

INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE E MATERNITÀ SURROGATA

Irene Pellizzone

MATERNITÀ SURROGATA: OVVERO GESTAZIONE PER ALTRI

TRADIZIONALE

- La madre surrogata viene inseminata con il gamete del padre ricevente: rischio, **vendita di bambino?**

Con questa tecnica, si
rivoluziona l'idea di madre e di
famiglia

GESTAZIONALE

- La madre surrogata riceve l'embrione formato dal gamete del padre ricevente e della madre ricevente o di una terza donna: rischio, **designer babies?**



Dagli anni '90,
maggiormente
utilizzata

I SOGGETTI DELLA GESTAZIONE PER ALTRI

- Genitori, genetici e/o sociali
(nella prassi sia coppie eterosessuali sterili,
sia coppie omosessuali di sesso maschile)
- Gestante
- Eventuale donatrice di gamete femminile
- Eventuale donatore di gamete maschile
- Medico
- **Bambino nato con questa pratica**

Legal pardon, per
tutelare il bambino?

NUOVA CONCEZIONE DI GENITORIALITÀ

- Genitorialità responsabile, frutto di un progetto genitoriale
- Dipende non da legami genetici, ma da capacità genitoriale, ossia la disposizione a prendersi adeguatamente cura del figlio e offrire le opportunità che ne promuovano una crescita
- Non dipende da orientamento sessuale
- Rischio di discriminazione per i nati da chi ricorre alla maternità surrogata, mentre chi nasce a seguito di fecondazione eterologa è direttamente riconosciuto figlio di entrambi i genitori, compreso quello solo «sociale»

IL PROBLEMA CENTRALE

INTERESSE DEL MINORE a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori (art. 30 Cost.; 8 CEDU)

1. Tutela della dignità della donna;
2. Interesse dello stato a perseguire penalmente la maternità surrogata;
3. ***Favor veritatis***

C. EDU, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, ric. n. 65192/11, e C. EDU, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, ric. n. 65941/11



DIRITTO DEL MINORE ALLA PROPRIA IDENTITÀ: DUPLICE DIREZIONE

FAVOR VERITATIS

- Il principio del favor veritatis esprime un'esigenza di certezza nei rapporti di filiazione e la protezione dell'interesse del minore si realizzerebbe proprio nel riconoscimento del diritto alla propria identità biologica
- Diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica, ovvero, qualora ciò non sia possibile, di uno stato corrispondente a quello di figlio legittimo, ma solo attraverso le garanzie offerte dalla disciplina dell'adozione

FAVOR FILIATIONIS

- L'identità del minore non coincide con lo status veritatis; essa si svilupperebbe nel tempo, per effetto delle relazioni create con il mondo esterno, del nome e del cognome scelto dai genitori alla nascita, dell'appartenenza al luogo dove si cresce, della propria storia, cultura e tradizioni e, soprattutto, dei genitori e delle rispettive famiglie d'origine, che condizionano il processo di crescita

L'INTERESSE DEL MINORE COME CONCETTO COMPLESSO: CORTE EDU E GPA

MENNESSON C. FRANCIA, LABASSEE C. FRANCIA, RIC. N. 65941/11 (2014)

- i minori erano ricorrenti
- legame genetico con almeno uno dei genitori committenti
- assenza di un sistema di tutele che assicuri la massima protezione all'interesse superiore del minore nato a seguito del ricorso a maternità surrogata da parte dell'ordinamento giuridico nazionale – indipendentemente dal divieto della pratica in esame
- violazione art. 8 CEDU

PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (GRANDE CAMERA, 2017)

- il minore non è ricorrente
- ha vissuto solo 8 mesi con i genitori committenti
- non vi è legame genetico con i genitori committenti
- la Corte nega che ci si trovi dinanzi a una famiglia ex art. 8 CEDU
- non viene rilevato un vuoto di tutela per il minore, ma il problema della legalizzazione di adozioni vietate dalla legge
- non vi è violazione della CEDU

UNIDIREZIONALITÀ DELLA NORMATIVA VIGENTE IN ITALIA: L. N. 40 DEL 2004, ART. 12

- «6. 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.»
- **NB. Non vi è una scriminante per i genitori:** «8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.» → escluso dalla causa di non punibilità proprio il comma 6

L'approccio «proibizionista» del legislatore italiano impone
delle riflessioni sui limiti posti dal diritto penale al
riconoscimento dello *status filiationis*

CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E LIMITI NAZIONALI DI NATURA PENALE...IL RUOLO DELL'INTERPRETAZIONE

- Art. 12, comma 6, applicato raramente → Reato commesso all'estero? Parte della condotta non è forse commessa in Italia? Ci vuole comunque doppia incriminazione [Cass., sez.V pen., 10 marzo 2016, n. 13525]
- Più frequente: *falso ideologico in atto pubblico* realizzato dal pubblico ufficiale indotto in errore dalle dichiarazioni mendaci del privato ([artt. 48 e 476 c.p.](#)) → essendo un reato comune punito con la pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, la punibilità in Italia è subordinata alle condizioni indicate dall'[art. 9](#) co. I e [2 c.p.](#), vale a dire la presenza del reo e la richiesta del Ministro della Giustizia o querela di persona offesa (Trib. Milano, Sez.V pen., 15 ottobre 2013).
- *Alterazione di stato* previsto all'[art. 567 co. 2 c.p.](#); → mancano presupposti di fatto, se nello stato dove avviene la GPA lo stato civile del nato è di figlio dei genitori intenzionali [ex multis Cass., sez.VI pen., 11 ottobre 2016; Trib. di Milano, 14 aprile 2014]
- *Falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali* ai sensi dell'[art. 495 co. 2 n. 1 c.p.](#) → nuovo concetto di madre; pena sarebbe superiore di quella ex art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 [Trib.Varese, 8 ottobre 2014]

Per approfondire: Trinchera T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, riv. it. Dir. Proc. pen., pag. 1391 ss.

I LIMITI POSTI DA INTERESSI PUBBLICISTICI RILEVANTI PER IL DIRITTO CIVILE: LA CERTEZZA DELLO STATUS FILIATIONIS E

L'ART. 263 CC (IMPUGNAZIONE PER DIFETTO DI VERIDICITÀ)

Il [riconoscimento](#) può essere impugnato per [difetto di veridicità](#) dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto o da chiunque vi abbia interesse.

L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.

L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.

L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita...

L'ART. 264 CC (IMPUGNAZIONE DA PARTE DEL FIGLIO MINORE)

L'impugnazione del [riconoscimento](#) per difetto di veridicità può essere altresì promossa da un [curatore speciale](#) nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto quattordici anni, ovvero del [pubblico ministero](#) o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio, quando si tratti di figlio di età inferiore. L'impugnazione del [riconoscimento](#) per difetto di veridicità può essere altresì promossa da un [curatore speciale](#) nominato dal giudice), assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto quattordici anni, ovvero del [pubblico ministero](#) o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio, quando si tratti di figlio di età inferiore.



IL CASO MILANESE

- trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali – nell'ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avrebbero ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione
- su iniziativa della stessa Procura della Repubblica, è stato avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, il quale si è concluso con dichiarazione di non luogo a provvedere, avendo i genitori contratto matrimonio ed essendo risultata certa, in base al test eseguito sul DNA, la paternità biologica di colui che ha effettuato il riconoscimento
- su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minorenni di Milano ha autorizzato, ai sensi **dell'art. 264, SECONDO COMMA, COD. CIV.**, l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale effettuato dalla madre, nominando a tal fine un curatore speciale del minore
- In accoglimento di tale impugnazione, il Tribunale ordinario di Milano ha dichiarato che il minore non è figlio della donna, disponendo le conseguenti annotazioni a cura dell'ufficiale di stato civile

- La decisione di primo grado viene impugnata e la Corte di appello di Milano solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 263 c.c., «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso»
- NB. Non è in gioco la trascrivibilità dell'atto di nascita, ma la rimozione dello stato di filiazione
- Parametri costituzionali: artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU
- Interpretazione per cui la norma richiede che la filiazione non geneticamente veritiera va rimossa non consente di proteggere in concreto l'interesse del minore: tesi della Corte d'Appello e del curatore speciale
- **Tra l'altro, la rimozione dello stato di figlio della madre non è certo prodromica al riconoscimento dello stato di figlio del genitore genetico**



Diverso approccio nel caso di fecondazione eterologa:
art. 9 l. 40 del 2004, non solo permette la formazione del
rapporto di filiazione, ma vieta il disconoscimento:
**DISCRIMINAZIONE A SECONDA DI PATOLOGIA O
ORIENTAMENTO SESSUALE DEI GENITORI?**

SULL'INTERESSE DEL MINORE

- ... l'interesse del minore è complesso; dinanzi ad esso le esigenze punitive dello stato possono recedere (C. cost., n. 31 del 2012)
- Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, dispone nell'art. 3, primo comma, che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».
- La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi «prima di giungere a qualunque decisione», stabilendo (tra l'altro) che l'autorità stessa deve acquisire «informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore».
- La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, nell'art. 24, comma secondo, prescrive che «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»; e il comma terzo del medesimo articolo aggiunge 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».

LA SENTENZA N.272 DEL 2017 (REDATTORE AMATO)

- Sentenza antifibologica
- La questione è dichiarata infondata
- Si tratta sostanzialmente di una sentenza di rigetto interpretativa: la norma non è incostituzionale, perché può essere interpretata conformemente a Costituzione (non vi è obbligo di rimozione se interesse del minore è violato nel caso concreto)
- L'accertamento della verità biologica è soltanto una delle componenti che il giudice deve considerare nella complessiva valutazione della identità del minore rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito → NO AUTOMATISMI, BILANCIAMENTO
- Incidenter tantum: affermazioni problematiche rispetto ai figli nati con gestazione per altri

I TRE INSERTI INCOERENTI

1

- il giudice deve valutare “se l’interesse alla verità abbia anche natura pubblica (**ad esempio perché relative a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane**) ed imponga di tutelare l’interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità”

2

- Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all’opposto, l’imprescindibile presa d’atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l’interesse del minore non è per questo cancellato.

3

- Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CON DUE PADRI

QUALI POSSIBILI (?) VANTAGGI RISPETTO ALLA STEP CHILD ADOPTION?

- non vi è attesa, ma immediato riconoscimento di due genitori
- il minore è da subito titolare del diritto ad essere curato nei confronti di due genitori responsabili giuridicamente
- la relazione affettiva col secondo genitore ha immediato riconoscimento
- non vi sarà una distinzione tra i due genitori che potrebbe disturbare il minore
- identità personale del minore comprende anche le circostanze della sua nascita, frutto di un progetto di genitorialità condiviso
- discriminazione dei minori nati con questo tipo di tecniche in ragione della patologia o dell'orientamento sessuale dei genitori

QUANDO È TRASCRIVIBILE L'ATTO DI NASCITA, IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI FIGLIO E LA CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO

- incertezza normativa e giurisprudenziale
- nel febbraio 2018 la Cassazione ha rinviato alle Sezioni Unite – tra l'altro - la questione della nozione di ordine pubblico internazionale, parametro per l'Ufficiale di Stato Civile per la valutazione della possibilità di trascrivere atti stranieri (art. 18 DPR 396/2000 vieta trascrizione di atti contrari ad ordine pubblico)
 - occorre dirimere il seguente problema: se la maternità surrogata risulti contraria all'ordine pubblico
 - Cassazione, orientamento ambivalente (19599 del 2016, in ordine pubblico rientrano solo i principi fondamentali della Costituzione; contra, sembrerebbe sent. n. 16601 del 2017 sui “danni punitivi”, il cui ingresso è stato negato perchè non corrispondono alla nostra tradizione giuridica)
- pronuncia ancora attesa

IL COMUNE DI MILANO

- 2014 → primi casi, giunti al Comune dal 2014.
- il certificato di nascita reca un solo genitore, di sesso maschile
- è dunque regolarmente iscritto nel registro di stato civile
- tuttavia, in un secondo momento perviene un certificato di nascita con le generalità del secondo genitore
- da **Canada (Ontario) e USA (California)**

DA ULTIMO: TRIB. ORD. MILANO, III SEZ.
CIVILE, 24 OTTORBE 2018

- ordina trascrizione di rettificazione di atto di nascita con secondo padre
- fa leva su nozione ristretta di ordine pubblico

IL QUADRO ATTUALE

- anche altri tribunali, nonostante rinvio alle SS. UU., stanno continuando a procedere in questo senso (Livorno, Roma)
- Comuni procedono anch'essi per le trascrizioni (Milano, a seguito di ordine del comune, Torino, Bologna, Firenze, Napoli, Catania, Palermo)

TORNIAMO A MILANO

- Per soli 3 minori, il certificato di nascita estero è pervenuto direttamente con l'indicazione dei due genitori di sesso maschile.
- Trascrizione sospesa, in attesa di pronuncia della Cassazione SS. UU. e di parere Avv. Stato.
- In questi casi di fatto il minore resta inesistente sotto il profilo giuridico.

SVILUPPI

- pronuncia SS. UU. in attesa (Camera di Consiglio avvenuta il 5.10.2018)
- parere richiesto da parte dell'Adunanza Plenaria della Cassazione francese alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in base al Protocollo 16 annesso alla CEDU → il primo a quanto consta, dei ricorrenti del caso Mennesson:

Il giudice francese ha quindi chiesto alla Corte eu di sapere che rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata in quanto designato come sua "madre legale" la madre sociale, mentre la trascrizione dell'atto è stata ammessa in quanto designa il "padre dell'intenzione" come padre biologico del bambino, uno Stato parte supera il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'articolo 8 della CEDU e se, a tale proposito, sia necessario distinguere se il bambino sia concepito o meno con i gameti della madre sociale.

La Cassazione ha poi chiesto di sapere se, in caso di risposta positiva a una delle due domande precedenti, la possibilità per la madre sociale di adottare il figlio del coniuge, padre biologico soddisfi i requisiti dell'articolo 8 della CEDU.

UNA RISPOSTA INCENTRATA SULL'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE

- Sentenza Corte cost. n. **31 del 2012**

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 569 del codice penale, nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'articolo 567, secondo comma, del codice penale, conseguenza di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto

- automatismi e irragionevolezza

UNA FAMIGLIA NEMICA DEI DIRITTI NON È AMMISSIBILE COSTITUZIONALMENTE

- Sentenza 494 del 2002
- Norme oggetto: artt. 251, primo comma, e 278, primo comma, cc, "nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità di figli incestuosi"
- “La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza [n. 120 del 2001](#)), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani.”
- La Corte riconosce una discriminazione verso i figli incestuosi