anonimato non costituisce per la madre biologica diritto fondamentale, bensì semplice strumento di protezione della scelta (di condurre a termine la gravidanza) compiuta a suo tempo, oggetto di autodeterminazione e dunque rimessa alla sua esclusiva e personale decisione³⁴.

prerogative del Parlamento, non potendosi trascurare che i commi che compongono la stessa disposizione di cui all'art.93 D.Lgs. n. 196 del 2003 cit., in particolare gli ultimi due, includono norme di diverso tenore (imponendo il 2 comma il decorso dei cento anni dalla formazione del documento per l'ostensibilità piena, a chi vi abbia interesse, del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre; prevedendo invece il 3 comma esplicitamente la facoltà di comunicare le informazioni non identificative estrapolate dallo stesso certificato di assistenza al parto e dalla cartella clinica, osservando le opportune cautele per evitare che la madre sia identificabile) e dunque da quest'angolo visuale si trae argomento per dedurre una ulteriore, differente ragione alla base della scelta da parte della Consulta di non aver fatto ricorso alla declaratoria di incostituzionalità ex art.27, seconda parte, L. n. 87 del 1953 dell'art.93, avendo il giudice costituzionale preferito rispettare le scelte discrezionali del legislatore nelle sue prerogative di normare integralmente "scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso".

³⁴ Osserva significativamente la Corte di Cassazione che "Questa Corte ritiene particolarmente puntuali quelle posizioni della dottrina secondo cui, nella specie, il bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco appare una categoria inefficace e per certi versi inappropriata perché nell'istituto in questione non vengono a contrapporsi, nel tempo e per entrambi i versanti del conflitto, dei diritti fondamentali ma, da un lato, il diritto fondamentale alla conoscenza della propria identità e, dall'altro, una istanza di protezione di una scelta cui l'ordinamento ha riconosciuto tutela, necessariamente di carattere assoluto, sia dal punto di vista soggettivo che temporale, per le conseguenze deteriori che teme si realizzerebbero qualora tale scelta fosse vietata o non garantita nel tempo. In altri termini si può propriamente parlare di ponderazione fra diritti fondamentali con riferimento al momento della scelta della madre di partorire anonimamente perché in questo momento è in gioco il suo diritto alla vita e quello del figlio. Dopo la nascita non è più il diritto alla vita ad

Ed è proprio questa qualificazione che conduce ad escludere la configurabilità di una sorta di "diritto all'oblio"³⁵, individuando nella morte il limite invalicabile di esercizio del diritto di protezione della propria scelta.

4. Generalità biologica ed identità della persona

La regola individuata (*rectius*: costruita) della giurisprudenza *in luogo* del legislatore (cui sarebbe spettata la ponderazione degli interessi in gioco: d'altra parte il disegno di legge è ancora *in itinere*³⁶) è imperniata, dunque, sul carattere fondamentale e comunque costituzionalmente protetto dell'interesse riconosciuto all'interessato di avere piena

essere in gioco e il diritto all'anonimato diventa strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi in primo luogo sulla persona della madre. In questa prospettiva non c'è il diritto in se' della madre all'anonimato che viene garantito ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza e partorire senza assumere le conseguenze sociali e giuridiche di tale scelta. Solo la madre pertanto in questa prospettiva può essere la persona legittimata a decidere se revocare la sua decisione di rimanere anonima in relazione al venir meno di quell'esigenza di protezione che le ha consentito la scelta tutelata dall'ordinamento".

³⁵ In questo senso, invece, vedi T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corriere Giur.*, 2014, 4, 471 il quale ritiene che la sentenza della Corte Costituzionale abbia posto a confronto due diritti di pari rilevanza costituzionale e cioè quello all'oblio e alla riservatezza della madre e quello all'identità personale dell'adottato". Se tuttavia si trattasse di un diritto all'oblio, cadrebbe la ricostruzione operata dai giudici di merito favorevoli all'accesso dopo la morte dell'interessata, senza necessità di alcun consenso, in quanto il diritto ad essere dimenticati dovrebbe necessariamente sopravvivere anche alla persona stessa.

³⁶ Si veda il disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 18 giugno 2015, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge C. 784, C. 1343, C. 1874, C. 1901, C. 1983, C. 1989, C. 2321 e C. 2351, attualmente all'esame del Senato della Repubblica (S. 1978), che introduce, in favore della madre, la facoltà di revocare, mediante un atto formale, la dichiarazione effettuata alla nascita di non voler essere nominata, così da consentire al figlio l'accesso alle informazioni concernenti le proprie origini (art. 1, che novella il comma 7° dell'art. 28 l. adoz.) ed, in mancanza di una siffatta revoca, la possibilità di interpellare la madre, per una sola volta, per verificare se intenda ancora mantenere l'anonimato (art. 1, che introduce un nuovo comma 7° bis nell'art. 28 l. adoz.). A dimostrazione della possibilità di opzioni diverse, si veda ad esempio le Proposte di legge C. 1901, d'iniziativa del deputato Sarro e C. 1983, d'iniziativa del deputato Cesaro le quali prevedevano che a quarant'anni il figlio potesse comunque identificare la madre, mentre la sola Proposta C. 1901 prevedeva anche un diritto di accesso incondizionato in presenza di esigenze di tutela della salute del figlio.



cognizione di fatti che sono rilevanti per la “costruzione” della propria identità.

Ne segue, dunque, una nozione di identità che appare indissolubilmente legata (anche, sebbene non solo) al retroterra familiare e genetico sul presupposto che, sebbene la genitorialità giuridica abbia carattere sostitutivo di quella biologica, è pur sempre quest’ultima che si pone alla base della vita dell’individuo. Pertanto il diritto a formare la propria personalità deve essere declinato anche in funzione, tenendo conto o considerando appunto “l’origine”, sino ad ipotizzare la costituzione di rapporti personali e diretti con quella madre biologica protagonista (fors’anche per ragioni drammatiche), del rifiuto di accoglienza.

Sotto altro profilo, si potrebbe fare riferimento ad una sorta di ricostruzione della memoria o della persona, alla luce di quel che avrebbe potuto essere non è stato ed in questa chiave si possono leggere alcune sollecitazioni riguardanti l’estensione del diritto di conoscere le proprie origini anche alla esistenza ed alla identità di eventuali fratelli e sorelle biologici alla luce dell’attuale formulazione dell’art. 315 c.c. il quale colloca fra i diritti del minore quello (fondamentale?) a “mantenere rapporti significativi con i parenti”³⁷.

Ma questo, che potrebbe essere inteso come il mero approdo di una pur complessa vicenda incentrata sul diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini, è a ben vedere spunto di riflessione circa un altro interrogativo, del quale è logico pertanto, e cioè se sia predicabile anche un diritto fondamentale a non essere aprioristicamente privato della possibilità di ricostruire una propria origine.

Il che equivale a chiedersi se sia possibile trasporre il tema tal quale dalla vicenda del “nato non riconosciuto”, a quella del fecondato *in vitro*.

Si tratta di un interrogativo che conduce e, quasi fatalmente, al tema della maternità eterologa e, a maggior ragione, a quello della maternità surrogata, specie quando quest’ultima si offre nella forma della manipolazione per dir così strutturale, attraverso interventi di modifica dell’ovulo consistenti nella sostituzione di nuclei “danneggiati” o portatori di malattie ereditarie, con

nuclei “sani”, inseriti nel liquido mitocondriale originario. Il tutto in guisa che in alcuni casi si può giungere all’intervento, nella vicenda procreativa, di ben quattro donne, e cioè una donatrice di ovulo, una donatrice di nucleo, una gestante ed infine una madre putativa, da riconoscere in colei nel cui interesse è stata eseguita la fecondazione.

5. Anonimato e fecondazione eterologa

La fecondazione eterologa era espressamente vietata dall’art. 4, co. 3, della L. 40/2004 ma la Corte Costituzionale, con sentenza 162/2014³⁸, ha dichiarato la illegittimità di tale disposizione, nonché degli artt. 9, co. 1 e 3 e 12 della stessa legge, per violazione degli art. 3 e 30 della Costituzione.

La decisione, constatata che prima della introduzione del divieto, la fecondazione eterologa era consentita, sebbene solo in strutture private, muove dal presupposto che “la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi riconducibile agli art. 2, 3 e 31 Cost sicché le limitazioni di tale libertà devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango”.

Nell’argomentare della Corte, dunque, la condizione di infertilità incide sulla “salute della coppia” sicché il divieto di fecondazione eterologa, che presenta aspetti di sostanziale omogeneità con quella omologa, causerebbe una lesione di una libertà fondamentale “della coppia”; lesione resa più evidente dalla disparità di trattamento fra coloro che sono provvisti dei mezzi economici per l’accesso a questo tipo di fecondazione in Paesi dove essa è consentita, e coloro che, invece, ne sono privi.

La decisione ha sollevato, come noto, commenti di segno opposto.

Fra i favorevoli, taluni ne hanno sottolineato la capacità innovativa³⁹ e la riaffermazione, operata “con vigore” del “diritto alla procreazione”⁴⁰. Altri hanno rilevato che la sentenza ha rimosso un limite ingiusto non essendovi interessi di rango

³⁷ In tal senso F. AULETTA *Sul diritto dell’adottato di conoscere la propria storia: un’occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 477 e ss., spec. 482 e 486: sollecitazione raccolta nella proposta di legge C. 1983, la quale contemplava la possibilità dell’adottato di acquisire - tra l’altro - informazioni concernenti “l’identità di eventuali fratelli e sorelle”. Nello stesso senso anche M. CAVALLO, Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 3 giugno 2014, in www.camera.it, il quale ipotizzava un contatto tramite l’autorità giudiziaria, allo scopo di proteggere l’interesse alla stabilità della propria vita.

³⁸ In *Famiglia e Diritto*, 2014, 8-9, 2014 con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia e fecondazione eterologa anche in Italia*

³⁹ Cfr. G. FERRANDO, *La riproduzione assistita di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. Giur.*, 2014, 1068

⁴⁰ E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. It.*, 2014, 12, 2827



pariordinato meritevoli di protezione”⁴¹. Altri infine hanno ritenuto che la pronunzia dimostri come “il diritto di famiglia non riesce a conformarsi al mutato contesto in cui opera”⁴², aggiungendo trattarsi di una decisione certo opportuna, ma sostanzialmente “obbligata” in un contesto di “globalizzazione dei diritti e delle tutele”⁴³.

Sul fronte contrario, attraverso un attento e preciso contrappunto all’intero sviluppo logico della decisione, ne sono state poste in luce le illogicità e le incongruenze e persino, in un certo qual senso, la sua sostanziale inopportunità⁴⁴ specie a fronte di una giurisprudenza della Corte di Strasburgo che appena pochi mesi prima aveva dichiarato, in relazione ad una analoga norma di legge austriaca, la non irragionevolezza della scelta di vietare in ogni caso la fecondazione eterologa⁴⁵.

Altre critiche, invece, più libere rispetto al dato ermeneutico, si sono concentrate sulla superficialità dell’approccio ed in particolare sulla ingiusta equiparazione fra la coppia che ricorre alla fecondazione assistita con i propri gameti e quella che ne utilizza altrui, anche in una prospettiva di tutela della famiglia⁴⁶.

⁴¹ G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 9, 1082

⁴² V. CARBONE, *Sterilità della coppia*, cit.

⁴³ V. CARBONE, *Sterilità della coppia*, cit., osserva che “il superamento del rapporto giustizia-territorio comporta, quindi, il tramonto dell’attuale concezione del diritto legata a Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum* (La condizione della scienza giuridica europea), che riconosce la crisi della legalità statale a fronte dello scatenarsi di un positivismo tecnicizzato che rende la misura della regola, impari rispetto alla misura del regolato”.

⁴⁴ C. CASTRONOVO, *Ecclissi del diritto*, Giuffrè, 2015, p. 67, sviluppa una critica puntuale della decisione, della quale contesta tutti i fondamenti dalla ritenuta assimilabilità della fecondazione eterologa a quella omologa, al riconosciuto principio di autodeterminazione “della coppia” alla simiglianza fra formazione di una famiglia a seguito di procreazione assistita e di adozione, alla stessa idea di esistenza o ravvisabilità di una “salute della coppia”.

⁴⁵ In verità, con sentenza 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (in *Europa dir. Priv.* 2010, 1219, con nota di F. CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est?*). Tale decisione era stata poi riformata dalla Grande Camera, con sentenza 3 novembre 2011. Sottolinea C. CASTRONOVO, *Ecclissi*, cit., che la Corte Costituzionale, già investita della questione relativa al divieto assoluto di eterologa, aveva rimesso la questione ai giudici remittenti, i quali avevano impostato le proprie ordinanze solo sulla base della prima sentenza della Corte Europea, frattanto caducata, ma a fronte della riproposizione della questione, ha sviluppato un percorso logico che non tiene nessun conto della decisione della Grand Chambre, favorevole allo stato Austriaco, sul presupposto della particolarità della problematica coinvolta dalle norme (cfr. spec. p. 67-72).

⁴⁶ Cfr. A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidamento*, a cura di E. Scabrin e G. Rossi, Milano, 2014, p. 11.

Vi è, peraltro, un punto sul quale la Corte Costituzionale non ha preso piena posizione, sebbene fosse stato portato alla sua attenzione, ed è quello della coerenza del riconoscimento della ammissibilità della fecondazione eterologa, con l’interesse del nato da un lato ad essere frutto di una genitorialità naturale, dall’altro a conoscere le proprie origini.

Dinanzi a tale duplice questione, sollevata dall’Avvocatura Generale dello Stato, la sentenza 162/2014 dapprima si è attardata nella valutazione della infondatezza della relativa eccezione di inammissibilità (cfr. “diritto”, punto 10), e poi si è limitata ad osservare che i profili relativi allo stato giuridico del nato ed ai rapporti con i genitori sarebbero già regolati dalle legge n. 40 del 2004, applicabile anche al nato da PMA di tipo eterologo, e ciò in forza dei comuni canoni ermeneutici (cfr. “diritto”, punto, 11.1).

Ma è proprio questo approccio “riduttivo” a non appare convincente sino a suscitare il dubbio se la Corte si sia resa pienamente conto della rilevanza della questione posta alla sua attenzione.

Come si è visto in precedenza, la maternità naturale è stata ritenuta parte del patrimonio identitario del soggetto al punto da giustificare il suo interesse ad acquisire piena conoscenza di essa: ovvero, secondo quanto affermato dalla stessa Corte in altra occasione, non limitatamente ai profili genetici, ma anche in ordine alla identità della madre (e se possibile del padre) e ciò perché l’atto generativo è elemento costitutivo della persona, sì da ricomprendere l’interesse potenziale alla costituzione di un rapporto personale con i genitori biologici, indipendentemente dalla genitorialità giuridica scaturita dalla adozione.

Nel caso di fecondazione eterologa (ed a maggior ragione nel caso di maternità surrogata, della quale si dirà oltre) tale interesse è non solo frustrato, ma vanificato e certo non vale alcuna assimilazione con l’ipotesi di adozione. Infatti questa ha lo scopo di offrire una famiglia ad un soggetto abbandonato ed è dunque un “rimedio” ad una condizione di necessità. All’opposto, nella fecondazione eterologa, la manipolazione genetica si pone in funzione di un interesse esclusivo dei futuri “genitori” giuridici sicché, paradossalmente, sono proprio questi ultimi a privare colui che nascerà di quello che, a buon ragione, può dirsi essere un vero e proprio “requisito identitario”, e cioè la possibilità di avere un rapporto con la propria madre naturale e dunque di ricostituire anche un rapporto con quest’ultima ed il tessuto familiare e culturale dal quale proveniva.

Nella sentenza 162/2014, è dunque assente una consapevole comparazione fra gli interessi



fondamentali della futura persona e gli interessi di coloro i quali hanno deciso di “fare famiglia” (espressione utilizzata dalla stessa giurisprudenza costituzionale): comparazione la cui necessità non deriva dalla incapacità di abbandonare quello che in taluni commenti entusiastici, inneggianti alla affermazione della libertà procreativa, è stato qualificato il “totem” della necessaria naturalità della generazione umana”, meritevole invece di “sconsacrazione”⁴⁷, ma solo ed esclusivamente dalla necessità di tener conto dei concorrenti principi costituzionali di tutela della identità personale e di eguaglianza di tutte le persone. Principi insuscettibili di essere condizionati o compressi da scelte che non provengono dall’interessato.

La questione che si pone, dunque, non è di valore o disvalore dell’atto procreativo, per il fatto di essere artificiale e non naturale⁴⁸, ma di “dignità” del soggetto che viene ad esistenza in virtù di quell’atto: quest’ultimo, dunque, pur ispirato da esigenze meritevoli di tutela, non può non confrontarsi con gli effetti che produce.

Né si potrebbe obiettare che il nato, una volta tale, non avrebbe interesse a far valere la violazione di un suo diritto fondamentale, sul modello dell’interesse a non nascere, trattandosi piuttosto di analizzare se sia ammissibile per l’ordinamento la creazione di una contraddizione intrinseca e

⁴⁷ A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa” – il commento*, in *Dir. Pen e Processo*, 2014, 7, 825.

⁴⁸ Non si condivide, dunque, l’approccio alla questione scelto da A. VALLINI, *Sistema e metodo, cit.*, il quale afferma che quando si tratti di procreazione nulla cambia “quando non di una stanza da letto si tratti, bensì di una clinica dove un medico è in procinto di applicare una tecnica di procreazione assistita” dal momento che “in entrambi i luoghi si realizza la stessa intima e insindacabile aspirazione ad avere” un figlio, così da escludere che “l’artificialità/tecnicità del metodo” connoti di disvalore l’atto. Secondo l’Autore, il rifiuto di questa tecnica sarebbe in contrasto “l’estrema medicalizzazione, ormai, anche della procreazione c.d. naturale” e dunque “il fatto che l’esteriorizzazione tecnica di alcune fasi del concepimento (che le rende, nei fatti, disciplinabili e governabili), e il loro necessario affidamento alle competenze di un professionista terzo (potenziale destinatario di sanzioni dissuasive), rendono più effettivo un impedimento legale che difficilmente saprebbe orientare condotte che si consumano nel chiuso di un’alcova, non renderebbe certo costituzionalmente più plausibile quel medesimo impedimento”.

In senso contrario, come accennato nel testo, si deve osservare che il tema di indagine non riguarda né gli intenti da cui sono mossi coloro i quali ricorrono alla fecondazione eterologa, né la legittimità intrinseca degli atti medici che conducono al risultato, ma la situazione soggettiva (intendendo per tale la sua posizione rispetto a quelle prerogative o diritti che l’ordinamento riconosce essere propri di qualunque persona, e dunque non sottraibili ad alcuno), In altri termini, la persona che viene generata da questo atto non dovrà essere posta originariamente in posizione deteriore rispetto alla generalità dei soggetti.

precisamente quella per cui è lo stesso ordinamento a consentire che sia data vita ad un soggetto che sarà originariamente privato di un diritto fondamentale, e dunque si collocherà, nel contesto sociale, in una posizione del tutto diversa da quella di chiunque altro (eccetto coloro che sono nati da “eterologa”) e dunque anche dell’abbandonato, poi adottato, dando vita ad una sorta di “diseguaglianza irrimediabile”.

Nella prospettiva dell’art. 3 della Costituzione, così come è inammissibile e si espone a caducazione la scelta legislativa che ponga capo ad una situazione di ingiusta diseguaglianza, allo stesso modo appare inammissibile e si espone a caducazione un risultato, pur generato da una pronuncia di incostituzionalità, sebbene in riferimento a “valori” o principi esterni rispetto alla norma della cui illegittimità si è trattato, che determini di fatto analoga diseguaglianza.

Considerato il problema sotto questo profilo, ci si deve allora interrogare sulla “portata” della pronuncia di incostituzionalità essendo ben chiaro che la sua efficacia “generale” o “particolare”, oppure la considerazione di eventuali altri principi, concorrenti con quelli sin qui cennati, potrebbe condurre alla “non contraddittorietà” del suo esito finale.

Ove ci si ponga sotto questo particolare angolo visuale, non si può allora ignorare che la sentenza 162/2014 non ha affermato *sic et simpliciter* la illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma ha dichiarato tale illegittimità in relazione ad una specifica e particolare condizione degli aspiranti genitori, e cioè l’infertilità assoluta di uno di essi.

Ne segue la possibilità di introdurre una sorta di “prova di resistenza” volta a verificare se quella omessa comparazione (fra interessi del soggetto da procreare ed interessi dei “genitori”), non si sarebbe risolta comunque in senso positivo ove la Corte avesse considerato la specifica condizione (generale ed astratta) di uno dei termini di paragone, e cioè il genitore infertile: il che equivale a chiedersi se la “tutela della salute” di questi, assunta dalla Corte Costituzionale a fondamento della sua pronuncia, possa ritenersi prevalente rispetto all’interesse del procreando ad essere posto in una posizione di parità con ogni altra persona.

Pur con il grado di opinabilità che una simile valutazione implica, e tenendo conto degli specifici limiti scaturenti dall’indirizzo del presente lavoro, si può osservare che il richiamo operato dalla Corte all’art. 32 Cost, non appare del tutto convincente. Ed infatti, l’infertilità non può essere certamente assunta nel novero di malattia, e quand’anche dovesse scaturire da una malattia (ben potendo

essere il frutto di una anomalia genetica), costituisce piuttosto una condizione od uno status nel quale la persona si viene a trovare “in conseguenza” della stessa⁴⁹.

Ne segue che le conclusioni della Corte sarebbero state certamente più convincenti qualora la fecondazione eterologa, caratterizzata dalla presenza nella copia di un infertile, sia stata ammessa in presenza di un vero e proprio stato di malattia⁵⁰ (prevalentemente) psichica, e cioè ad esempio una patologia tale da indurre alla conclusione che la non procreazione sarebbe stata fonte di un danno del soggetto⁵¹ e la procreazione, all’opposto, mezzo di soluzione.

⁴⁹ Sul punto si veda anche Cfr. G. FERRANDO, *La riproduzione assistita*, cit., sebbene in una prospettiva opposta a quella qui delineata.

⁵⁰ E’ significativo che alcuni commentatori prendano in considerazione proprio il “percorso terapeutico” nel cui ambito deve essere sviluppata la PMA eterologa, a sottolinearne la funzione di rimedio ad uno stato di malattia: cfr. G. FERRANDO, *Autonomia*, cit

⁵¹ E’ interessante sottolineare che il nucleo della motivazione pur incentrandosi sull’art. 32 Cost muove da una affermazione del tutto indimostrata e cioè che la condizione che caratterizza coloro i quali intendono accedere alla fecondazione eterologa sia la medesima di quella in cui si trovano coloro che non vi sono ammessi. Si legge infatti al punto 7 del “diritto”:

La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) in relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l’impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell’accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto.

A prescindere dal fatto che venga presa in considerazione la mera “possibilità” di una incidenza sulla salute “della coppia”, così da rendere in concreto lo stesso richiamo a tale nozione, quel che manca e proprio la comparazione fra interessi della coppia ed interesse del procreando alla luce del fatto che la condizione di questo, nell’uno (omologa) e nell’altro caso (eterologa), sarà diversa. Si legge oltre, nello stesso punto 7:

“Nel caso di patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un’ampia accezione – la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell’individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento

In questo caso, anche attingendo alla disciplina, per certi versi contigua, ancorché riferita alla opposta condizione, della interruzione della gravidanza, consentita entro i primi novanta giorni della gravidanza, ove si accusino circostanze che comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica della gestante, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari (cfr. art. 4 L. 194/1978), si sarebbe potuto concludere per la coerenza di un sistema che, dinanzi ad una condizione di “grave pericolo” di violazione della integrità psico fisica del soggetto, così come ammette il “sacrificio” di una vita *in fieri*, ammetta la creazione di una persona la quale viene a trovarsi in una condizione, si potrebbe dire, di “disparità giustificata” rispetto ad ogni altro soggetto.

E’ tuttavia un fatto che questo approfondimento non vi è stato e che la Corte si è limitata ad assumere quale giustificazione della fecondazione eterologa, il fatto in sè della infertilità, in connessione all’art. 32 Cost., dando vita ad una situazione finale non scevra di incostituzionalità per l’omesso “bilanciamento” di diritti contrapposti.

Comunque, a disparte di tutto ciò, quand’anche si volesse ritenere che pur con l’ampiezza e l’indeterminazione segnalate, l’assetto normativo scaturente dalla sentenza 162/2014 sia coerente con tutti i richiamati principi costituzionali, resta impregiudicata l’ulteriore questione dell’anonimato della donatrice di gameti⁵².

Allo stato, in assenza di fonti normative, alcune Linee guida, approvate da diversi organismi

all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta. Pertanto, va ribadito che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango”.

⁵² A favore del riconoscimento del diritto di conoscenza delle origini al nato da fecondazione eterologa, cfr. C.M. BIANCA, *Audizione*, Id *L’unicità dello stato di figlio*, cit., p. 23; Id., *Il diritto del minore ad avere due soli genitori*, cit., p. 201; G. CHIAPPETTA, *L’azione di contestazione dello stato di figlio* (artt. 240 e 248), in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, cit., p. 448 e ss.; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit., p. 15 e ss.; L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, II, p. 236 e ss..



(istituzionali e non) come la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome⁵³ o il Ministero della Salute, sono favorevoli all'anonimato, così come è a favore dell'anonimato la bozza di Regolamento sui donatori di Gameti, già approvato dal Consiglio Superiore di Sanità, ed attualmente all'esame della conferenza Stato-Regioni⁵⁴.

A sostegno di tali regole, si è affermato che nel caso della fecondazione eterologa non c'è un genitore da ritrovare, ma il nudo nome di un donatore di gameti, che non vuole e non può, in base alla legge, instaurare alcun rapporto giuridico con il nato e questo vuoto giuridico sarebbe alla base della regola dell'anonimato, già enucleabile dall'art. 9, co. 3, della L. 40/2004⁵⁵.

L'art. 9 co. 3 della L. 40/2004, tuttavia, non contiene alcuna precisazione sul tema dell'anonimato ma, in un contesto di sfavore verso le pratiche eterologhe, si limita a disciplinare le conseguenze del divieto rispetto allo *status* del nato, che si trova ad essere sostanzialmente equiparato ad un adottato.

Altri hanno poi rilevato che nella fecondazione eterologa ci si troverebbe dinanzi ad una semplice donazione o persino vendita di ovociti (ed anche di spermatozoi, nel caso di maternità surrogata), e cioè atti i quali singolarmente considerati, non danno inizio alla vita umana, in guisa che non vi sarebbero mai i presupposti per costituire un titolo di paternità o di maternità⁵⁶ risolvendosi in un semplice atto di "solidarietà" ("l'aiuto a procreare offerto ad una coppia sterile"), sicché il ricorso ai gameti di un donatore sarebbe riconducibile ad una sorta di cura

medica, appartenente alla sfera più intima della coppia che li richiede, non appare per nulla convincente (come peraltro testé segnalato).

Tuttavia da un lato la madre biologica la quale decida di non riconoscere il figlio ed opti per l'anonimato, si trova in condizione non dissimile, quanto al rifiuto della relazione parentale, rispetto al donatore di gamete circa il disinteresse alla costituzione di una relazione non solo giuridica, ma anche emotiva con il nato.

Dall'altro, benché nel nostro ordinamento la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa sia condizionata all'accertamento della esistenza, come si è detto, di una condizione di sterilità od infertilità assolute ed irreversibili della coppia, è ben difficile ridurre la donazione di gameti od ovociti alla nozione di cura medica (salvo che non si intenda fare riferimento alla necessità di ricorrere alla scienza per l'ottenimento del risultato).

Se dunque si concorda con l'affermazione della Corte di Strasburgo e dei giudici interni, di legittimità e di merito, che nel caso dell'adottato la ricerca delle origini soddisfa un interesse dell'individuo e riguarda la costruzione della sua personalità, non si vede per quale ragione tale possibilità non dovrebbe essere consentita anche a colui il quale sia stato procreato attraverso una fecondazione eterologa.

Del resto, in una prospettiva comparatista, non si può trascurare che questa scelta è stata già compiuta da numerosi ordinamenti europei⁵⁷.

Certo, è indubitabile (ma non per questo è motivo di esclusione del diritto) che nella fecondazione eterologa il "vincolo" si presenterà con connotati più sfumati proprio per la carenza della gestazione e del parto. Tuttavia, seppure si volesse prescindere dal solo interesse medico (che potrebbe essere soddisfatto con le sole informazioni relative al corredo genetico apprese dal donatore

⁵³ In <http://www.camera.it/temiap/2014/>

⁵⁴ Cfr.

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2148_listaFile_itemName_0_file.pdf, la quale stabilisce che "in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3°, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcuna diritto nè essere titolare di obblighi".

⁵⁵ Osserva tuttavia M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, p. 19, la quale osserva che "difetta di autoreponsabilità nella filiazione il soggetto che abbia donato i propri gameti e in questo senso appare giustificata la regola secondo la quale "il donatore non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi" e soggiunge che in tal modo si persegue anche "un'altra esigenza fondamentale del minore, che è quella ad avere una serenità esistenziale ed affettiva. Se il donatore non fosse anonimo, la crescita del minore potrebbe essere turbata dalla presenza di soggetti che, se pure parte del suo patrimonio genetico, per legge non sono i genitori, ruolo riservato ai genitori che hanno espresso la volontà di sottoporsi alla tecnica di fecondazione eterologa, in quanto impossibilitati ad essere genitori in natura".

⁵⁶ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in questa *Rivista*, 1986, I, p. 500

⁵⁷ Sotto questo profilo, fra gli ordinamenti nei quali è già ammessa, sia pure con diversa ampiezza, la possibilità della fecondazione eterologa, si possono distinguere tre tipi di approccio e cioè anonimato "forte", anonimato "debole", trasparenza completa. In quest'ultimo senso la Svezia prevede la possibilità per il figlio di accedere alle informazioni identificative sul donatore (cfr.). Nella direzione intermedia invece si è orientata la Danimarca, che affida ai donatori la scelta tra l'anonimato o la registrazione dei dati anagrafici, con la possibilità di essere rintracciati, mentre in Spagna è previsto, tanto a favore del nato che dei genitori legali, l'accesso alle sole informazioni biologiche, che non rivelano l'identità del dove, l'anonimato del donatore, previsto fin dal 1994, è stato confermato dalla legge di riforma del 7 luglio 2011, ed impedisce l'accesso a qualunque informazione riguardante il donatore, considerato come se non fosse mai esistito, salvo per il caso di necessità terapeutica. Si aggiunge però che sebbene tale soluzione sia stata ritenuta corretta dal Consiglio di Stato Francese, sono ancora molte le associazioni che reclamano la c.d. "levée de l'anonymat".



all'atto del conferimento dei gameti), è configurabile un interesse diretto della persona a conoscere da chi provenisse il materiale genetico dal quale egli ha preso la vita: tanto meno tale diniego può essere basato su considerazioni che non hanno nulla che vedere con la logica dei diritti fondamentali, come ad esempio quelle che si imperniano sul presunto primato della "fisicità" rispetto a quello degli affetti e delle relazioni interpersonali⁵⁸.

Né appare convincente l'osservazione, svolta da taluni in senso oppositivo, centrata (nel caso degli spermatozoi) sul fatto che un solo donatore potrebbe offrire seme per centinaia di gravidanze, così da doversi escludere che egli "porti con sé nella vita carovane di figli soltanto perché ha consentito alla estrazione di seme dai suoi organi"⁵⁹. Siffatta impostazione da un lato non tiene conto che proprio il principio di autodeterminazione, che si pone alla base della possibilità di dono del materiale genetico, contiene anche quello di responsabilità, e dall'altro che impostando il ragionamento in questi termini il diritto fondamentale della persona alla conoscenza delle proprie origini, che sono prima di tutto biologiche, verrebbe ad essere condizionato dal comportamento del donante e da una sorta di deresponsabilizzazione dello stesso.

Il fatto è che tutti gli argomenti che vengono indicati a fondamento della tutela dell'anonimato nel caso di fecondazione eterologa, non incidono sul diritto a conoscere le origini: d'altronde, come nella rinuncia alla maternità ci si trova dinanzi ad un atto di abbandono di una parte di sé, ad una volontà di straniamento da una vita che potrà nascere e soprattutto è poi effettivamente nata⁶⁰. Riguardato sotto il profilo della relazione che si viene a costituire con genitori che non sono naturali sicché essa non si fonda sul vincolo genetico, ma affettivo⁶¹. Il tutto allo scopo di dar vita ad una famiglia altrimenti impossibile (sebbene s'abbia a dire che ciò vale, allo stato della normativa, in modo assoluto solo per la fecondazione eterologa, che presuppone la sterilità, ma non per l'adozione).

In particolare, è certo che il diritto "della persona" deve essere tenuto ben distinto dal diritto "della coppia" ed in particolare, per quest'ultima, dal diritto alla formazione di una famiglia con figli, ritenuto meritevole di protezione dalla Corte Costituzionale con la sentenza 162/2014: quest'ultimo riguarda il piano giuridico ed

esistenziale della coppia, l'altro, il piano giuridico ed esistenziale del nato e poiché entrambi sono meritevoli di protezione (ed anzi, è meritevole di maggior protezione quello del procreando, per la sua maggiore debolezza), spetta all'ordinamento compararli e trovare una soluzione di equilibrio fra l'uno e l'altro.

Del resto, non si comprende per quale ragione, nella fecondazione eterologa, l'interesse a conoscere l'identità del donante dovrebbe rispondere a mera curiosità, e non potrebbe dirsi altrettanto nel caso del parto anonimo, visto che entrambi i casi sono caratterizzati (negativamente) dalla rescissione di ogni relazione affettiva e giuridica⁶² fra la madre ed il donante da un lato, ed il nato dall'altro.

Ne segue che anche per la persona procreata attraverso la donazione di gameti, si dovranno prevedere, da parte del legislatore, modalità di accesso alla verità, altrimenti potendosi profilare un rischio di incostituzionalità della norma. Rischio di incostituzionalità, si aggiunge, che per le ragioni sopra dette non potrebbe essere escluso dalla eventuale eccezione di non eguaglianza delle situazioni considerate (del nato da parto anonimo e del nato da donatori sconosciuti), dal momento che tale diversità è solo, per dir così, apparente, se riguardata dal punto di vista del diritto fondamentale alla identità della persona.

Anzi, vi è da chiedersi se non sia necessaria anche una disposizione la quale, sul modello di quella prevista nel caso di adozione, ponga a carico dei genitori un vero e proprio dovere di informare il figlio circa il modo della sua procreazione: dovere che appare irrinunciabile e necessario, se si considera che si tratta di una informazione che può

⁶² Cfr. tuttavia il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 25 novembre 2011, cit., § 5: "Occorre chiedersi, al di là delle singole casistiche, se la conoscenza dei dati anagrafici del donatore sia in generale un reale vantaggio per il nato... Studi nel settore non mancano di sottolineare l'importanza che il bambino o l'adulto, che lo desiderino, acquisiscano informazioni sulla propria storia, più che sulle proprie origini genetiche... È vero che esiste un desiderio di conoscere le proprie radici, ma questa "curiosità dell'origine"... di nuovo rimanda alla dimensione relazionale più che al dato biologico. È una ricerca guidata dalle domande: sono stato/a un figlio/una figlia desiderata? Si ricerca l'origine per verificare l'esistenza di un legame meta-biologico, oltre che biologico, con il donatore. Ma la ricerca del donatore non può offrire un reale contributo alla costruzione della propria storia: il donatore è un estraneo che ha "ceduto" i propri gameti, con il quale il nato ha un mero legame genetico (oltretutto parziale) ma non certo relazionale, parentale o genitoriale ". Il donatore di gameti - continua il parere - " non ha mai avuto un progetto parentale ".

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 586 e ss

⁵⁹ Così A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale*, cit.

⁶⁰ C.M. BIANCA, *Stato delle persone*, in C.M. Bianca, *Scritti giuridici*, I, 2, Milano 2002, p. 685.

⁶¹ S. RODOTÀ, *Tra diritto e società*, cit., p. 587

riflettersi sulla tutela della salute e che comunque riguarda la “verità” dell’individuo⁶³.

Vi è infine un ulteriore argomento da considerare, che appare coerente con l’impostazione del nostro sistema, il quale ha sempre guardato agli atti di disposizione del proprio corpo utili per la conservazione della vita come oggetto di disinteressata liberalità, percorsa dal principio di autodeterminazione e responsabilità, e cioè il fatto che la possibilità di accedere alle informazioni e dunque di risalire alla identità dei donatori, a prescindere dal soddisfacimento dell’interesse individuale, svolge (come si è accennato) una funzione di richiamo del donatore alla importanza dell’atto che compie.

Sotto questo aspetto, proprio il paradossale argomento, già considerato, della possibilità che una sola persona dia vita a “centinaia” di discendenti, dimostra i rischi di una banalizzazione della donazione di gameti.

Anche se l’accesso alla identità del donatore soddisfa il diritto della personalità, ciò non è sufficiente ad escludere l’eccezionalità di queste tecniche poiché essere arrecano un insanabile *vulnus* alla persona, costituito dalla mancanza di un ascendente diretto nel quale riconoscere, attraverso la “generazione”, le radici del proprio io.

Questo sacrificio può essere giustificato solo da condizioni di eccezionalità come la sterilità della coppia: in tal caso si può considerare che nel necessario bilanciamento fra il valore costituzionale della famiglia e quello individuale alla identità personale (il quale incorpora la naturalità dell’atto procreativo), quest’ultimo trovi una salvaguarda indiretta nel fatto che la gestazione è condotta comunque da colei con la quale sarà costituito il vincolo genitoriale⁶⁴.

Da un lato, però, questo bilanciamento, che implica necessariamente un sacrificio, deve trovare la sua giustificazione nella impossibilità di soddisfare altrimenti l’interesse alla formazione della famiglia (ma non certo alla sola genitorialità in quanto tale, preconcettualmente avulsa da un contesto di riferimento), dall’altro esso deve arrestarsi dinanzi ai casi in cui si abbia la frustrazione definitiva di ogni possibilità di ricostruzione di un passato identitario.

⁶³ Cfr. M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 2, 190 e ss.

⁶⁴ Sulla ingiustificatezza di una eventuale disparità di trattamento fra adottato e generato da fecondazione eterologa, si veda già L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit.

6. Fecondazione eterologa “assimilabile” e fecondazione surrogata

Alcune considerazioni finali debbono essere riservate alla applicabilità delle conclusioni sin qui raggiunte alla così detta fecondazione surrogata.

Nel nostro ordinamento questa pratica, la cui legittimità era stata già esclusa alla stregua dei principi generali⁶⁵, è ora vietata espressamente dall’art. della L. 40/2004 per ragioni che possono ricondursi al principio di indisponibilità degli status personali; alla protezione del corpo della donna, che sarebbe altrimenti soggetto alle regole del mercato con conseguente *deminutio* della sua integrità psico-fisica, ad una esigenza di protezione della “dignità obiettiva” dell’individuo⁶⁶.

Essa è dunque illecita in ogni forma si presenti e ciò tanto nel caso di donna il cui ovulo sia fecondato da seme di un uomo artificialmente⁶⁷, con l’impegno a consegnare il bimbo che nascerà a quest’ultimo ed alla di lui moglie; tanto nel caso di donna la quale accetti di accogliere un embrione creato in vitro con materiale genetico dei coniugi o/e in tutto od in parte di terzi, e si impegni alla consegna loro del bimbo al termine della gravidanza.

Ogni accordo che abbia tale oggetto è nullo ed insuscettibile di essere eseguito coattivamente ed i committenti non possono vantare alcun diritto alla

⁶⁵ Si veda, in proposito, Trib. Monza, 27 ottobre 1989 (in *Foro it.*, 1990, I, c. 298, con nota senza titolo di G. PONZANELLI; in *Giur. merito*, 1990, I, 240, con nota di M. G. MAGLIO, *Spunti in tema di procreazione artificiale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, 355, con nota di A. LIACI; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità “surrogata”: la prima pronuncia italiana*; in *Giust. civ.*, 1990, I, 478; in *Dir. fam. pers.*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*) Il giudice ha concluso nel senso dell’inammissibilità del contratto di surrogazione di maternità per impossibilità e illiceità dell’oggetto e della causa, nonché per frode alla legge. Si ritiene in particolare che «[n]on possono formare oggetto di contratto gli status personali, né la potestà dei genitori né i diritti personali del minore a essere educato e mantenuto da chi lo ha generato». A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da Cicu, Messineo e Mengoni), Milano, Giuffrè, 2007, p. 232. Nel senso invece della liceità, ove il consenso della futura madre surrogata sia prestato a titolo gratuito, v. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro italiano*, 2000, I, c. 972 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI.

⁶⁶ Sulla configurabilità di una “dignità obiettiva” dell’individuo, tutelabile dall’ordinamento anche contro la sua volontà, si vedano le riflessioni di G. RESTA,

⁶⁷ Non rientra nella nozione di maternità surrogata, infatti, il caso in cui, sia pure con il consenso della propria moglie o compagna, la fecondazione sia naturale e non artificiale, venendo a mancare l’elemento che caratterizza la fattispecie, e cioè il contrasto fra madre uterina e madre genetica (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, V ed., Giuffrè, Milano, 2014, 407, (nt. 330).



“consegna” del nato, quand’anche vi fosse stato accordo in tal senso con la madre uterina⁶⁸.

Il divieto contemplato dal nostro Ordinamento è condiviso da molti altri, ma non è generalizzato ed assoluto: infatti vi sono Stati nei quali la pratica è “tollerata”, nel senso di non essere specificamente regolata dalla legge e quindi implicitamente ammessa⁶⁹, ed altri in cui essa invece è consentita e disciplinata, sia pure con modalità diseguali⁷⁰.

Questa situazione ha dato vita a quel che è stato definito “turismo procreativo surrogatorio”⁷¹ ponendo di conseguenza il problema della rilevanza, nel nostro ordinamento dell’atto che, negli Stati in cui quella tecnica è consentita, attribuisce al nato lo *status* di figlio dei così detti “genitori intenzionali”.

Il tema è stato affrontato anche sotto il profilo penale, in relazione ad ipotesi in cui i committenti, per sfuggire al divieto nazionale (che, fra l’altro, avrebbe impedito al nato di acquisire la qualità di figlio), avevano alterato o sottaciuto la verità, dichiarando una inesistente genitorialità biologica ed è interessante osservare come, a fronte di un orientamento volto in generale ad escludere la sussistenza del reato di alterazione di stato mediante

falsità, sul presupposto che l’atto si sarebbe formato all’estero⁷², o comunque a circoscrivere la rilevanza del comportamento mediante una diversa qualificazione della fattispecie⁷³, ci sia spinti sino ad affermare la irrilevanza penale del fatto trattandosi di un “falso innocuo”⁷⁴ e ciò sul presupposto che il riconoscimento, da parte della CEDU del diritto del minore al rispetto della vita privata⁷⁵, e l’assenza (in tali casi) di previsioni normative che attribuiscono al minore una identità od uno status nell’ordinamento giuridico italiano, renderebbero la condotta di occultamento della verità addirittura inoffensiva del bene giuridico tutelato dalla norma penale⁷⁶.

L’esclusione della fattispecie di reato, peraltro, lascia impregiudicata proprio la questione relativa alla condizione giuridica del nato, che è stata affrontata in sede civile da pronunzie riguardanti il riconoscimento di efficacia e dunque la trascrivibilità di un atto di nascita formato all’estero che attesti una genitorialità giuridica divergente da quella naturale per effetto di surrogazione, sotto il profilo della compatibilità con l’ordinamento italiano.

In un primo caso, qualche anno addietro, la giurisprudenza di merito aveva offerto una risposta

⁶⁸ Si veda in tal senso M. DOGLIOTTI, *Maternità “surrogata”: contratto, negozio giuridico, accordi di solidarietà?*, in *Famiglia e Diritto*, 2000, 2, 151. In senso opposto, invece, si veda la famosa sentenza resa negli Stati Uniti dalla Corte Superiore del New Jersey sul cd. caso “Baby M”, poi riformata dalla Corte Suprema del medesimo Stato, in *Foro it.*, 1989, 6, 293 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l’illegittimità dei contratti di “sostituzione di maternità”*. Sul tema C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, 5-8, 11 ss.; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la “surrogate mother” e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, 2, 97 ss.; A. MIRANDA, *Diritti dei genitori ed interesse del minore nel caso In Re «Baby M.»*, in *Dir. fam.*, 1987, 1516 ss.

⁶⁹ Come ad esempio in Repubblica Ceca, Paesi Bassi, Romania e Armenia

⁷⁰ Ad esempio in India, Cambogia, Thailandia, Russia e Messico è consentita solo una maternità surrogata onerosa (cioè dietro compenso), mentre in Canada, Brasile, Sud Africa, Australia, Nuova Zelanda e Inghilterra è consentita solo a titolo gratuito. Negli Stati Uniti invece vi sono norme diverse da Stato a Stato: ad esempio in California è consentita sia a titolo oneroso che gratuito. Per una panoramica sulle diverse legislazioni si veda R. Torino, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, 179-202.

⁷¹ Critica l’uso del termine “turismo”, con argomenti che evidenziano una connotazione “ideologica”, A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze*, L. Lombardi, S. De Zordo (a cura di), Milano, Franco Angeli, 2013, p. 111 ss., p. 112, sul presupposto che esso “indica un viaggio di piacere ed è offensivo sia per le coppie che migrano per ottenere all’estero assistenza riproduttiva, sia per i professionisti coinvolti; il termine esilio, invece, indica il lasciare il proprio Paese, normalmente per ragioni politiche, e perciò sarebbe più appropriato”.

⁷² Trib. Milano, 15 gennaio 2014, in *Foro it.*, 2014, II, c. 371 (s.m.), con nota di G. CASABURI. Critica tale qualificazione A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corriere Giur.*, 2015, 4, 471, nota 62, il quale osserva che anche se l’atto fosse valido per la *lex loci*, in quanto ammissiva della fecondazione surrogata, sarebbe comunque falso “perché non corrisponde alla realtà della procreazione né a fattispecie costitutiva speciale dello stato di figlio che ne ammetta la costituzione sulla base della surrogazione della maternità. L’attività dichiarativa dei committenti, volta a trasfondere l’accertamento contenuto nell’atto straniero in accertamento di diritto italiano tramite il relativo titolo, è pertanto ideologicamente falsa”.

⁷³ Secondo Trib. Milano, Ufficio Gip, 8 aprile 2014, in *Fam. e dir.*, 2014, 835 ad essere integrato sarebbe il diverso e più blando reato di false dichiarazioni a pubblico ufficiale su proprie qualità personali in atto dello stato civile (art. 495, comma 2, n. 1 c.p.)

⁷⁴ Si veda in tal senso Trib. Varese, 08-10-2014, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 10, 918 nota di C. CASSANI, *Surrogazione di maternità all’estero ed effetti nell’ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*.

⁷⁵ Il substrato logico della pronunzia consiste nella “valorizzazione” della giurisprudenza CEDU, ed in particolare dei casi Menesson (European Court of Human Rights, V Section, 26 June 2014, Application no. 65192/11, case Menesson v. France, in www.echr.coe.int.) e Labassee European (Court of Human Rights, V Section, 26 juin 2014, Requête n. 65941/11, affaire Labassee c. France, in www.echr.coe.int.), oltre che del caso Campanelli (del quale si dirà nel testo) con la conseguente interpretazione costituzionalmente orientata della norma incriminatoria (art. 495 c.p.)

⁷⁶ In senso critico, A. RENDA, *La surrogazione, cit.*



centrata su una sorta di degradazione della rilevanza delle regole di Ordine Pubblico o, se si preferisce, di loro progressiva perdita di terreno⁷⁷: in particolare, sul presupposto di una similitudine (almeno nel caso di maternità surrogata con relazione biologica unilaterale o bilaterale) con la fattispecie di fecondazione eterologa e dell'essere quest'ultima vietata per una scelta di politica legislativa, legittima, priva di protezione costituzionale, veniva ritenuto trascrivibile un certificato di nascita formato negli Stati Uniti attributivo di paternità e relativo a figli legati al padre da un legame di carattere biologico, ma nati da una gestazione a pagamento⁷⁸.

Letta diacronicamente, quella pronuncia ha costituito il primo tassello di una riflessione in senso "riduttivo" del limite di ordine pubblico (dipanatasi anche a livello comunitario) sfociata in una recentissima decisione di legittimità, che ha affermato il principio dell'efficacia nell'ordinamento italiano di ogni atto o provvedimento formato all'estero che non entri in contrasto con i valori costituzionali essenziali⁷⁹.

⁷⁷ Trib. Napoli Decreto, 01-07-2011, in *Corriere del Merito*, 2012, 1, 13. Il provvedimento, muovendo dalla preminenza, nella costruzione della paternità/filiazione, del dato volitivo rispetto a quello biologico e della conseguente strumentalità (valorizzato dal divieto di disconoscimento della paternità per chi abbia espresso il proprio consenso a tecniche di fecondazione eterologa espresso dall'art. 9 L. 40/2004), ritenne la ratio del divieto della fecondazione eterologa non potesse essere ravvisata nel bisogno di certezza in ordine allo status di figlio, potendo quest'ultima essere assicurata dall'applicazione del principio di autoreponsabilità; nè dal "diritto alle origini" del nato "che non trova sicuramente applicazione nell'adozione legittimante che fonda la relazione parentale, ancora una volta, sui rapporti affettivi e sull'assunzione di responsabilità" (ma sulla criticabilità di questo approccio, si veda nel testo, *passim*), giungendo alla conclusione che il divieto non è giustificato dalla necessità di assicurare l'osservanza dei principi costituzionali in materia di protezione della prole, ma da una **scelta culturale** pienamente legittima del legislatore. Di conseguenza, la trascrizione dei certificati di nascita di due bambini nati negli Stati Uniti con fecondazione eterologa su commissione non viene ritenuta in contrasto con l'OP ideale poiché, nell'ordinamento nazionale, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale.

⁷⁸ Osserva anzi il provvedimento che anche l'ipotesi di maternità surrogata può inquadrarsi in un generale principio di responsabilità procreativa, indipendentemente dalla esistenza di legame biologico fra i nati ed i genitori "intenzionali"

⁷⁹ Si tratta di Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (inedita, www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13340) la quale, nel contesto di una motivazione assai ricca e complessa, afferma tra l'altro quanto segue:

Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della

Vale qui sottolineare come, quest'ultima decisione (riguardante il caso di un bambino nato nel contesto di una matrimonio omosessuale femminile contratto in Spagna, in cui una delle due donne aveva donato l'ovulo che, fecondato da donatore anonimo, era stato poi impiantato nell'altra e da questa partorito), prestando un ossequio sostanzialmente incondizionato al criterio, ormai "dominante", del "dialogo fra le corti", abbia costruito il proprio ragionamento in relazione sostanzialmente esclusiva ai principi enunciati dai trattati internazionali sull'Unione Europea e della Carta europea dei diritti dell'uomo, ed alla giurisprudenza delle rispettive Corti, e specialmente di quella di Strasburgo. Ruolo centrale è stato dunque riconosciuto all'interesse del minore alla vita familiare, e dunque alla attribuzione di un determinato status ad esso conforme, rispetto all'interesse ordinamentale a non dare ingresso alle conseguenze di una pratica vietata, come la fecondazione surrogata, se non altro quando vi sia relazione biologica con almeno uno dei genitori intenzionali (nel caso di specie, la donatrice dell'ovulo)⁸⁰.

norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico. Da tempo, infatti, questa Corte ha precisato che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili (cfr. Cass. n. 4040 del 2006, n. 13928 del 1999, n. 2215 del 1984), sicchè il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sè solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti" (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento.

Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari.

La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico - tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato - è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale.

⁸⁰ Ci si riferisce, in particolare alla sentenza 26 giugno 2014, n. 65192 con la quale la Corte di Strasburgo insistendo in una interpretazione estensiva dell'art. 8 della Convenzione, ha ritenuto che il rifiuto di attribuire effetto nell'ordinamento francese lo Status di figli della coppia che i gemelli avevano ottenuto in California, ledeva il loro diritto alla "identità" all'interno della Società Francese, ed anche la loro posizione



Senza affrontare il tema, che non rientra nei limiti di questo scritto, non solo della opportunità, ma prima ancora della correttezza dogmatica di una scelta ermeneutica che si traduce nel severo restringimento del limite dell'ordine pubblico internazionale, suscita perplessità la disattenzione verso il valore protetto attraverso il divieto di maternità surrogata. Infatti, riprendendo quell'antico indirizzo di merito che aveva letto il divieto di fecondazione eterologa una mera scelta di contingente equilibrio legislativo, ed estendendo tale qualificazione anche al divieto di maternità surrogata, viene esclusa la sussistenza di un interesse costituzionalmente protetto ostativo alla dichiarazione di efficacia di quel certificato di nascita, formatosi all'estero, benché riguardasse un caso di surrogazione di maternità (sebbene non a pagamento).

Si deve osservare, infatti, che il divieto di maternità surrogata è posto invece a protezione di un valore fondante della dignità della persona, ricavabile dall'art. 2 della Costituzione ed anche dalla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea: valore che esclude, come dianzi accennato, la legittimità di pratiche che "oggettivizzano" il corpo femminile.

Non risponde dunque al vero che, pur volendo accedere alla testè accennata "lettura riduttiva" del principio di ordine pubblico, la dichiarazione di efficacia di maternità surrogata non trovi ostacoli in principi costituzionali inderogabili.

D'altra parte appare evidente, una volta annichilito il profilo della tutela della dignità della persona, venga meno anche qualunque remora al riconoscimento di efficacia di qualunque genere di maternità surrogata, anche quando riguardi una gestazione a pagamento, ed indipendentemente da qualunque valutazione sul legame biologico fra il nato ed i genitori o il genitore intenzionale. Significativo è il recentissimo caso deciso dalla Corte d'Appello di Trento, che ha ritenuto efficace l'atto di nascita attributivo della paternità al componente di una coppia omosessuale maschile, relativamente ad un figlio nato da gestazione a pagamento, privo di legame biologico con il nato⁸¹. Anche in tale decisione, infatti, è assente qualunque riferimento all'evento che ha dato origine alla condizione di fatto cui si riferisce il provvedimento

patrimoniale, dal momento che non avrebbero potuto acquisire, in caso di morte dei genitori, la qualità di eredi. Ha dunque ritenuto che ciò violasse il diritto al rispetto della vita privata dei minori nella misura in cui non era stato valorizzata l'importanza della parentela biologica quale componente dell'identità di ciascun individuo.

⁸¹ Trib. Trento, 23 febbraio 2017, in

<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>

estero oggetto della valutazione di efficacia, e cioè la gestazione a pagamento per conto di altri.

D'altra parte si deve osservare come la cedevolezza di argomenti favorevole ad una generica ed incondizionata efficacia di atti stranieri, sia per altro verso dimostrata da un recente caso, riguardante una fecondazione surrogata assoluta e cioè nella quale il nato non presentava alcuna relazione con i genitori intenzionali. Due coniugi esibivano ai fini della trascrizione, un certificato formato in Russia che attestava una fecondazione eterologa: emersa tuttavia l'assenza di qualunque vincolo genetico fra la coppia ed il bambino e che questi era frutto di una accordo di maternità surrogata (valido in quel Paese), in coerenza con il consolidato orientamento giurisprudenziale⁸², veniva negata l'iscrizione della nascita ed i due venivano sottoposti anche a procedimento penale. Frattanto il bambino veniva dichiarato in stato di abbandono e successivamente affidato ad una famiglia, per essere infine adottato⁸³.

Contro tali provvedimenti, e cioè quello di allontanamento e di dichiarazione di adozione del minore e quello di diniego di trascrizione del certificato di nascita, i "genitori intenzionali" proponevano ricorso dinanzi alla CEDU la quale, con sentenza del 27 gennaio 2015, riteneva che l'azione dello Stato Italiano avesse violato l'art. 8 della Convenzione, sotto il profilo del rispetto della

⁸² Il caso riguardava una coppia italiana la quale, nel 2011, in Russia, attraverso una società privata, aveva ottenuto da una "madre surrogata" un bambino privo di legame biologico con la coppia stessa. La coppia aveva potuto registrare il bambino come proprio figlio in base alla legislazione del luogo, ma il Tribunale di Campobasso si era rifiutato di registrare il bambino come figlio della coppia e, dopo avere appurato che non esisteva alcun legame biologico, ne aveva disposto la sottrazione alla cura dei ricorrenti e poi l'affidamento ad altra famiglia.

⁸³ Corte Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 3, 236 nota di C. BENANTI, *la maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*. Si veda anche A. RENDA, *La surrogazione, cit.*. Nel caso affrontato dalla Cassazione una coppia della provincia di Crema aveva fatto ricorso alla gestazione per altri in Ucraina mediante una fecondazione doppiamente eterologa. Indagati dalla Procura di Crema per il reato di alterazione di stato, i genitori intenzionali si vedevano affidare temporaneamente il minore, pendente il procedimento di dichiarazione dello stato di adottabilità promosso dal pubblico ministero. Successivamente, emergeva non soltanto che i due non erano i genitori biologici del minore, ma altresì che essi avevano violato la legge ucraina la quale, pur consentendo la gestazione per altri tramite fecondazione eterologa, non prevede invece quella doppiamente eterologa.

Per queste ragioni il Tribunale di Brescia, con pronuncia confermata prima in appello e poi in Cassazione, aveva dichiarato il minore adottabile, separandolo dai genitori intenzionali, di cui aveva sospeso la responsabilità genitoriale e disponendo il collocamento immediato presso un'altra coppia.



vita familiare del bambino e dei coniugi, avendo adottato una misura estrema (l'allontanamento del minore dal contesto familiare), giustificabile solo in caso di pericolo immediato per il bambino, senza una equilibrata considerazione dei contrapposti interessi in gioco⁸⁴. A sostegno di questa conclusione, la Corte sviluppava anche una digressione sulla nozione di ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato, ritenendo in sostanza quest'ultimo recessivo rispetto all'interesse del minore⁸⁵.

Tuttavia la Grand Chambre, con sentenza, ancora inedita, ha ribaltato quell'esito ritenendo inesistente una violazione della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolare, muovendo dal presupposto che nel caso di specie, in considerazione delle specifiche circostanze del caso (l'assenza di un legame biologico tra la coppia e il minore; la breve durata della relazione con il bambino e l'incertezza del quadro giuridico applicabile), non si poteva ritenere esistente una “*de facto family life*”, la Grand Chambre ha ritenuto inapplicabile l'articolo 8 della Convenzione sotto il profilo del diritto al rispetto della vita familiare⁸⁶.

⁸⁴ La Corte, pur ritenendo che il giudice italiano, dichiarando il bambino figlio di genitori sconosciuti, ed applicando in maniera rigorosa il diritto nazionale prescindendo dallo *status* giuridico creato all'estero, non avessero agito irragionevolmente, ha dichiarato che le misure adottate nei confronti del minore, in particolare il suo allontanamento e la sua messa sotto tutela, non avevano considerato in modo adeguato l'interesse del minore. Il passaggio principale della motivazione è centrato sulla rilevanza della nozione di ordine pubblico e sulla necessità di contemperare il rispetto di quest'ultimo con l'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. Poiché, dunque, l'allontanamento del minore dal contesto familiare è una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo come ultima *ratio*, affinché sia giustificata, essa deve rispondere allo scopo di proteggere il minore da un pericolo immediato per lui: pericolo nel caso di specie non era esistente né era ravvisabile nel rischio, futuro, che questi avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi “genitori intenzionali” qualora fosse rimasto presso di loro, o sui sospetti di rilevanza penale dei comportamenti tenuti dai ricorrenti. Per contro, esempio di comportamento rispettoso di tale necessario equilibrio veniva indicato nella fattispecie oggetto della causa *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, nella quale le autorità lussemburghesi pur non riconoscendo la filiazione accertata all'estero perché contraria all'ordine pubblico interno, non avevano adottato alcuna misura finalizzata all'allontanamento del minore o all'interruzione della vita familiare.

⁸⁵ Si leggano le interessanti riflessioni di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia dell'ordine pubblico)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 12, 11122.

⁸⁶ Si legge nel provvedimento che “*Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental*

Viceversa, la Corte ha ritenuto che la medesima norma potesse essere presa in considerazione sotto il profilo del diritto dei “genitori intenzionali” al rispetto della loro vita privata, potendo il comportamento dello Stato potenzialmente interferire con il loro “genuino” progetto familiare e genitoriale, ma ha escluso che l'azione dello Stato fosse sanzionabile, perché era conforme alla legge nazionale, a sua volta indirizzata ad uno scopo legittimo, e cioè la protezione del minore: scopo perseguito attraverso la scelta nazionale, pienamente legittima, di riconoscere la relazione parentale legale di un bambino esclusivamente nel caso in cui vi sia un legame biologico oppure una adozione legale.

La decisione della Grand Chambre rappresenta un ripensamento che suggerisce maggiore attenzione circa la possibilità e capacità dei singoli ordinamenti di proteggere le proprie scelte suggerendo una ulteriore riflessione rispetto alle critiche mosse nei confronti del rigoroso indirizzo consolidatosi in sede di legittimità dopo alcune oscillazioni delle Corti di Merito⁸⁷.

Infatti dinanzi al rifiuto della trascrizione, fondato, come si è detto⁸⁸, sul vincolo scaturente dalla L. 40/2001 a sua volta ispirato tutela della dignità della donna, e cioè di un valore costituzionalmente protetto, vari commenti si erano posti in posizione critica, ritenendo che tale

project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a de facto family life have not been met”.

⁸⁷ Si ricorda, a questo proposito, il caso deciso da App. Bari, 13.2.2009, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 699, che ha riconosciuto i *parental orders* inglesi imputanti la maternità alla moglie italiana di un inglese ed ha disposto la trascrizione degli atti di nascita, nonchè Trib. Forlì, 25.10.2011, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, 532, ha ordinato la trascrizione del certificato di nascita dei minori («*sa prescindere dal fatto che la fecondazione sia avvenuta in violazione del disposto dell'art. 4, 3 co., legge n. 40/2004*»), rigettando però la richiesta della committente di apparire come madre sul presupposto che il limite dell'ordine pubblico impedisce di imputare la maternità a donna diversa dalla partoriente. Si vedano altresì Trib. Min. Milano, 3.8.2012, in *www.tribunaleminorimilano.it*; e, in sede penale, Trib. Brescia, 26.11.2013, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di Trinchera.

⁸⁸ Nella già citata Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, è stato confermato il diniego di trascrizione di un atto di nascita di un bambino nato in Ucraina da madre surrogata, a seguito di fecondazione doppiamente eterologa (dalla sentenza si deduce infatti che i gameti utilizzati appartengono a donatori). Stante la violazione, oltre che della legge italiana, della stessa legge ucraina - secondo cui almeno il 50% del patrimonio genetico del nato deve provenire dalla coppia committente - i coniugi italiani non possono infatti ad alcun titolo essere considerati genitori. Di conseguenza, in assenza di parenti, il minore deve essere dichiarato in stato d'abbandono: né i committenti possono accedere all'adozione in quanto hanno da tempo superato l'età richiesta.



soluzione non tenesse conto dell'interesse del minore⁸⁹ come individuato dalla giurisprudenza CEDU, ed in particolare dalla sentenza 27 gennaio 2015⁹⁰: venendo meno questo argomento fondante, però, l'intera costruzione favorevole risulta priva di sostegno.

Ripensamento che, per le ragioni sin qui esposte, non potrà che essere nel senso della esclusione tassativa della trascrivibilità, in Italia, di un certificato di nascita relativo ad una maternità surrogata.

7. Conclusioni

A questo punto è possibile trarre alcune conclusioni.

Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche si colloca nel seno del diritto della personalità e, dunque, ha carattere fondamentale.

Esso, pertanto, è tutelato innanzi tutto nel caso di parto anonimo, salvo il bilanciamento con l'interesse della madre biologica che, però, ha carattere disponibile, e dunque può essere oggetto di rinuncia o revoca, ed in ogni caso trova un limite cronologico nella esistenza in vita della partoriente.

Lo stesso diritto, proprio per il fatto di riguardare la identità personale dell'interessato, consente l'accesso alle informazioni che riguardano il donante dei gameti utilizzati per la fecondazione. Il fatto che in questo caso vi sia comunque un parto naturale, non esclude, infatti, nè il diritto a conoscere le modalità del proprio atto generativo, nè quello a conoscere la identità della persona del cui patrimonio genetico si è, anche solo parzialmente, portatori e costituiti: diritto il quale trova fondamento non solo in esigenze di carattere medico, ma specialmente di natura identitaria.

Sotto altro profilo, l'indagine offre elementi confermativi del carattere eccezionale della fecondazione eterologa. Essendo il sistema imperniato sulla generazione naturale a tutela di un interesse identitario della persona che verrà ad esistenza, l'unica possibilità di deroga può scaturire da un bilanciamento di tale interesse con altri valori costituzionalmente protetti i quali, pur potendo scaturire da letture più o meno evolutive delle regole costituzionali, alla luce dei principi ritraibili dall'adesione ad ordinamenti sovranazionali, debbono confrontarsi con l'esigenza di una tutela

rafforzata dell'interesse del soggetto che deve ancora venire ad esistenza.

A maggior ragione deve escludersi la compatibilità con detti principi della fecondazione surrogata (ovviamente, a prescindere da un divieto formale, sicché una norma opposta sarebbe incostituzionale): essa, infatti, si pone in contrasto sia con l'esigenza di tutela della dignità della donna in generale, ed in specie di colei che disporrebbe del proprio corpo e del frutto della maternità, sia con l'esigenza di tutela dell'interesse identitario di colui che verrebbe ad esistenza, anche in una prospettiva di eguaglianza con gli altri soggetti dell'ordinamento.

La natura fondante ed indisponibile dei medesimi principi, esclude infine che sia in qualunque modo riconoscibile, nell'ordinamento interno, una generazione in conflitto con essi. Per questo motivo deve essere esclusa la trascrivibilità di un atto di nascita per fecondazione surrogata, e ciò indipendentemente dal fatto che sia individuabile un qualche legame genetico con i così detti "genitori intenzionali". Né può pervenirsi a diversa conclusione valorizzando l'interesse del nato poiché se questi fosse stato generato legalmente, in un paese che ammette quella pratica procreativa, sarà comunque dotato di un proprio status valido secondo quell'ordinamento, mentre se la generazione fosse stata illegale, ovunque verificatasi, dovrà farsi strada alla dichiarazione di adottabilità: salvo che, per una tardiva scoperta del fatto, tale possibilità debba essere esclusa, garantendo una continuità familiare alla quale, tuttavia, dovrà necessariamente accompagnarsi la interruzione del legame parentale.

Diversamente infatti, e cioè sbilanciando la prospettiva di protezione esclusivamente sul nato, sulla base di una male intesa necessità di adeguamento scaturente dalla "globalizzazione" del diritto, le norme proibitive interne sarebbero vanificate, sino all'ipotetico paradosso che qualunque atto generativo, per il solo fatto di essere ammesso in un solo Paese del mondo, in quanto ivi produttivo di effetti, dovrebbe spiegare la sua rilevanza in ogni altro ordinamento.

⁸⁹ VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie "same sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 259 ss.

⁹⁰ In tal senso C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 3, 481.