

MATERNITÀ FILIAZIONE GENITORIALITÀ

I NODI DELLA MATERNITÀ SURROGATA
IN UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

A CURA DI

SILVIA NICCOLAI - ELISA OLIVITO



JOVENE EDITORE 2017

Volume pubblicato con il contributo
dell'Università di Cagliari - Dipartimento di Scienze sociali e delle istituzioni (DISSI)

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2017

ISBN 978-88-243-2504-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

CHIARA TRIPODINA*

C'ERA UNA VOLTA L'ORDINE PUBBLICO.
L'ASSOTTIGLIAMENTO DEL CONCETTO
DI "ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE"
COME VARCO PER LA REALIZZAZIONE
DELL'"INCOERCIBILE DIRITTO" DI DIVENTARE GENITORI
(OVVERO, DI MICROSCOPI E DI TELESCOPI)

Finalmente fuori dal campo della più servile imitazione della natura
per entrare in quello molto più interessante dell'invenzione umana!

Aldous Huxley, *Il Mondo Nuovo*, 1932

SOMMARIO: 1. C'era una volta l'ordine pubblico. – 2. L'assottigliamento della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza in materia di maternità surrogata. – 3. *Quis interpretabitur?* Chi decide cos'è ordine pubblico? – 4. Principi fondamentali in materia di maternità surrogata. Il "superiore interesse del minore". – 5. L'incoercibile diritto di diventare genitori. – 6. La favola bella e la favola brutta della maternità surrogata (ovvero, di microscopi e telescopi). – 7. Il diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui. – 8. Osservazioni conclusive: tra turismo procreativo, forum shopping e destino incerto degli ordinamenti giuridici.

1. *C'era una volta l'ordine pubblico*

C'era una volta l'ordine pubblico.

Così potrebbe iniziare una riflessione sulla trasfigurazione del concetto di ordine pubblico nella giurisprudenza più recente in tema di maternità surrogata¹, nella quale non si è esitato a sacrificare la nozione di or-

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale.

¹ La "maternità surrogata" (o "gestazione per altri" o "utero in affitto") è una pratica di procreazione medicalmente assistita in cui una donna ("madre portante" o "madre surrogata" o "madre gestazionale" o "madre biologica") assume l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto di un bambino per conto di una singola persona o di una coppia eterosessuale od omosessuale ("genitori committenti" o "genitori sociali"), a cui si impegna a consegnare il nascituro subito dopo il parto. Nella maternità surrogata la fecondazione può essere effettuata con seme e ovociti sia interni alla coppia committente, sia in tutto o in parte di donatori. Così, nel caso più semplice, i genitori committenti sono anche i genitori

dine pubblico per consentire la realizzazione dell'«incoercibile diritto»² di diventare genitori, con pratiche vietate in Italia³ ma altrove permesse.

Ordine pubblico è lemma dai significati molteplici e dai confini evanescenti⁴. Può venire in rilievo nella sua accezione *materiale* (o *amministrativa*) e «si manifesta nei compiti di polizia e di sicurezza pubblica»; oppure può venire in rilievo nella sua accezione *ideale* (o *normativa*), come sistema coerente e unitario «di valori e di principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato»⁵. L'ordine pubblico ideale, a sua volta, può specificarsi in *ordine pubblico interno* e *ordine pubblico internazionale*: il primo mira a limitare l'autonomia dei privati che agiscono all'interno di un determinato ordinamento giuridico⁶; il secondo, invece, mira a controllare l'accesso di norme, sentenze, provvedimenti stranieri nell'ordinamento giu-

genetici del bambino e la madre surrogata si limita a condurre la gestazione e il parto del bambino («maternità surrogata puramente gestazionale»); ma può anche accadere che uno o entrambi i gameti siano esterni alla coppia («maternità surrogata gestazionale con donazione»); oppure ancora che la madre portante sia anche la donatrice dell'ovulo, e dunque che maternità biologica e genetica coincidano («maternità surrogata di tipo tradizionale o totale»). Sulla maternità surrogata, *ex multis*, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*. Tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1489 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto delle Discipline privatistiche, Aggiornamento*, Utet, Torino, 2011, pp. 617 ss.

² È Corte cost., sent. n. 162 del 2014, che, nel dichiarare incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4.3, l. 40 del 2004, ha affermato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere *incoercibile*».

³ La maternità surrogata è vietata in Italia dalla l. n. 40 del 2004, che, all'articolo 12, comma 6, prevede: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

⁴ In materia di ordine pubblico, senza pretesa di completezza, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, CLXV, 1963; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto*, XII, Torino, Utet, 1965; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967; U. ALLEGRETTI, *Ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1976; G. CORSO, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, Giuffrè, 1980; G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, XXX; G. DE VERGOTTINI, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 1983; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1990; G. PANZA, *Ordine pubblico (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990; M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Società ed. del Foro it. - Zanichelli, 2006; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, Giuffrè, 2006; C. CAMPIGLIO, *Ordine pubblico (Dir. int. priv.)*, in *Diritto on line*, 2013.

⁵ Le definizioni virgolettate sono di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007, pp. 27 s.

⁶ Artt. 1418, 1343 cod. civ.

ridico interno. Variano quindi i contesti in cui può essere fatto valere l'ordine pubblico ideale (diritto privato o diritto internazionale privato), ma non i suoi contenuti, dati in ogni caso dall'insieme dei principi che in un determinato momento storico formano «il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale, conferendole una ben individuata e inconfondibile fisionomia»⁷.

La nozione che rileva ai fini di questo studio è quella di *ordine pubblico internazionale*. Nell'ordinamento giuridico italiano, l'eccezione di ordine pubblico internazionale era norma di chiusura delle *Disposizioni sulla legge in generale* preliminari al codice civile del 1942: l'art. 31 disponeva che «in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero [...] possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume». L'articolo è stato poi abrogato dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, di *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*; ma non l'eccezione di ordine pubblico in esso contenuto, che si ritrova in quella stessa legge negli artt. 16, comma 1, per cui la legge straniera «non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»; 64, che dispone che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia se «le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico»; 65, per cui i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone e all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità hanno effetto in Italia «purché non siano contrari all'ordine pubblico»⁸.

L'immagine che l'insieme di queste disposizioni evoca è quella del recinto: se l'ordinamento giuridico è il complesso degli elementi normativi che caratterizzano una determinata collettività, in un determinato ambito territoriale, in un determinato momento storico, l'ordine pubblico internazionale è il recinto deputato a evitarne la contaminazione con elementi di ordinamenti giuridici altri, qualora ciò possa inquinare i profili qualificanti.

2. *L'assottigliamento della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza in materia di maternità surrogata*

Approdando al tema della maternità surrogata, in linea con questa ricostruzione si pone si pone la sentenza della Corte di Cassazione n. 24001, del 26 settembre 2014⁹.

⁷ Cass. n. 27592, 2006; ma anche, *ex multis*, Cass. n. 17349 del 2002; n. 4040 del 2006; n. 1007 del 2013.

⁸ Si veda anche art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, che dispone che gli atti dello stato civile «formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

⁹ Il caso in discussione era quello di una coppia eterosessuale coniugata, che chiedeva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato in Ucraina da maternità surro-

In questa pronuncia l'ordine pubblico internazionale viene definito come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna». La Cassazione precisa che, benché l'ordinamento nazionale, in ragione degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost., vada ormai considerato «nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale e sovranazionale», tuttavia l'ordine pubblico – anche quello “internazionale” – «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale», identificandosi ed esaurendosi in essi, «ma comprende anche *principi e valori esclusivamente propri*, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»¹⁰.

Alla luce di questa definizione, la Suprema Corte afferma che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità contenuto nell'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004 «è *certamente di ordine pubblico*», come suggerisce la previsione della sanzione penale¹¹, di regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali», tra i quali vengono in rilievo «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante» e «l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo tra parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»¹².

In netta discontinuità con questa giurisprudenza si pone la sentenza della Corte di Cassazione n. 19599 del 2016¹³. Essa – incoraggiata anche

gata con donazione di entrambi i gameti. Nel corso del procedimento era stato accertato che il bambino era stato in realtà generato non solo in violazione della legge italiana, ma anche in violazione della legge ucraina, che consente la pratica della maternità surrogata a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente; era inoltre risultato che la coppia committente per tre volte era stata dichiarata inidonea all'adozione per «grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva».

¹⁰ Cass. n. 24001 del 2014, § 3.1.

¹¹ Si veda nota n. 3.

¹² *Ibidem*. In ragione di questa lettura dell'ordine pubblico, non si era dato corso alla trascrizione in Italia dell'atto di nascita del minore nato da maternità surrogata, che era stato dichiarato adottabile.

¹³ Il caso in discussione era quello di due donne, una italiana e una spagnola, coniugate in Spagna e poi divorziate, di cui una “madre genetica” del figlio, essendo donatrice degli ovociti fecondati con seme di donatore, l'altra “madre biologica”, essendole stato impiantato l'embrione così prodotto e avendo ella condotto la gestazione e il parto. Una pratica di fecondazione dunque non totalmente assimilabile alla maternità surrogata, per il rapporto di coniugio tra la donatrice dell'ovocita e la gestante e per il comune progetto di genitorialità (Cass. n. 19599 del 2016, § 10.2), ma comunque contraria alla legge italiana, che vieta pratiche di procreazione medicalmente assistita tra persone dello stesso sesso (art. 5, l. 40 del 2004). A fronte del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano di procedere alla tra-

dalla giurisprudenza della Corte Edu in materia di maternità surrogata¹⁴ – ha intrapreso un nuovo filone interpretativo¹⁵, teorizzando un'inedita nozione di ordine pubblico internazionale destinata a condizionare la giurisprudenza successiva in materia di maternità surrogata¹⁶ e in genere di filiazione¹⁷ con pratiche in Italia vietate ma altrove permesse.

Per la Suprema Corte, «originariamente» l'ordine pubblico veniva inteso come «espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, ai fini della salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statuale e assunte dal legislatore (ordinario) a criteri direttivi e informativi della sua opera»¹⁸. Ma, a questa accezione originaria di ispirazione statualistica, «se ne è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, della Costituzione», in grado di meglio «esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne» e meno soggetta ai «mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»¹⁹. Questa evoluzione segna «un progressivo e indivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei»²⁰.

scrizione dell'atto di nascita spagnolo con l'attribuzione della maternità a due donne per contrarietà all'ordine pubblico, le due donne hanno intrapreso la via della tutela giudiziaria dal Tribunale di Torino sino alla Cassazione che, con la sentenza qui in commento e confermando la decisione di secondo grado della Corte di Appello di Torino, si è pronunciata in senso favorevole alla trascrizione.

¹⁴ Soprattutto Corte Edu, *Menesson v. France e Labassee v. Francia*, 26 giugno 2014; *D. e altri v. Belgio*, 8 luglio 2014; e *Paradiso e Campanelli v. Italia*, 27 gennaio 2015, sentenza poi riformata dalla Grande Camera, 24 gennaio 2017. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di genitorialità B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *giudicedonna.it*, n. 1/2017, pp. 1 ss.

¹⁵ Una prima rottura si era, invero, già avuta con Corte App. Bari, 13 febbraio 2009, che aveva escluso il contrasto con l'ordine pubblico dei *parental orders* resi nel Regno Unito, in forza dei quali veniva riconosciuta a una donna italiana la maternità di bambini nati con la pratica della surrogazione; ma la maternità surrogata all'estero era avvenuta prima del 2004, ossia prima che in Italia fosse vietata; e comunque nella sentenza, se pure si argomenta sulla supremazia dell'interesse del minore rispetto alle ragioni di ordine pubblico, non si giunge a una nuova costruzione teorica di questa nozione.

¹⁶ *Ex multis*, Corte App. Milano, 28 ottobre 2016; Corte App. Trento, 2 febbraio 2017.

¹⁷ La lettura assottigliata di ordine pubblico è stata impiegata per consentire il riconoscimento in Italia di adozioni (piene o "per casi particolari") avvenute all'estero da parte di coppie omosessuali: *ex multis* Cass. nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte App. Milano, 16 ottobre 2015; Corte App. Napoli, 30 marzo 2016; Trib. Firenze, 7 marzo 2017; Trib. Firenze, 8 marzo 2017.

¹⁸ Cass. n. 19599 del 2016, § 7.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

In particolare, l'ordine pubblico internazionale va sì ancora inteso come il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico», «*ma* ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»²¹. Nelle congiunzioni impiegate sta tutto il senso della svolta giurisprudenziale: *a*) il livello internazionale e sovranazionale non solo affianca il livello interno, ma va a riempirlo di contenuto e di senso: i principi rilevanti per la nozione di ordine pubblico devono essere, infatti, rappresentativi di esigenze di tutela dei diritti fondamentali comuni ai diversi ordinamenti; *b*) i principi fondamentali, inoltre, non possono più trovare collocazione in una legge ordinaria, ma sempre e solo in fonti ad essa sovraordinate, potendo essere «desumibili, in primo luogo dalla Costituzione, ma anche – laddove compatibili con essa – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»²²; *c*) sparisce qualsiasi riferimento ai valori e principi “esclusivamente propri”.

Ciò significa che «un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale», perché il parametro di riferimento non può essere più costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, «*ma* esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»²³.

Il primo principio di diritto che viene enunciato è dunque il seguente: «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia [...], deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo»²⁴.

3. Quis interpretabitur? *Chi decide cos'è ordine pubblico?*

Di fronte a questa lettura assottigliata dell'ordine pubblico, la prima domanda, antica e ineludibile, è *quis interpretabitur?*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

Se l'ordine pubblico di fronte al quale il diritto straniero si deve arrestare è dato esclusivamente dai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione italiana, dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ispirati a esigenze di tutela di diritti comuni ai diversi ordinamenti, *chi* dirà *quali* sono questi principi, posto che comunque la loro ricerca «richiede una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppur di rango costituzionale»²⁵? Chi dirà, in ultima analisi, cos'è “ordine pubblico”?

Il giudice, solo davanti al caso, con sopra di sé null'altro che l'aereo e vasto cielo dei principi fondamentali, la cui lettera è comunque né vincolante né esaustiva, e dove, congiungendo i punti, qualunque costellazione di diritti può essere tracciata.

In che modo? Con «*un giudizio 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 [italiano] sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari» (altrove la sentenza parla di contrasto con il «nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento»; o con i «valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale»)²⁶.

A parte la ricorrenza della parola “valori” anziché quella giuridicamente più corretta di “principi” – il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo –, saremmo dunque di fronte a un giudizio diffuso di costituzionalità, per il quale ogni singolo giudice sarebbe chiamato a valutare l'accesso nel nostro ordinamento giuridico di norme di ordinamenti giuridici stranieri, assumendo a parametro neppure l'intera Costituzione – come per le norme del legislatore ordinario italiano²⁷ o del diritto internazionale pattizio²⁸ – bensì il più risicato ed evanescente parametro dei “valori primari” o “essenziali” dell'ordinamento italiano. Qualche cosa di forse ancora più sottile rispetto al già circoscritto parametro dei “principi supremi” dell'ordinamento, in base al quale la Corte costituzionale valuta la compatibilità con la nostra Costituzione della normativa dell'Unione europea²⁹, rispetto alla quale vi è stata, però, una cessione di sovranità da parte dell'Italia *ex art. 11 Cost.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ A partire da Corte cost. n. 1 del 1956.

²⁸ A partire da Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007.

²⁹ I c.d. “controlimiti”, a partire da Corte cost. n. 183 del 1987.

E se già così l'ordine pubblico pare ridotto a un velo, alla prova dei fatti è ancora meno.

Nel momento in cui il giudice valuta gli effetti di una norma straniera nel nostro ordinamento giuridico, infatti, egli non deve in realtà condurre un raffronto diretto tra questa e i principi fondamentali (o valori essenziali, che dir si voglia) dell'ordinamento giuridico stesso, ma deve mettere in opera una *triangolazione*: rilevato il contrasto della norma straniera con una norma ordinaria italiana, il giudice dovrà valutare se la norma italiana sia essa stessa un principio fondamentale. Ma affinché sia dichiarabile "principio fondamentale", la norma italiana deve risultare non solo una possibile attuazione di un principio costituzionale, ma la sua *unica* possibile attuazione. Vale a dire: costituiscono principi di ordine pubblico solo quelli che discendono "a rime obbligate" dalla Costituzione.

Dice testualmente la sentenza: se è ampia la discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia, «ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico». Non costituiscono infatti ordine pubblico le scelte legislative che rappresentano «una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate»³⁰.

Il che, in una Costituzione come la nostra, tollerante e non totale³¹ – che non ha cioè affatto la missione di assicurare che ogni conflitto sociale sia risolto in base a un comando da essa impartito, ma che richiede che i suoi principi siano definiti e integrati da una disciplina di livello legislativo «che non è in essa implicita» ma «è conseguenza di scelte ulteriori»³² – equivale praticamente a *nulla*.

Il velo è squarciato. Il limite dell'ordine pubblico non c'è più, scompare.

Per la Corte di Cassazione ne consegue che «il giudice dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della 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»³³.

³⁰ Cass. n. 19599 del 2016, § 10.1.

³¹ Per riprendere la dicotomia utilizzata da V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione nella disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 15 s.

³² M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 87.

³³ Cass. n. 19599 del 2016, § 7.

Colpiscono due cose in questo modo di argomentare.

La prima è il riferimento al *determinato momento storico*: ciò che nella lettura originaria e tradizionale della nozione di ordine pubblico veniva colto come momento essenziale per la valutazione delle norme straniere, essendo precluso l'accesso a quelle che entravano in urto con i principi che proprio «in un determinato momento storico» formavano «il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale»³⁴, diventa, nella lettura assottigliata di ordine pubblico, nulla più che indice di temporaneità: dunque non perpetuità, non fundamentalità, non universalità di quei principi.

La seconda è il riferimento alla *discrezionalità del legislatore ordinario*: nella sentenza n. 347 del 1998, nel primo giudizio costituzionale riconducibile a un caso di procreazione medicalmente assistita, la Corte costituzionale riconosceva espressamente che, sulle questioni eticamente sensibili, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»; solo qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali». Più di recente, nella sentenza n. 84 del 2016, in un giudizio sul conflitto tra tutela dell'embrione e libertà della ricerca scientifica, la Corte stessa individuava nell'assenza di rime costituzionalmente obbligate la doverosità del suo *self restraint* rispetto alla «scelta tragica» operata dal legislatore ordinario: questi infatti, «quale interprete della volontà collettiva, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». Nella nuova lettura dell'ordine pubblico, invece, proprio l'esercizio della discrezionalità del legislatore sulle materie eticamente sensibili diviene il lasciapassare in mano ai giudici per superare la disciplina italiana in favore di quella straniera.

4. *Principi fondamentali in materia di maternità surrogata. Il "superiore interesse del minore"*

Quali sono, dunque, i principi fondamentali coinvolti nel discorso sulla maternità surrogata? E come opera la nozione di ordine pubblico rispetto alla loro garanzia?

³⁴ La già citata Cass. n. 27592 del 2006.

Essenzialmente in due modi, a seconda della linea interpretativa intrapresa dal giudice: egli infatti *a*) può ritenere che un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico interno venga leso dando accesso alla norma straniera: alza allora la *fortezza* dell'ordine pubblico, affinché svolga la sua funzione protettiva; oppure, all'opposto, *b*) può ritenere che il principio fondamentale da lui individuato sia meglio garantito dalla disciplina straniera: la nozione di ordine pubblico viene allora assottigliata, e non è più *fortezza*, ma *ponte*, per superare il diritto interno ostativo³⁵.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 19599 del 2016, opera secondo questa seconda linea interpretativa.

Dovendo valutare se l'atto straniero da cui risulta la nascita di un figlio da due madri contrasti con l'ordine pubblico italiano, la Suprema Corte opera secondo la triangolazione di cui si è detto: rilevato il contrasto tra gli effetti applicativi della normativa straniera e le norme dell'ordinamento giuridico italiano di rango primario, sottopone a "prova di fundamentalità" queste ultime, per verificare se esse integrino principi di ordine pubblico internazionale.

I principi di diritto interno che rilevano sono quelli per cui è *madre solo colei che partorisce*³⁶, e *le coppie dello stesso sesso non possono generare e allevare figli*³⁷. «Se tali principi avessero davvero una rilevanza costituzionale primaria e, quindi, fossero vincolanti per lo stesso legislatore ordinario, allora si dovrebbe ammettere il contrasto con l'ordine pubblico dell'atto straniero di nascita da due donne»³⁸. Ma la Suprema Corte non riconosce tali principi come costituzionalmente obbligatori, perché su questo tipo di questioni «ampio è [...] lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario»³⁹.

A questi *principi non fondamentali*, la Corte di cassazione ne oppone altri che integrerebbero invece, essi sì, «valori già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31, e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale».

Il primo di questi principi sarebbe rappresentato dal «*superiore interesse del minore*», che deve essere valutato come "preminente" rispetto agli altri interessi coinvolti⁴⁰. In base a questo principio, si deve sempre privile-

³⁵ Per le immagini dell'ordine pubblico internazionale come *fortezza* o come *ponte*, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 110 ss.

³⁶ Art. 269, comma 3, cod. civ., su cui Cass. n. 19599 del 2016, § 11.

³⁷ Art. 5, l. n. 40 del 2004; art. 20, l. n. 76 del 2016, su cui Cass. n. 19599 del 2016, § 12.

³⁸ Cass. n. 19599 del 2016, § 9.

³⁹ *Ibidem*, § 10.1; § 11.1; § 12.1.

⁴⁰ *Ibidem*, § 8.

giare la soluzione normativa, giurisprudenziale, fattuale – che maggiormente garantisce gli interessi del minore (nato da maternità surrogata) e qualsiasi altra considerazione deve, di fronte a tali interessi, retrocedere.

Esorbita dai fini di questo scritto un'accurata analisi sui fondamenti – costituzionali⁴¹, internazionali⁴² e sovranazionali⁴³ – del principio del superiore interesse del minore⁴⁴, invocato ormai ovunque come una sorta di “clausola taumaturgica”⁴⁵, e spesso impropriamente usato come controlimite dell'ordine pubblico⁴⁶ (anziché suo elemento integrante) e dello stesso principio di legalità: salvacondotto per i giudici per disapplicare la legge e, al contempo, liberarsi dall'obbligo di adeguatamente motivare le proprie decisioni.

Basti dire che non v'è dubbio che si deve sempre cercare di garantire *the best interests of the child*: il “migliore interesse del minore” (e non il suo “superiore interesse”, traduzione errata, anche se ormai consolidata, che

⁴¹ Come ricorda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2006, p. 14, «la nozione autocotona italiana del principio emerge a livello costituzionale in una sentenza a firma di Leopoldo Elia relativa alla legge sull'adozione speciale del 1967». La sentenza è la 11 del 1981 e indica negli artt. 2 e 30, commi 1 e 2, Cost. il fondamento del riconoscimento di una «posizione preferenziale» «alla situazione soggettiva del minore».

⁴² Principi II e VII, *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 20 novembre 1959; Art. 3.1, *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, New York, 20 novembre 1989; Art. 24, *Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale*, Aja, 29 maggio 1993.

⁴³ Art. 24, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Nizza, 7 dicembre 2000; artt. 1 e 6, *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Strasburgo, 25 gennaio 1996.

⁴⁴ Sul principio del *best interests of the child*, L. LENTI, “*Best interests of the child*” o “*best interests of children*”? in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2010, 157 ss.; IDEM, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/2016, pp. 86 ss.; L. GIACOMELLI, (Re)interpretando i *best interests of the child*: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica? e S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 567 ss. e 505 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, pp. 174 ss.; D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017, pp. 109 ss.

⁴⁵ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 86. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 100, parla di “formula magica”.

⁴⁶ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2005, pp. 336 ss. Il supremo interesse del minore viene usato come controlimite dell'ordine pubblico, ad esempio, in *Corte Edu, Mennesson v. France e Labassee v. Francia*, 26 giugno 2014; *D. e altri v. Belgio*, 8 luglio 2014; e nella prima sentenza del caso *Paradiso e Campanelli v. Italia*, del 27 gennaio 2015, § 80.

erge l'interesse del minore in posizione di supremazia rispetto a tutti gli altri interessi costituzionali coinvolti, rendendolo rispetto a essi tiranno⁴⁷). Ma è pur vero che non è semplice stabilire quale esso realmente sia: devono essere considerate «le conseguenze a breve termine oppure la sua proiezione futura? Quali sono i parametri culturali, etici, [economici], psicologici, medici o religiosi a cui un giudice deve o può riferirsi»⁴⁸?

Di solito, e particolarmente nei casi di maternità surrogata, il migliore interesse del bambino viene fatto coincidere con il migliore interesse dei genitori: con la continuità delle relazioni affettive e la preservazione dei vincoli giuridici già instaurati, soprattutto quando la valutazione avviene a cose fatte, col “bimbo in braccio”⁴⁹. Cosa che in concreto fa sì che, anche se un bambino viene ottenuto in violazione della legge, basta avere trascorso con lui in intimità familiare un certo periodo per poterlo “*usucapire*”⁵⁰.

Ma forse occorrerebbe considerare anche altri profili del *best interests of the child*: se corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione *abrupto*, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia; se corrisponda al suo miglior interesse trascorrere il resto della vita con chi ha violato la legge per averlo; se corrisponda al suo miglior interesse la frantumazione e destrutturazione dei legami genitoriali a cui viene esposto⁵¹.

Accanto al migliore interesse del minore, inoltre, dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione anche il *miglior interesse dei minori*, intesi come categoria universale e astratta. Lo impone il dovere inderogabile di solidarietà sociale prescritto all'art. 2 Cost.: decidere “secondo giustizia”, nel “superiore interesse del minore”, un singolo caso di maternità surrogata in eccezione all'ordine pubblico o al principio di legalità può significare, infatti, andare contro l'interesse dei “minori in generale”, che la legge

⁴⁷ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 77 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁹ Cass. n. 19599 del 2016, § 8.2: «L'interesse superiore del minore [?] nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione europea».

⁵⁰ L'espressione “usucapire i bambini” è di L. LENTI, *Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, pp. 515 ss.; IDEM, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2017, pp. 495 ss.

⁵¹ Queste considerazioni, che valgono in genere per la maternità surrogata, non valgono per il caso di specie deciso da Cass. n. 19599 del 2016: come si è detto (nota 13), lì vi è un rapporto di coniugio tra la donatrice dell'ovocita e la gestante, e dunque il nato mantiene continuità affettiva con entrambe le madri.

cerca di proteggere dal rischio di essere oggetto di accordi prima della loro nascita e di scambio immediatamente dopo⁵². Anche in considerazione del fatto che non è raro che la maternità surrogata, soprattutto con donazione di entrambi i gameti, sia impiegata come strumento per eludere la legge sulle adozioni⁵³, con il rischio di esporre i nati da maternità surrogata a una tutela affievolita rispetto ai minori in attesa di adozione.

5. *L'incoercibile diritto di diventare genitori*

L'altro principio fondamentale che la Corte suprema individua è il «*diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia*»⁵⁴.

Già la Corte costituzionale, nella sentenza n. 162 del 2014 in materia di fecondazione eterologa, aveva dichiarato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile», costituendo «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.

Alla Corte di cassazione è stato sufficiente fare un'equiparazione tra coppie assolutamente sterili o infertili e coppie omosessuali – accomunate dalla impossibilità di generare naturalmente figli – per estendere il principio enunciato dalla Corte costituzionale anche alle persone omosessuali: una coppia dello stesso sesso «si trova in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia stata diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile»⁵⁵; e, «se quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” delle persone», allora «non è opponibile un principio di ordine pubblico consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli»,

⁵² Un caso emblematico, in cui venne in evidenza il potenziale conflitto tra “il miglior interesse del minore” e il “miglior interesse dei minori”, fu quello di Serena Cruz, alla fine degli anni Ottanta del Novecento: la Corte di Appello di Torino stabilì che la bambina portata in Italia in violazione delle norme sull'adozione internazionale non poteva essere lasciata alla coppia che si era resa responsabile di avere violato la legge, in ragione della necessità di garantire l'interesse di tutti i minori (Corte App. Torino, Sez. min., 21 Aprile 1989). Si legge nella pronuncia: «Serena non è “sorella” soltanto a N. [figlio della coppia]. È “sorella” a molti altri bambini, il cui destino non può essere messo in questione proprio dalla soluzione del “caso”». In commento, L. LENTI, *Il caso Serena*, cit., pp. 515 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 192 ss.

⁵³ Si veda la già citata Cass. n. 24001 del 2014.

⁵⁴ Cass. n. 19599 del 2016, § 12.

⁵⁵ *Ibidem*, § 10.2.

se non a condizioni «discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso»⁵⁶.

E poco importa che la Corte costituzionale, con un *obiter dictum*, avesse inteso «rigorosamente circoscrivere» la sua apertura alla sola fecondazione eterologa, tenendola distinta «da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”. L'estensione era prevedibile (e prevista⁵⁷): quando si afferma l'esistenza di un incoercibile diritto di diventare genitori quali che siano i limiti che la natura pone, stabilire poi distinzioni sulla base dei metodi procreativi o delle tendenze sessuali degli aspiranti genitori diventa evidentemente difficile da sostenere sotto il profilo della ragionevolezza.

6. *La favola bella e la favola brutta della maternità surrogata (ovvero, di microscopi e telescopi)*

La Corte di cassazione, nella sentenza che si è qui assunta a filo conduttore del discorso, non individua altri principi fondamentali coinvolti nel discorso sulla maternità surrogata.

D'altronde, l'indefinitezza del concetto di ordine pubblico glielo consente: ha di fronte un caso particolare e concreto da decidere e prende in considerazione solo gli interessi che su questo si affacciano, ignorando scientemente tutto ciò che resta fuori. Così nessun altro diritto fondamentale trova posto sull'altro piatto della bilancia, accanto a quello occupato dal superiore interesse del minore e dall'incoercibile diritto della coppia di diventare genitori.

Ed è proprio ciò che dimostra come simili questioni eticamente controverse non possano essere lasciate integralmente nelle mani dei giudici, soli davanti ai casi. La visione generale e astratta – alta e distante – del legislatore è indispensabile perché siano tenuti in considerazione *gli interessi di tutti* i soggetti coinvolti. Anche di coloro che esulano dal triangolo ristretto delle parti di un processo.

Quel che è paradossale è che, per quel concerne la maternità surrogata, una legge c'è: non si tratta di una di quelle materie in cui la giurisprudenza è chiamata a supplire all'inerzia o all'impotenza del parlamento. Il legislatore nazionale ha assunto una decisione netta: ha vietato la maternità surrogata in modo assoluto e senza eccezioni, giudicandola pratica carica di disvalore per la frattura della genitorialità che reca in sé, con poten-

⁵⁶ *Ibidem*, § 12.1.

⁵⁷ Sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Il diritto al figlio tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2014, pp. 2593 ss.

ziali ricadute pregiudizievoli sia sui minori che sulle donne coinvolte. Semplicemente i giudici, attraverso la teorizzazione dell'ordine pubblico affievolito, hanno ritenuto di potere ignorare la legge, in nome di principi fondamentali altri, "comuni ai diversi ordinamenti".

In generale e in astratto, allora, quali sono gli altri principi costituzionali coinvolti nel discorso sulla maternità surrogata, oltre al superiore interesse del minore e all'incoercibile diritto di diventare genitori?

Una riflessione, prima di tentare una risposta.

La maternità surrogata può essere narrata in diversi modi.

Se ne può raccontare la *favola bella*: la maternità surrogata come atto di solidarietà e altruismo (non diminuito dall'essere previsto un eventuale compenso o rimborso), determinato dall'esclusiva volontà di fare vivere l'esperienza della genitorialità a persone alle quali sarebbe altrimenti preclusa; le madri surrogate come "donatrici di vita"⁵⁸, animate dall'intento di prendersi cura dei soggetti più deboli dal punto di vista della capacità riproduttiva⁵⁹. Maternità surrogata, dunque, come espressione della piena autodeterminazione della donna sul proprio corpo, libera di usarlo secondo i propri voleri e i propri valori; come incontro tra "libertà procreativa" e "responsabilità procreativa", in un consensuale accordo di gestazione; come esito della migliore tecnica, in grado di consentire il superamento degli ostacoli che la natura matrigna pone al concepimento e alla procreazione e, in generale, al desiderio di genitorialità: uomini e donne, eterosessuali e omosessuali, lesbiche e gay, finalmente tutti uguali davanti alla possibilità di generare figli propri⁶⁰. In questa favola bella non ci sono persone offese né diritti lesi: ci sono donne libere che mettono a disposizione il proprio corpo senza perniciosi coinvolgimenti emotivi, come semplice "prestazione d'opera" o di "servizio"⁶¹, se dal caso traendo qualche guadagno dalla vendita degli ovuli o dall'affitto dell'utero; altre donne e (o) altri uomini che realizzano il loro desiderio di diventare genitori, se dal caso pagando quanto pattuito; bambine e bambini che vengono accolti in amorevoli famiglie. D'altra parte non si è sempre fatto così anche in passato? Le spose dei patriarchi biblici, a rimedio della loro sterilità, non of-

⁵⁸ A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Rivista di Bio-Diritto*, n. 2/2016, p. 153.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁰ Interessanti le riflessioni di S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, pp. 1 ss., che contesta la logica universale sottesa alle rivendicazioni delle persone omosessuali in tema di procreazione attraverso la maternità surrogata, distinguendo, «all'interno del dispositivo neutro "genitorialità omosessuale", la posizione delle lesbiche da quella dei gay».

⁶¹ M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, n. 1/2017, p. 18.

frivano ai mariti le schiave perché generassero con loro figli, che le spose avrebbero poi accolto alla nascita sulle proprie ginocchia⁶²? E pratiche analoghe non si rinvencono anche alle origini del diritto greco e romano⁶³? E allora dov'è il problema? La maternità surrogata rende solo più igienica e asettica una pratica antica, rispondente a un bisogno antico.

Oppure si può raccontare la *favola brutta* della maternità surrogata: scegliere una donna a catalogo, in base all'età, all'altezza, alla "razza", al colore di occhi e capelli, all'istruzione, agli hobbies; comprare i suoi ovuli a un prezzo idoneo a risarcirla per la gravosità della loro produzione ed estrazione; inseminarli *in vitro* con il gamete di un uomo, membro della coppia committente o donatore; produrre un embrione; congelarlo; spedirlo talvolta al di là dell'oceano; impiantarli nell'utero di un'altra donna a ciò preparata, questa volta non importa che sia bella, intelligente o altro: basta che sia sana; spesso povera, che accetta per denaro e per bisogno; che vivrà segregata dalla sua famiglia per i nove mesi della gravidanza in qualche "clinica della riproduzione"; che, in ogni caso e inevitabilmente, entrerà in rapporto simbiotico – emozionale, razionale, chimico-biologico – con l'embrione, poi feto, poi bambino che sentirà crescere nel suo ventre; partorirlo, perderlo subito, con il latte inutile che monta. La "donna-cosa", in cui è rotto definitivamente il «legame naturale, unico, nutrito di sangue e di sogni tra la madre e quello che una volta si chiamava "il frutto del ventre tuo"»⁶⁴. E il "bambino-cosa", che non sentirà mai più la voce e l'odore di colei che per nove mesi lo ha cullato col battito del suo cuore; il bambino che per averlo è bastato pagarla, scegliendo tra la formula "Successo assicurato" (9.900 euro in "offerta speciale"), "Economy" (29.900 euro), "Standard" (39.900 euro), "Vip Surrogacy" (49.900 euro), "Pacchetto ovidonazione ideale più passaggio al bimbo in braccio" (9.900 euro + 29.900 euro)⁶⁵ (già, quanto saranno disposti a pagare i "suoi genitori" per averlo?). E poi ci sono gli intermediari e tutto il giro d'affari che ruota intorno alla maternità surrogata, che bisogna pur che traggano un tornaconto anche loro per il servizio reso. Una vera e propria industria della maternità surrogata, delocalizzata – come tutte le grandi industrie – nei paesi a minor costo di "manodopera", dove si assiste allo sfruttamento di un «esercito fem-

⁶² È così tra Abramo, la moglie Sara, e la schiava Agar (*Genesi*, 16, 1-2); Giacobbe, Rachele e Bila (*Genesi*, 30, 1-3); e poi ancora Giacobbe, Lia e Zilpa (*Genesi*, 30, 9). Sul punto M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 90, nt. 3; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, pp. 1 ss.

⁶³ M. RIZZUTI, *La maternità surrogata*, cit., p. 90, nt. 4.

⁶⁴ Così M. MAFAI, *La donna-cosa*, in *la Repubblica*, 7 marzo 1997.

⁶⁵ Questo, per esempio, il catalogo prezzi di Biotexcom, la Clinica della medicina riproduttiva, su www.uteroinaffitto.com.

minile proletario (e mai il termine fu più appropriato)»⁶⁶; la forma più de-
 teriore di “schiavismo moderno”⁶⁷. E naturalmente la merce marcia, il pro-
 dotto fallato che non corrisponda a quanto previsto a catalogo, può essere
 rifiutato, come è accaduto al piccolo *baby Gammy*, affetto da sindrome di
 down, che i genitori committenti hanno lasciato alla madre gestante thai-
 landese che aveva rifiutato l’aborto per ragioni religiose, ritirando in pronta
 consegna la gemella perfettamente riuscita⁶⁸. E dunque figli contesi o figli
 che nessuno vuole più o ha mai davvero voluto, solo desiderato. In sintesi,
 la maternità privata del suo profondo senso umano, ridotta a brutta mate-
 rialità biologica⁶⁹. In attesa che la tecnica sia finalmente in grado di fare a
 meno anche del ventre di una donna⁷⁰.

Qual è la favola vera: la favola bella o la favola brutta? Naturalmente,
 come in ogni cosa umana, la verità sta nel mezzo. O meglio, non c’è una
 verità.

Non si intende negare il dolore autentico, profondo, persistente che
 può colpire una donna o un uomo a cui sia negata la possibilità di generare
 figli. Ma la maternità surrogata – come le altre questioni eticamente e giu-
 ridicamente complesse – non possono essere osservate solo con il micro-
 scopio del caso concreto. È indispensabile l’uso di un telescopio, per poter
 vedere da lontano tutto ciò che sta intorno al caso. E se naturalmente non
 si può esigere lo sforzo di una visione altruistica, solidaristica, universalis-
 tica da parte di chi è intrappolato nei propri desideri e nei propri dolori,

⁶⁶ M. RIZZUTI, *La maternità surrogata*, cit., p. 90; S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 99.

⁶⁷ G. LUCCIOLI, *Introduzione*, in *La maternità surrogata. Definizione, forme, dimen-
 sione sociale, bioetica e giuridica*, Incontro di studio organizzato dall’ADMI, Roma, 17
 marzo 2017, in *giudicedonna.it*, 1, 2017. Nello stesso senso S. TAMARO, *Non in mio nome*, in
Maternità al bivio: dalla libera scelta alla surrogata. Una sfida mondiale, Roma, 23 marzo
 2017, Palazzo Montecitorio, su *www.cheliberta.it* (anche in *Avvenire*, 24 marzo 2017): «La
 gestazione per altri è forse la più sofisticata e atroce forma di schiavismo inventata dalla mo-
 dernità, uno schiavismo in cui il volto della iena è nascosto dietro il sorriso del benefattore,
 uno schiavismo che furbescamente si ammantava della parola “amore”».

⁶⁸ V. FITOZZI, *Caso Gammy per l’Australia imbarazzo globale*, in *Avvenire*, 5 agosto
 2014, p. 9.

⁶⁹ Analoghe le perplessità espresse da F. IZZO, *Maternità e idea di libertà oggi*, durante
 il convegno *Maternità al bivio*, cit.

⁷⁰ Per tutti Aldous Huxley, *Il Mondo Nuovo*, 1932, terribile nella sua visione distopica
 dell’evoluzione del genere umano, finalmente riproducibile esclusivamente in provette in
 grado di imitare la placenta della donna e con le quali è possibile predeterminare “i tipi
 umani” e le loro “classi sociali” (alfa, beta, gamma, delta..., maior, minor), in base al nutri-
 mento, stimolante o inibente, somministrato nella provette durante la gestazione; una so-
 cietà in cui i rapporti d’amore genitoriale, le stesse parole “madre” e “padre”, suonano
 come imbarazzanti bestemmie, retaggi di un passato in cui l’uomo non era ancora in grado
 di dominare la natura con la tecnica.

occorre che altri guardi così lungo e lontano; e questi non può che essere il legislatore.

E dunque, quali altri diritti di quali altri soggetti si vedono, abbandonato il microscopio e impugnato il telescopio?

7. *Il diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui*

Nei «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.), nella «pari dignità sociale» di ogni persona (art. 3 Cost.), nel divieto di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32 Cost.), non si può non rinvenire il fondamento del principio personalista di matrice kantiana per il quale occorre agire «in modo da trattare l'umanità sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo», da cui discende il *diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui*.

E dunque: il *diritto del bambino di non essere oggetto del presunto diritto dei committenti di diventare genitori*; e, conseguentemente, di non essere oggetto di accordi contrattuali; di non essere oggetto di scambi da una madre (biologica) all'altra (committente); di non essere oggetto di contese giudiziali.

E poi: *il diritto della madre gestante di non essere oggetto di diritti e pretese da parte dei committenti* in tutto quel processo così profondamente intimo che va dal concepimento, alla gestazione, al parto, all'allattamento; di non essere oggetto della pretesa più buia: la separazione subito dopo la nascita dal bambino – se non si vuole dire figlio – portato in grembo per nove mesi; di non essere oggetto di strumentalizzazione e reificazione.

Diritti non cedibili a titolo oneroso, a leggere l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina e l'art. 3, comma 2, della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che dispongono che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

La maternità surrogata a titolo oneroso, con ogni evidenza è contraria a questo disposto e al principio di pari dignità degli esseri umani, esponendo donne in condizioni di debolezza economica e sociale, spesso di paesi stranieri lontani, alla mercificazione del proprio corpo per realizzare il desiderio di genitorialità di facoltose coppie committenti⁷¹. Per questo la *maternità surrogata commerciale* dovrebbe essere proibita e resa illegale a li-

⁷¹ In questo senso, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016, che prende una posizione netta, affermando che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione», e ritenendo che «tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali».

vello universale, come forma di schiavismo disumanizzante⁷²: divieti circoscritti a livello nazionale mostrano tutta la loro inefficacia, finendo anzi per incrementare la delocalizzazione dello sfruttamento e il fenomeno del turismo procreativo⁷³.

Se la maternità surrogata è a titolo gratuito, invece, *nulla quaestio*? In favore alla *maternità surrogata altruistica* si sostiene che, venendo meno la logica del profitto, la dignità della madre portante non sarebbe violata. Si tratterebbe sì di un atto di disposizione del proprio corpo, ma a fini solidaristici, magari tra parenti o amici, alla stregua della donazione di organi tra viventi⁷⁴, al fine di «produrre benefici alla salute riproduttiva di altre persone»⁷⁵. Ma occorre riflettere sul fatto che in questo caso, a differenza della donazione di organi tra viventi, i soggetti coinvolti non sarebbero solo il donante e il donatario, ma ci sarebbe un altro soggetto: *il bambino, l'oggetto del dono*. E, come si è detto, il bambino ha diritto di non essere oggetto di pretese o scambi altrui, neppure a titolo gratuito; di essere trattato sempre come persona e mai come oggetto⁷⁶.

Vi è poi l'altro principio di natura filosofica del *non nocere*, per il quale la libertà di ogni uomo trova il proprio limite nell'altrui diritto di non riceverne danno. C'è assoluta certezza che il nato da maternità surrogata, onerosa o gratuita che sia, non abbia a soffrire alcun danno dalla rottura improvvisa e irrimediabile del suo legame simbiotico con la madre biolo-

⁷² Proprio in questo senso, nel febbraio del 2016, a Parigi, a esito di un convegno per l'abolizione universale della surrogazione di maternità, è stata formulata una *Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata* (su abolition-gpa.org/cbarte/italiano). Auspica una regolamentazione comune di diritto internazionale, anche se non necessariamente nel senso del divieto, L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, pp. 10 ss.

⁷³ Segni verso un divieto di livello almeno europeo nella Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, Diritti delle donne e delle ragazze*, § 115, che condanna nettamente «la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce» e ritiene che «la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani».

⁷⁴ Sul punto A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta on line*, n. 1/2017, che ritengono che non sia incisa la dignità della madre gestante quando la maternità surrogata sia «ispirata alla *logica del dono*», e particolarmente quando questo «dono» avvenga tra persone legate da vincoli di parentela. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale*, cit., p. 50, ritiene che dovrebbe considerarsi ammissibile e libera la «maternità solidale» «gratuita e indirizzata da una donna a un'altra donna».

⁷⁵ A. VALONGO, *La gestazione per altri*, cit., p. 140.

⁷⁶ Nello stesso senso E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1/2017, pp. 4 ss.

gica (talvolta anche madre genetica)? O dalla frantumazione e destrutturazione delle figure genitoriali di riferimento, in termini di costruzione della sua identità (biologica, genetica, sociale, giuridica)? Problemi analoghi, naturalmente, si possono porre anche per le persone adottate, con l'importante differenza però che, «mentre l'adozione risponde e dà una soluzione ad una situazione di abbandono già esistente», la maternità surrogata «provoca volontariamente una difficoltà che prima non esisteva»⁷⁷. Certezze assolute al riguardo, in ogni caso, non ve ne sono⁷⁸.

In definitiva, anche la maternità surrogata altruistica non è esente dal rischio di compromettere i diritti dei soggetti coinvolti, e particolarmente dei nati attraverso la sua pratica.

8. Osservazioni conclusive: tra turismo procreativo, forum shopping e destino incerto degli ordinamenti giuridici

Quali osservazioni conclusive si possono trarre dall'osservato assottigliamento della nozione di ordine pubblico e dalle narrate storie di maternità surrogata?

In primo luogo, come già notato, non si è in presenza di uno di quei casi nei quali la giurisprudenza è chiamata a supplire all'inerzia o impotenza decisionale del parlamento. Il legislatore nazionale vieta senza eccezioni la pratica della maternità surrogata e, in caso di insuperabile impossibilità procreativa per via naturale o per via artificiale tramite fecondazione omologa o eterologa, indica come unica possibile la via dell'adozione⁷⁹, che consente di fare incontrare due interessi costituzionalmente rilevanti: quello, prioritario, del minore orfano o abbandonato a essere inserito in un contesto familiare stabile e ricco di affetti; e quello delle coppie coniugate eterosessuali (ma è prevista anche la possibilità di "adozione in casi particolari" per altri soggetti) a vedere realizzato la loro aspirazione alla genitorialità⁸⁰. Questo quadro normativo può piacere o non piacere, ma è dotato di coerenza ed è esito di scelte legislative relativamente recenti, che indi-

⁷⁷ C. CHINI, *Maternità surrogata*, cit., p. 183.

⁷⁸ Ricerche in materia sono, ad esempio, quelle del *Centre for Family Research* dell'Università di Cambridge: S. GOLOMBOCK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment*, in *J Child Psychol Psychiatry*, giugno 2013, 54 (6), pp. 653 ss., che però non danno risposte univoche.

⁷⁹ L. 184/1983, intitolata significativamente *Diritto del minore ad una famiglia*.

⁸⁰ Per i singoli o le coppie omosessuali, il legislatore italiano non consente la genitorialità né tramite procreazione assistita (ex art. 5, l. 40 del 2004) né tramite adozione, salvo la possibilità che il giudice valuti positivamente l'adozione del figlio del partner "in casi particolari" (ex art. 20, l. 76 del 2016).

cano il punto di evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano in materia di genitorialità e filiazione, specchio a sua volta del punto di evoluzione della società italiana in questo momento storico. Nulla vieta, naturalmente, che in un futuro anche prossimo questo quadro possa essere riformato alla luce di una nuova evoluzione sociale.

La recente giurisprudenza in materia di maternità surrogata dimostra di ritenere questa costruzione ordinamentale, in quanto esito di una serie di scelte discrezionali del legislatore, non in grado di integrare "principi fondamentali" di ordine pubblico. Ma è evidente che se si afferma questa lettura assottigliata dell'ordine pubblico, la conseguenza inevitabile è che le coppie italiane eterosessuali e omosessuali, soprattutto quelle più abbienti, siano indotte a recarsi all'estero per aggirare il divieto italiano e vedere così realizzato il loro presunto incoercibile diritto. *Turismo procreativo*; ma anche *forum shopping*: ossia non solo viaggio verso paesi nei quali è lecito ciò che in Italia è illecito; ma anche scelta dell'ordinamento giuridico in base alla possibilità di ottenere più semplicemente il riconoscimento del figlio in Italia⁸¹, attraverso l'istituto dell'"adozione in casi particolari"⁸² o direttamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita così come formulato all'estero⁸³. D'altra parte, non è chiaro neppure in giurisprudenza se il divieto penale di maternità surrogata contenuto nella legge italiana abbia una valenza transnazionale e colpisca anche le pratiche poste in essere lecitamente all'estero, o se, «per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (cosiddetta "doppia incriminabilità")». Nel dubbio, poiché questa incertezza assume rilievo «ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta», non si punisce⁸⁴.

Tutto ciò merita una riflessione seria.

A forza di muoversi con lo sguardo corto di chi percorre gaiamente e baldanzosamente la luminosa strada dell'ampliamento illimitato dei diritti e dell'incoercibile diritto all'autodeterminazione individuale, e gioisce per il superamento, l'abbattimento o anche solo l'elusione di ogni ostacolo che il legislatore voglia opporre su questo cammino, si sta finendo con il distrug-

⁸¹ Il rapporto di filiazione e la cittadinanza del nato sono infatti regolati dall'art. 33, comma 3, l. 218/1995, come sostituito dall'art. 101, comma 1, lett. a, d.lgs. 154 del 2013: «la legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio» (cfr. Cass. n. 15234 del 2013). Per una ricostruzione delle diverse discipline della maternità surrogata nel mondo, *I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona*, in *Internazionale*, 3 Marzo 2016; per approfondimenti relativamente all'Unione europea, Direzione generale politiche interne, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, 2013, in www.europarl.europa.eu.

⁸² *Ex art.* 44, lett. d, l. n. 184 del 1983. Ad esempio, Cass. n. 12962 del 2016.

⁸³ Ad esempio, Cass. n. 19599 del 2016.

⁸⁴ Così Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525.

gere non solo l'idea di "ordine pubblico" – troppo presto ridotta a scoria del fascismo –, ma quella stessa di "ordinamento giuridico", inteso come sistema giuridico dotato di fini propri e intrinseca coerenza⁸⁵; e fors'anche di "democrazia rappresentativa", come sistema nel quale le decisioni politiche fondamentali – nel rispetto della Costituzione e dei vincoli sovranazionali e internazionali – sono assunte dai rappresentanti del popolo che siedono in parlamento (quello italiano, s'intende).

Certo i rappresentanti, posto il divieto di maternità surrogata, dovrebbero dare anche risposte chiare sugli esiti di una sua eventuale elusione, e in particolare sullo *status filiationis* dei nati in violazione della legge⁸⁶: scegliendo tra la via più dura dell'irricognoscibilità assoluta o quella più mite della riconoscibilità o dell'adozione in casi particolari, facendo i dovuti *distinguo* tra le diverse situazioni rappresentabili. Particolarmente, nel caso si decidesse di percorrere la via mite, occorrerebbe distinguere tra la situazione in cui via sia un legame genetico con almeno uno dei membri della coppia committente (e, all'interno di questa situazione, a seconda che il legame genetico sia con il padre o con la madre, vigendo il principio per cui *madre è colei che partorisce*), da quello in cui tale legame non sussista affatto. Nel caso in cui non vi sia alcun legame né biologico né genetico con il nato, ma solo contrattuale, infatti, il confine tra maternità surrogata e tratta di minori apparirebbe davvero troppo labile per consentire il riconoscimento di un qualsivoglia legame di filiazione. In assenza di legami, l'unica via percorribile dovrebbe restare quella dell'adozione.

Si tratta, insomma, di trovare un punto di equilibrio «tra l'interesse generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata e l'interesse particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata a non essere discriminato rispetto agli altri bambini nel godimento dei propri diritti fondamentali a motivo delle peculiari circostanze del suo concepimento»⁸⁷, in modo che non ricadano su di lui le colpe dei genitori. Non è immaginabile che una decisione così gravida di conseguenze per lo *status personae* continui a rimanere alla valutazione dell'interprete, da risolvere *praeter legem* e sulla base della sola impalpabile clausola del superiore interesse del minore⁸⁸.

⁸⁵ Nello stesso senso B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore*, cit., p. 6.

⁸⁶ Sulla situazione *de iure condito* in materia di *status filiationis* di nati da maternità surrogata, A. VALONGO, *La gestazione per altri*, cit., pp. 133 s.; M. GATTUSO, *Gestazione per altri*, pp. 27 ss.

⁸⁷ B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia. Profili di diritto interno e risvolti internazionale/privatistici*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 70.

⁸⁸ Così anche M. RIZZUTI, *La maternità surrogata*, cit., p. 95. Va invece nel senso di un ampliamento del potere di valutazione in capo ai giudici l'ordinanza di rimessione di Corte

E forse il legislatore dovrebbe, con il suo telescopio, guardare ancora più lontano, e anche riflettere su quali siano le profonde ragioni sociali che, da un lato, spingono sempre più spesso a rimandare fino a tarda età la questione della genitorialità, per approdarvi quando ormai la natura pone i suoi limiti (ha a che fare con la difficoltà di conciliare tempi di vita e tempi di lavoro; con la carenza di servizi per l'infanzia?)⁸⁹; e, dall'altro, inducono comunque a preferire la via della maternità surrogata a quella dell'adozione (ha a che fare con le importanti difficoltà che si incontrano nel processo di adozione e che questo sia comunque precluso a determinati soggetti?). E anche sul piano della salute riproduttiva, dal punto di vista delle campagne di informazione e di prevenzione, molto potrebbe ancora essere fatto (ad esempio, con il ricorso alla crioconservazione dei propri gameti quando si è in giovane età e in salute).

Il legislatore, insomma, dovrebbe forse tornare a inserire nei suoi processi di riflessione e di decisione la politica demografica. Certo non per etero-determinare e neppure influenzare le decisioni dei cittadini al riguardo – il che sarebbe contrario a Costituzione, trattandosi di scelte personalissime –, ma per tentare di avere *una visione* del presente e del futuro: su dove tutto ciò che affluisce, converge, preme nelle aule dei tribunali è destinato a condurci.

Ché davvero non si può, su questioni che riguardano il senso profondo del destino del genere umano, continuare a guardare solo il *qui e ora* attraverso le lenti di un microscopio.

App. Milano, 25 luglio 2016, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. con riferimento agli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost. e 8 Cedu, «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenni possa essere accolta solo quando ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso».

⁸⁹ In questo senso anche S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, cit., p. 109.