



Data di pubblicazione: 8 giugno 2015

## **Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?\***

di

**Giuseppe Recinto<sup>1</sup>**

Il tema della genitorialità o delle c.dd. nuove genitorialità si presenta in questo momento storico come uno dei più tortuosi e delicati, anche perché, a seguito di una serie di recenti decisioni, si stanno venendo a creare delle asimmetrie rispetto a problemi che, invece, non sembrano ammettere e tollerare incertezze.

Nella sentenza della Consulta<sup>2</sup> che ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in presenza di problemi di sterilità o di infertilità della coppia è stato, infatti, superato del tutto il profilo della discendenza biologica per la identificazione di un rapporto di genitorialità, dandosi assoluta preponderanza alla scelta di voler essere genitori.

Nei casi di c.d. maternità surrogata per la Cassazione<sup>3</sup> non c'è, viceversa, spazio alcuno per un riconoscimento della volontà di essere genitori, in quanto attività illecita connessa alla violazione di principi di ordine pubblico, anche là dove si sia, poi, eventualmente instaurato un rapporto significativo tra minore e c.dd. committenti.

---

\* Il testo riproduce, con l'aggiunta di riferimenti giurisprudenziali essenziali, la relazione presentata al Convegno "Nuove genitorialità. Incontro-dibattito alla ricerca di soluzioni nell'interesse della persona di età minore. Riflessioni su omogenitorialità, PMA eterologa, maternità surrogata, sostituzione di embrioni", tenutosi a Roma il giorno 23 maggio 2015, ed organizzato da Cammino-Camera Nazionale Avvocati per la Famiglia in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura-Fondazione del Consiglio Nazionale Forense.

<sup>1</sup> Professore Ordinario di Diritto privato – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale

<sup>2</sup> C. Cost., 10 giugno 2014, n. 162.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., 26 settembre 2014, n. 24001.

Nelle pronunce romane sullo scambio di embrioni<sup>4</sup>, compresa l'ultima ordinanza del 22 aprile 2015, per la configurazione della relazione genitoriale si è dato principalmente risalto all'aspetto della procreazione, privando di ogni rilievo l'apporto biologico dell'altra coppia.

Sì che, in un questo contesto di evidente a-sistematicità, il contributo che il giurista può tentare di fornire è quello di delineare, pur sempre nel rispetto e nella considerazione della unicità di ogni specifica vicenda, e per quanto di sua competenza, un criterio ordinante, che ad oggi, però, sembra essenzialmente circoscritto alla ricerca di quale legame – genetico, biologico, sociale o legale – debba prevalere per aversi e fondarsi un rapporto genitore/figlio.

Ebbene, questo approccio sembra tradire un modo di intendere la stessa relazione genitore/figlio ancora in una prospettiva che muove principalmente dal genitore verso il figlio e non anche viceversa, approccio, questo, che emerge anche nella recente riforma della filiazione (l. n. 219 del 2012; d.lgs. n. 154 del 2013), quantunque si sia opportunamente tentato di introdurre nel nostro ordinamento, con esiti, forse, non del tutto felici, la più dinamica categoria giuridica della responsabilità genitoriale, che si ispira ad un rapporto genitore-figlio che guarda alle peculiarità di ogni singolo caso concreto, rispetto alla tradizionale potestà genitoriale, che tradisce, invece, una prospettiva generalizzante ed astratta.

Si pensi, ad esempio, al nuovissimo art. 315 *bis* c.c., accolto anche come lo statuto dei diritti del figlio, ove, al secondo comma, è stabilito che *“Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti”*.

Una novella al codice civile che appare così lontana dalla speculare disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e cioè l'art. 24, nel quale è, invece, affermato che *“Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

Dunque, una disposizione, quest'ultima, dove innanzitutto si valuta se il rapporto con i genitori sia, o sia ancora, nell'interesse del minore, e dove soprattutto si discorre di rapporto personale e diretto del minore con i genitori stessi, in un'un'ottica realmente relazionale.

---

<sup>4</sup> V. Trib. Roma, ord., 8 agosto 2014.

Oppure si consideri la delega presente nella l. n. 219 del 2012 in tema di stato di abbandono morale e materiale per la dichiarazione di adottabilità, che richiama la necessità che sia provata l'irrecuperabilità in tempi ragionevoli delle capacità genitoriali, che sembra evocare quella ricostruzione anche sanzionatoria della adozione nei confronti dei genitori, che, poi, è stato il fondamento, per lungo tempo, della inaccettabile concezione della adozione stessa come *extrema ratio*, e cioè di una adozione che è chiamata ad intervenire quando oramai il danno per il corretto e completo sviluppo psico-fisico del minore si è già definitivamente consumato.

Parimenti significativo è che con la stessa l. n. 219 del 2012, e con il successivo d.lgs. n. 154 del 2013, si è riconosciuto uno specifico spazio al diritto degli ascendenti ad avere rapporti significativi con il minore, ma nulla si è detto, invece, del problema, attualissimo e notevolmente diffuso, della salvaguardia del rapporto del minore di età con il c.d. genitore sociale o terzo genitore, rapporto, questo che, viceversa, spesso risulta essenziale nel percorso di crescita del minore stesso.

Tuttavia, l'influenza della recente riforma della filiazione e di questa visione della relazione genitore/figlio che sembra saper andare soltanto dal genitore verso il minore e non anche in direzione opposta, è, come anticipato, ravvisabile in molte delle decisioni innanzi richiamate.

Nella prima pronuncia sul c.d. scambio di embrioni, dopo un rapido passaggio sulla famiglia oramai come comunità principalmente di affetti, si ritiene che la scelta da privilegiarsi, ovvero quella di dare prevalenza nella costruzione del rapporto genitoriale al soggetto che ha generato i minori, discende soprattutto dal dato che, seppure con il d.lgs. n. 154 del 2013 è stato in parte attenuato il c.d. *favor veritatis* presente nell'art. 244 c.c. attraverso la previsione di un termine che non può, comunque, essere superiore ai cinque anni dal giorno della nascita per la proposizione dell'azione da parte della madre e del marito, nondimeno, la madre è, e resta, sempre colei che ha dato vita al minore, così come sarebbe tuttora stabilito nel sostanzialmente immodificato art. 269 c.c.

Nella sentenza della Cassazione in tema di c.d. maternità surrogata, ancora argomentando dall'art. 269 c.c., in fondo si afferma lo stesso, e cioè che la soluzione migliore per il minore non può che essere quella di mantenere rapporti con la donna partoriente.

Sì che lo stesso art. 269 c.c., alla luce di questa impostazione, sembra assurgere sempre di più al rango di vero e proprio baluardo della stessa maternità biologica, mentre, invece, forse occorrerebbe più semplicemente riflettere che siamo solo al cospetto di una disposizione che opera sul piano della prova del rapporto di filiazione, e non propriamente di una disposizione sullo *status* di figlio.

Dunque, allora, il punto di vista prevalente e di partenza, come detto, sembra essere sempre quello dei genitori o degli aspiranti genitori, e non certo quello della persona di età minore.

Emblematica in tal senso è la sentenza della Corte costituzionale che ha stabilito l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, nella quale si è giunti a configurare una sorta di presunto diritto fondamentale *“a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute”* degli stessi richiedenti, anche mediante un discutibile confronto prospettato dai giudici tra la disciplina in esame e quella della adozione, che, invece, ha un rilievo ben diverso, e cioè di stampo evidentemente solidaristico.

Viceversa in questa pronuncia sembra del tutto assente il riferimento alle istanze del nascituro, come, del resto, risulta decisamente approssimativa la valutazione della Consulta in merito all'eventuale diritto dello stesso minore di età nato a seguito di una fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini, mentre su questo aspetto, come è noto, ci confrontiamo ancora oggi con alterni risultati proprio in tema di adozione.

Tuttavia anche l'atteggiamento della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente a tali problematiche, seppure per certi aspetti preferibile, non appare pienamente condivisibile.

Si tenga presente la decisione della Corte di Strasburgo<sup>5</sup> in tema di maternità surrogata nella quale l'Italia è stata condannata per avere negato ogni legame tra il minore di età e i c.dd. committenti, sulla base della considerazione, tra l'altro, che i principi di ordine pubblico collegati al divieto di maternità surrogata, che è penalmente sanzionato nel nostro ordinamento, avrebbero dovuto *“soccombere”* in nome della tutela e della protezione del superiore interesse del minore.

---

<sup>5</sup> Cedu, sent. 27/01/2015, ric. n° 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

Ebbene, rispetto a simili e così complesse questioni probabilmente non c'è nessun principio da "sacrificare", in quanto gli artt. 30 e 29 della Cost., che ad avviso di molti sembrano segnare, alternativamente, la prevalenza della verità biologica o del legame legale rispetto ad altri modelli, devono essere posti in relazione con l'art. 2 della stessa Cost. e con i principi ivi sanciti, tra cui, in particolare, quello della funzione "servente" della comunità ove il minore svolge la sua personalità rispetto ai concreti bisogni del minore stesso, quale persona unitariamente intesa in tutte le sue componenti, affettive, esistenziali, psicologiche e fisiche.

L'ordine pubblico, interno o internazionale, non va, allora, "limitato", ma soltanto correttamente e unitariamente inteso, ponendo al centro del bilanciamento dei contrapposti interessi il valore preminente per il nostro ordinamento, ed oramai anche per quello sovranazionale – si pensi, in tal senso, ai contenuti di fondo della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o della Cedu oppure delle convenzioni internazionali in materia -, ovvero la persona umana, ed in questo specifico caso la persona di età minore.

Inoltre, non è certo una incoerenza del sistema se, da un lato, eventualmente si salvaguardia il rapporto genitoriale che può essere sorto a seguito di una maternità surrogata, e, dall'altro, si sanziona, invece, se ne ricorrono i presupposti, l'attività dei committenti aspiranti genitori.

Si consideri, in questa direzione, una recente sentenza della Cassazione - la n. 6132 del 2015 - che, pur censurando la condotta della madre che aveva trasferito il minore in un'altra città senza il consenso dell'altro genitore, ha, però, ritenuto che il minore potesse continuare a restare nella nuova residenza avendone accertato una positiva incidenza sul suo benessere, e sottolineando, altresì, che "le decisioni riguardanti i figli minori, compresa la scelta della sua residenza, non devono tenere conto degli interessi dei genitori, ma esclusivamente dell'interesse del minore stesso, anche nei casi in cui questo possa eventualmente coincidere, in via di fatto, con quello di uno dei genitori affidatari che non abbia rispettato il metodo dell'accordo in tema d'indirizzo della vita familiare fissato dall'articolo 144 c.c., applicabile anche per la scelta della residenza del figlio affidato ad entrambi i genitori in modo condiviso dopo la separazione tra coniugi o dopo l'interruzione della convivenza tra i genitori non coniugati".

Dunque, le istanze del minore vengono prima di tutto, si può sanzionare la condotta illegittima del maggiore di età, ma questo, in una prospettiva assiologicamente orientata, non può tradursi in una “punizione” anche per il minore di età, ed un simile risultato, come detto, si può conseguire soltanto guardando, insieme, “minore ed adulto”, in un’ottica inevitabilmente e fisiologicamente relazionale.

Pertanto deve evitarsi, come talune volte fa, allora, anche la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo, di invocare genericamente il superiore interesse del minore, un concetto fondamentale, questo, ma che va declinato, a maggior ragione quando è in gioco lo stesso rapporto di genitorialità, necessariamente in concreto, avendo riguardo al superiore interesse di quel determinato minore di età coinvolto dalla specifica decisione che deve essere assunta.

Del resto, nei casi alla nostra attenzione anche quando i giudici hanno evocato le istanze del minore sembra che lo abbiano fatto soltanto in astratto, e soprattutto per dare, invece, ingresso alle pretese degli aspiranti genitori.

Così nella vicenda dello scambio di embrioni, ove la sussistenza di una relazione genitoriale con il minore è stata inizialmente fondata sull’avvenuta gestazione, negandosi, poi, ogni possibile rapporto dello stesso minore anche con i c.dd. genitori biologici, in quanto, si legge nell’ultima ordinanza<sup>6</sup>, le due coppie, ovvero gli adulti, e non per forza il minore, nel tempo probabilmente non avrebbero potuto mantenere *“un atteggiamento di neutralità e serena collaborazione di fronte allo svolgersi degli eventi”*; oppure nel caso della adozione co-parentale omogenitoriale<sup>7</sup>, nel quale ci si è soffermati diffusamente sul diritto delle coppie omosessuali ad un riconoscimento del loro possibile desiderio di avere figli, piuttosto che sulla reale incidenza di quella specifica relazione sullo sviluppo armonico del minore interessato; o, ancora, nell’ipotesi di condanna dell’Italia per il mancato riconoscimento di un rapporto di genitorialità a seguito del ricorso ad una pratica di maternità surrogata, nella quale la Corte europea dei diritti dell’uomo ha collegato il formarsi di un legame inscindibile dei committenti con il minore di età ad un breve, e forse anche non adeguatamente documentato, periodo di convivenza con il minore stesso.

---

<sup>6</sup> Trib. Roma, ord., 22 aprile 2015.

<sup>7</sup> Trib. min. Roma, 30 luglio 2014.

Tuttavia, su questa linea si rischia di giungere a delle insanabili ed inaccettabili contraddizioni, come, ad esempio, relativamente alle coppie omosessuali, che oggi possono procedere ad una adozione co-parentale, ma non ad una adozione legittimante, né ad una fecondazione eterologa, anche se nel frattempo, a seguito della decisione della Suprema corte<sup>8</sup> sul c.d. divorzio imposto dal cambio di sesso, in virtù della quale - dopo la sentenza n. 170 del 2014 della Consulta - in attesa di un intervento legislativo in materia la coppia conserva lo “statuto ...del modello matrimoniale”, possono aversi coppie dello stesso sesso legate da diritti e doveri coniugali ed eventualmente con figli.

Per evitare simili esiti non potrebbe, allora, più “semplicemente” guardarsi alle effettive esigenze del minore coinvolto?

In questa direzione, se eventualmente una coppia omosessuale non dovesse essere considerata idonea alla adozione lo sarebbe, non lasciando spazio alle diverse e contrapposte ideologie in materia, solo ed esclusivamente perché risultata tale rispetto al minore interessato ed alla reale situazione emersa, dopo l'espletamento, ovviamente, di tutti gli accertamenti del caso, anche relativi alle specificità della possibile omogenitorialità, che sarebbe un errore rapportare e confrontare con il modello tipico della eterogenitorialità, mentre più opportunamente andrebbe considerata, nell'ottica della adozione ed anche in una più ampia dimensione, nel rispetto delle sue peculiarità, posto che lo stesso principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost. impone di trattare in modo “simile” ciò che è “uguale” ed in modo “differente” ciò che è “diverso”, senza alcun preconcetto in un senso o nell'altro, avendo di mira soltanto il benessere di quel determinato minore di età.

Dunque, né la prevalenza di un automatico *favor veritatis* né il riconoscimento di un costante *favor affectionis*, occorre, invece, valutare caso per caso quale sia la soluzione in concreto più adeguata per assicurare e favorire il migliore sviluppo di ogni singolo minore di età considerato nella sua complessità, in una prospettiva relazionale che dai maggiori di età va ai minori di età, ma che soprattutto sa anche andare dai minori di età ai maggiori di età.

Su questa linea sembra essersi mossa una recente sentenza del Tribunale di Palermo del 6 aprile 2015, ove si legge che anche nella ipotesi di una

---

<sup>8</sup> Cass., 21 aprile 2015, n. 8097.

separazione personale di una coppia omosessuale che ha convissuto con i figli minori di uno dei due *partner*, instaurando un rapporto di c.d. genitorialità sociale con l'altro, *“la necessità di garantire il superiore interesse dei minori, posto alla base della norma di cui all'art. 337 ter e di interpretare la norma in conformità all'elaborazione giurisprudenziale che di tale principio ha fornito la Corte Europea nell'applicazione dell'art. 8 della CEDU [...], impone di procedere ad un'interpretazione certamente evolutiva ma costituzionalmente e convenzionalmente conforme dell'art. 337 ter c.c. volta ad estendere l'ambito applicativo della stessa sino a delineare un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, ricomprendendo per tale via anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare de facto significativo e duraturo”*.

Allora, forse, nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli.