



RIPRODUZIONE E RELAZIONI

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ AL CENTRO DELLA QUESTIONE DI GENERE

a cura di Mia Caielli, Barbara Pezzini,
Angelo Schillaci

[cirsde}
centro interdisciplinare di ricerche
e studi delle dottrine e di genere



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO



SS
STUDI DI GENERE

Studi di Genere
Convegni
n.5

Riproduzione e relazioni.

**La surrogazione di maternità al centro della
questione di genere**

a cura di

Mia Caielli, Barbara Pezzini, Angelo Schillaci

Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere

a cura di

Mia Caielli, Barbara Pezzini, Angelo Schillaci

Collana “Studi di Genere. Convegni” – Vol. 5

2019

CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere

Università degli Studi di Torino

www.cirsde.unito.it

cirsde@unito.it

Copertina: progetto grafico di Simonetti Studio.

ISBN: 9788875901288

ISSN: 2610-9999



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale.

INDICE

| | |
|--|-----|
| Presentazione <i>Mia Caielli, Barbara Pezzini, Angelo Schillaci</i> | 1 |
| Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino <i>Marco Gattuso</i> | 3 |
| Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale <i>Giuseppa Palmeri</i> | 44 |
| Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale <i>Simone Penasa</i> | 82 |
| La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne <i>Laura Ronchetti</i> | 106 |
| (Ri?)pensare la maternità <i>Joëlle Long</i> | 132 |
| Riflessioni attorno alla maternità surrogata: <i>cuique suum?</i> <i>Anna Lorenzetti</i> | 143 |
| Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri <i>Ludovica Poli</i> | 162 |
| Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma <i>Angelo Schillaci</i> | 178 |
| Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni) <i>Barbara Pezzini</i> | 200 |
| Note bio-bibliografiche degli autori e delle autrici | 216 |

TRA LEGGE E CORTI: LA GESTAZIONE PER ALTRI IN PROSPETTIVA COMPARATA E MULTIDIMENSIONALE

Simone Penasa

Abstract

The evolution of national legislations on gestational surrogacy and recognition of parenthood are critically analysed in the light of the case-law of national constitutional courts. By assuming a holistic approach to the issue – regulation of surrogacy and subsequent familiar relationship – a rationalization of courts' approaches will be proposed, based on the distinction between proactive and reactive legal systems.

Keywords

Gestational surrogacy; Comparative law; Procreative will; Best interest of the child; Constitutional courts.

1. La «dinamica» dei modelli di regolazione della gestazione per altri: l'opportunità di un approccio multidimensionale

L'articolo si propone di analizzare la dinamica dei modelli normativi in materia di gestazione per altri¹, che si vanno conformando e riconfigurando alla luce delle aspettative e delle conseguenze sociali che il quadro normativo (dalla *deregulation* al divieto assoluto, Margaria, 2018) produce: esempi quali la proposta di legge in India², la recente riforma portoghese³, oltre al tema della disciplina dell'attribuzione della genitorialità a seguito di sostituzione di maternità effettuate lecitamente all'estero da parte di ordinamenti che assumono una posizione proibizionistica assoluta, dimostrano in

¹ Nel presente scritto non si vuole attribuire alla scelta terminologica compiuta al fine di individuare la pratica analizzata uno specifico portato valoriale, in quanto l'obiettivo non è qui quello di valutare l'ammissibilità, assiologica e giuridica, di quest'ultima. Appaiono tuttavia centrali le osservazioni sul punto svolte da Pezzini, 2017, 194 ss.

² Il Surrogacy (Regulation) Bill 2016, reperibile online al seguente link: <http://www.prsindia.org/billtrack/thesurrogacy-regulation-bill-2016-4470/>. Per un commento, Fellowes, 2017, 249-272.

³ Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Con tale legge il legislatore portoghese ha modificato la legge in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), introducendo una forma di gestazione per altri di natura esclusivamente solidaristica, a carattere eccezionale e previamente autorizzata. Sulla compatibilità costituzionale di tale disciplina, cfr. diffusamente *infra*.

termini generali (secondo una tendenza che coinvolge tanto i modelli aperti quanto quelli chiusi) come elementi di natura extra-giuridica siano destinati ad incidere in modo determinante sulla configurazione della risposta giuridica di ciascun ordinamento nazionale. Questa appare una costante tipica del fenomeno biogiuridico nel suo complesso, all'interno del quale una tendenza che viene costantemente richiamata dalla dottrina costituzionalistica – raffigurata dall'immagine della «pressione» dei casi sul diritto (Marcenò, Zagrebelsky, 2012, 67 ss.), la quale richiede la necessaria interposizione del formante giurisprudenziale⁴ – raggiunge le maggiori vette di espressione e di complessità.

Il costante dinamismo dei fenomeni sociali non sembra arrestabile – o quantomeno completamente orientabile – attraverso la sola fonte legislativa, anche quando quest'ultima introduca un divieto assoluto della pratica oggetto del presente contributo; la rigidità interna del modello legislativo è destinata a subire gli effetti riconformativi prodotti dalla inevitabile porosità esterna degli ordinamenti nazionali, la quale viene paradigmaticamente raffigurata dal cd. «turismo» o «mobilità» riproduttiva⁵. Confermando che la tendenza descritta in apertura assume inevitabilmente una dimensione generale e ampia, è possibile richiamare il fatto che gli effetti distorsivi – termine qui utilizzato in senso «neutro» al fine di descrivere l'impatto prodotto sul modello normativo interno – della circolazione delle persone al fine di accedere ai servizi di gestazione per altri non si manifestano esclusivamente nei confronti di modelli «chiusi» rispetto a tale pratica: anche quando l'ordinamento assuma un approccio parzialmente aperto, ad esempio disciplinando forme altruistiche di gestazione per altri, ciò non impedisce una mobilità verso l'esterno, finalizzata a «superare» i limiti previsti a livello nazionale⁶.

La prospettiva assunta è quindi quella della dinamica dei modelli, intesa quale fisiologica espressione della necessaria relazione tra istanze (sociali), regole (legislative) e casi (giurisdizionali), all'interno di una teoria del diritto e del rapporto tra fonti e poteri che

⁴ Recentemente, sulla funzione della giurisdizione in tale ambito si vedano le condivisibili osservazioni di D'Amico, 2017, in particolare 32-36.

⁵ Per una originale interpretazione di tale fenomeno come strumento di bilanciamento tra riconoscimento del pluralismo morale che caratterizza le società europee e il rispetto della autonomia riproduttiva individuale (Pennings, 2002, 337-341). Su tali aspetti, come noto, si sono pronunciate con approcci opposti tanto la Corte costituzionale italiana (sent. n. 162/2014) quanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso S. H. e Altri c. Austria).

⁶ Paradigmatico in tal senso si rivela il caso britannico, su cui Fenton-Glynn, 2016, 59 ss.

accoglie l'idea di una integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale, quali strumenti normativi complementari dotati di caratteristiche differenziate ma che si pongono in termini di coesistenza e sussidiarietà. La dinamicità dei modelli di disciplina, in tale ottica, non sembra riconducibile esclusivamente all'interazione tra schema legislativo e fattori extra-giuridici, come ad esempio la mobilità transfrontaliera o l'evoluzione tecnico-scientifica; al contrario, anche fattori interni al fenomeno giuridico possono contribuire in modo determinante a tale riconfigurazione, come ad esempio la dimensione costituzionale, potendo quest'ultima essere veicolata – attraverso ad esempio lo strumento dell'interpretazione conforme – attraverso il formante giurisprudenziale, tanto ordinario quanto costituzionale.

Da ciò deriva quindi un'ulteriore esigenza di metodo. All'interno dello scritto si adotterà – pur con le opportune specificazioni che verranno proposte nelle conclusioni – un punto di vista multidimensionale, rispetto agli ambiti e ai beni giuridici coinvolti da tale pratica. Tale approccio risulta finalizzato a riconoscere e affermare, alla luce dell'evoluzione che sta avvenendo a livello giurisprudenziale, l'esigenza di affrontare in modo organico e sistematico due questioni che sembrano al contrario venire affrontate nella maggioranza degli Stati in modo episodico, disorganico e lacunoso, soprattutto quando questi ultimi adottino un approccio di chiusura rispetto alla pratica della sostituzione di maternità: la disciplina di tale pratica, da un lato; e gli effetti, anche in caso di contratti di surrogazione internazionale, in termini di attribuzione di maternità e paternità (genitorialità). Si tratta – come risulterà evidente all'esito dell'analisi della giurisprudenza costituzionale comparata in materia – di una opzione metodologica e non normativa: richiamando l'opportunità di un atteggiamento «olistico» a tale fenomeno, non si vuole, infatti, affermare l'esigenza di prevedere discipline permissive rispetto alla pratica che qui si analizza, nella consapevolezza che – come reiteratamente affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – tali scelte rientrano in un ambito caratterizzato da un elevato contenuto di politicità e che risultano quindi aperte ad una pluralità di possibili soluzioni. Ciò che si rileva è la necessità che il decisore politico riconosca la complessità di tali scelte e la natura funzionalmente connessa delle diverse fasi di tale processo, sulla base di un atteggiamento fondato su un realismo non tanto «miope» (Olivito, 2018, 22) quanto improntato a garantire – per quanto possibile – l'effettività delle norme e la certezza delle situazioni giuridiche coinvolte (Mulligan, 2018, 25 ss.).

Richiamando quanto affermato all'interno della dottrina britannica, non si tratterebbe pertanto di una sorta di determinismo normativo, fondato sul riconoscimento della legittimità dell'esistenza di un mercato in tale contesto, quanto di un atteggiamento pragmatico, che prenda atto – senza perciò necessariamente aderirvi in modo ancillare – della inevitabilità del fenomeno globale e transfrontaliero (Van Beers, 2015, 107).

L'idea di fondo è che, assumendo come fisiologica la natura integrata delle fonti del diritto, ciò che non trova adeguata copertura (anche eventualmente limitativa o assolutamente proibizionista) a livello legislativo, sarà inevitabilmente destinato a trovare altri «sfoghi» normativi, *in primis* attraverso la fonte giurisprudenziale.

Appare pertanto necessario individuare, all'interno dei modelli che tradizionalmente vengono individuati quali approcci paradigmatici nell'ambito della sostituzione di maternità, gli elementi normativi, tanto di natura sostanziale quanto procedurale, che possano rappresentare fattori di dinamismo dei modelli (in funzione di una maggiore adattabilità ed elasticità dei medesimi) e garantire quindi un ragionevole bilanciamento tra le plurime e confliggenti istanze individuali e pubbliche, dotate di rilievo costituzionale, che coesistono all'interno di tale ambito (Ruggeri, 2017, 60-67; Agosta, 2018, 91 ss.). In tale prospettiva, possono risultare funzionali elementi normativi quali la presenza di definizioni di maternità per sostituzione o di tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali contribuiscono a determinare l'ambito concreto di applicazione della normativa⁷, anche nel senso di chiarire la riconducibilità in termini giuridici della prima alle seconde⁸; elementi di carattere procedurale ma che possono contribuire ad assicurare l'effettività della disciplina, quali la presenza di meccanismi di autorizzazione *ex ante* della pratica, tanto di natura giudiziale⁹ quanto amministrativa¹⁰, o di riconoscimento *ex post* degli effetti in termini di genitorialità, come nel caso britannico (Fenton-Glynn, 2016, 69 ss.).

La prospettiva assunta, in termini classificatori, vuole proporre – partendo da una pur necessaria modellistica «statica» basata sul contenuto delle discipline (secondo una logica duale «divieto-regolamentazione» di tale pratica e dei suoi effetti) – un approccio

⁷ Come avviene in Grecia, Portogallo, Canada, Russia e Regno Unito.

⁸ Si vedano in tal senso i casi di Argentina e Sud Africa, sui quali diffusamente *infra*.

⁹ Prevista dalla legge come in Grecia (sul sistema greco, v. Chortara, Penasa e Busatta, 2016, 193-194) e Sud Africa o introdotta a livello giurisprudenziale, come nel caso argentino.

¹⁰ Come nei casi di Israele e Portogallo.

«dinamico» fondato sulla natura dei modelli, distinguibili tra ordinamenti proattivi¹¹ e ordinamenti reattivi rispetto alla comune esigenza di disciplinare tanto la pratica quanto i relativi effetti in termini di filiazione.

A tal fine, si farà riferimento alla giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme rispetto ai diversi modelli legislativi adottati, al fine di verificare l'emersione di tendenze comuni in termini di: livello di discrezionalità del legislatore nella selezione del modello e nella configurazione del medesimo; intensità dello scrutinio adottato dalle corti, e se ciò dipenda dalla natura più o meno permissiva o restrittiva del modello legislativo; maggiore o minore compatibilità di un determinato modello di regolazione rispetto al contesto costituzionale di riferimento; tendenza alla dinamicità del modello attraverso l'interazione tra quadro legislativo e applicazione giurisdizionale.

2. La naturale adattabilità dei modelli normativi attraverso la fonte giurisprudenziale: gli esempi argentino e portoghese

Al fine di evidenziare l'inevitabilità di una concezione dinamica, integrata e multidimensionale dei modelli in materia, quali caratteristiche necessarie al fine di fornire una risposta normativa adeguata, efficace e ragionevole alla crescente domanda sociale e all'evoluzione scientifica, verranno brevemente analizzati alcuni casi particolarmente paradigmatici: questi ultimi, pur potendo essere classificati diversamente secondo la prospettiva statica della modellistica tradizionale, esprimono una propensione comune all'adattamento dinamico e al mutamento sul piano della loro effettiva attuazione e interazione con il complessivo sistema normativo (principi costituzionali, obblighi internazionali, normative civilistiche di riferimento, formante giurisprudenziale). Particolarmente interessanti, anche perché suscettibili a contesti sociali e tradizioni giuridiche molto diverse, si rivelano l'ordinamento argentino, qualificabile staticamente come astensionista, e quello portoghese, suscettibile al modello tendenzialmente permissivo in quanto al suo interno si ammette la surrogazione altruistica e gratuita.

¹¹ Secondo il Nuovo Dizionario Devoto-Oli, 2017, Mondadori, proattivo si intende «diretto a prevenire situazioni, tendenza o problemi futuri in modo da pianificare anticipatamente le azioni opportune».

L'ordinamento argentino non prevede una disciplina *ad hoc* in materia: da un lato, la legge in materia di procreazione medicalmente assistita non affronta la questione della gestazione per altri¹²; dall'altro lato, il Codice civile e commerciale – nella versione riformata ed entrata in vigore nel 2015¹³ – non è intervenuto sul punto, anche se nel corso del procedimento legislativo non erano mancate proposte finalizzate ad inserire all'interno del codice una disciplina in materia (art. 562, poi soppresso¹⁴). In Argentina, pertanto, tale pratica non gode di una copertura legislativa *ad hoc*, ponendosi pertanto la questione della sua ammissibilità – ed eventualmente a quali condizioni – stante il vuoto legislativo. In dottrina si è sottolineato come il silenzio del Codice non equivalga ad un divieto rispetto all'accesso a tale pratica, proponendosi una interpretazione della disciplina in materia di PMA secondo la quale quest'ultima ne consentirebbe un «riconoscimento implicito»¹⁵, basato sulla definizione ampia di tecniche di riproduzione medicalmente assistita contenuta nella legge in materia¹⁶. Come si approfondirà nel paragrafo successivo, tale approccio è stato sostanzialmente recepito a livello giurisprudenziale. Pur in assenza di una disciplina specifica in materia, la pressione dei casi sul formante giurisprudenziale e l'atteggiamento proattivo dei tribunali¹⁷ ha condotto al riconoscimento, alla luce di condizioni e requisiti specificati a livello giurisprudenziale, della legittimità della surrogazione di maternità altruistica e gratuita e alla conseguente introduzione di un meccanismo di autorizzazione giudiziale previa all'accesso a tale tecnica (qualificata come tipo di tecnica di procreazione assistita) e di attribuzione *ex ante* della genitorialità basata non sul criterio biologico e della nascita quanto piuttosto –

¹² Legge 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, pubblicata il 26 giugno 2013.

¹³ Con la legge 26.944, approvata nel 2014 (pubblicata nel Boletín Oficial con il numero 32.985 l'8 ottobre 2014).

¹⁴ Per un commento, *ex plurimis*, A. N. Krasnow, La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad, in *Revista de Derecho Privado*, 32, 2017, 195 ss.; J. M. Brodsky, El «nuevo» Código Civil y Comercial de la Nación y la gestación por sustitución: otra oportunidad perdida para una regulación necesaria, in *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 68, 2015, 213-232.

¹⁵ A. N. Krasnow, La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad, cit., 197.

¹⁶ Secondo l'art. 2, «A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación».

¹⁷ Qualificabile come *judicial activism* in senso fisiologico, in quanto esercitato mediante un uso vigoroso di strumenti ermeneutici quali l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata.

sfruttando le specificità del modello civilistico argentino – sul criterio della manifestazione della volontà genitoriale da parte della coppia «committente» (senza necessità di un successiva autorizzazione giudiziale sul tipo del *parental order* inglese): un modello, pertanto, non formalizzato a livello legislativo ma di derivazione giurisprudenziale, pur se fondato sui principi costituzionali e internazionali, per un verso, e sulla natura plurale e pluralista dei paradigmi della genitorialità introdotti a partire dal 2015 nel codice civile e commerciale.

L'esempio portoghese risulta rilevante in una duplice prospettiva. Come noto, nel 2016 la legge in materia di procreazione medicalmente assistita (art. 8¹⁸) è stata riformata nel senso di prevedere la liceità della surrogazione di maternità, esclusivamente a titolo eccezionale e altruistico, in forma gratuita e volontaria, previa autorizzazione da parte di un organismo indipendente (Commissione nazionale di PMA). In precedenza, la legge n. 32/2006 aveva introdotto un divieto assoluto in tale ambito.

A seguito di un ricorso di costituzionalità presentato dalla minoranza parlamentare, il Tribunale costituzionale portoghese¹⁹, pur riconoscendo la teorica compatibilità di tale pratica con il quadro dei principi costituzionali, ha dichiarato l'illegittimità del modello di disciplina adottato, in quanto questo – per come configurato – non garantiva un livello adeguato di tutela effettiva ai diritti della donna gestante e dei nati.

Il Tribunale portoghese ritiene che la gestazione per sostituzione (termine utilizzato dalla legge portoghese e dal Tribunale) assuma un «rilievo costituzionale positivo», in quanto rappresenta una «modalità di realizzazione di interessi giuridici fondamentali dei beneficiari, i quali, per motivi di salute, risulterebbero pregiudicati»²⁰. Richiamando le argomentazioni proposte in una decisione precedente (sentenza n. 101/2009) relativamente alla possibilità di considerare in termini generali la fecondazione eterologa come strumento non illegittimo di realizzazione del diritto a formare una famiglia (art. 36, primo comma, della Costituzione portoghese), il Tribunale ha affermato esplicitamente la «ammissibilità, di principio, della gestazione per sostituzione, in quanto

¹⁸ Riformato dalla Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

¹⁹ Tribunale Costituzionale portoghese, sentenza n. 225/2018, 8 maggio 2018, con commento Violante, 2018.

²⁰ Secondo il Tribunale, tale pratica può essere considerata come modalità sussidiaria di (tentare) di garantire una riproduzione ai beneficiari (§27); e condizionandone l'esercizio all'esistenza di un legame biologico con almeno uno dei componenti della coppia, come previsto a livello legislativo.

funzionale a rendere possibile la concretizzazione di un progetto parentale e, di conseguenza, a favorire l'accesso a un bene di rilievo costituzionale (la famiglia con figli)»²¹. Il Tribunale specifica comunque come la scelta di introdurre forme di riconoscimento di tale pratica debba essere attribuita in via esclusiva al legislatore: non vi sarebbe pertanto una incompatibilità costituzionale di principio, a condizione che il quadro normativo garantisca in concreto i diritti di tutti i soggetti coinvolti.

A tale livello, che possiamo definire di compatibilità astratta della pratica con il quadro costituzionale, l'approccio del Tribunale portoghese risulta analogo a quello adottato – seppur in un quadro normativo differenziato (assenza di legislazione in Irlanda, proibizione assoluta in Italia) – da altre corti dotate della funzione di controllo di costituzionalità: la tendenza generale sembra essere quella del riconoscimento al legislatore di un potere pressoché esclusivo (ma in ciò sembra differire l'approccio giurisprudenziale argentino, su cui diffusamente *infra*) del legislatore nello svolgere valutazioni di natura politico-discrezionale in un ambito eticamente, socialmente e scientificamente complesso. In tal senso, la Corte Suprema irlandese, adottando diversamente da altre occasioni²² un atteggiamento orientato al *self-restraint*, ha espressamente rinunciato a pronunciarsi sulla legittimità o meno di tale pratica, in assenza di una disciplina legislativa ad hoc, riconoscendo che la definizione dell'assetto di interessi in tale ambito spetti in via esclusiva (quantomeno in prima battuta) al legislatore²³. Analogamente, seppur a fronte di una esplicita scelta normativa operata dal legislatore in senso proibizionista, sembra essersi orientata la Corte costituzionale italiana²⁴, oltre che – secondo un atteggiamento ormai consolidato – la Corte EDU²⁵.

²¹ Trib. Cost. Portoghese, sentenza n. 225/2018, cit., § 27.

²² Ci si riferisce al caso Roche v Roche (2009), nel quale la Corte Suprema irlandese ha provveduto a fornire una definizione di «unbornchild», al fine di determinare l'ambito concreto di applicazione dell'art. 40, terzo comma, della Costituzione irlandese.

²³ M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) &ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir&ors, [2014] IESC 60, 7 novembre 2014: «Any law on surrogacy affects the status and rights of persons, especially those of the children; it creates complex relationships, and has a deep social content. It is, thus, quintessentially a matter for the Oireachtas» (Denham C.J., §113). Analizza in modo approfondito la sentenza citata Margaria, 2018, 238 ss.

²⁴ Corte costituzionale italiana, sentenza n. 272/2017 («Il sindacato di legittimità rimesso a questa Corte è limitato, pertanto, alla verifica del fondamento costituzionale del denunciato meccanismo decisorio, senza alcuna interferenza sul contenuto di scelte discrezionali rimesse al legislatore»).

²⁵ Menesson c. Francia, 26 giugno 2014, § 78-79; Paradiso e Campanelli c. Italia, Grande Camera, 24 gennaio 2017, §184.

Tuttavia, nel caso portoghese dal riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento – che spesso si accompagna, come nel citato caso irlandese²⁶, all'affermazione dell'assenza a livello costituzionale di ostacoli o limiti assoluti alla regolamentazione della pratica della gestazione per altri – non è derivato un atteggiamento di deferenza rispetto alle scelte discrezionali operate dal legislatore, probabilmente in ragione del fatto che queste ultime si sono orientate in senso parzialmente permissivo. Infatti, il Tribunale costituzionale portoghese ha svolto uno scrutinio molto attento e rigoroso delle caratteristiche del modello legislativo, giungendo ad affermare l'inadeguatezza della sua concreta configurazione in riferimento al contenuto specifico delle scelte operate in vista della garanzia effettiva della autonomia morale e personale della donna gestante²⁷ (in particolare, rispetto alla individuazione del momento entro cui esprimere la revoca del consenso²⁸ e delle cause di nullità del contratto) e della determinatezza e certezza del diritto in tale ambito (in particolare rispetto al rispetto della riserva di legge nella disciplina dei contenuti dell'accordo e delle funzioni del Comitato Nazionale).

Ciò che il Tribunale costituzionale portoghese sembra richiedere al legislatore non è tanto un mutamento di paradigma in senso restrittivo-proibizionista, quanto piuttosto una più effettiva ed adeguata configurazione degli strumenti e meccanismi di tutela dei soggetti coinvolti, in particolare alla luce di una maggiore certezza e determinatezza del quadro legislativo ed effettività dei diritti della donna gestante (diritto allo sviluppo della personalità mediante tale pratica) e del nato (diritto all'identità personale).

²⁶ M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) &ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir&ors, cit., (Denham C.J., §114): «Nor is there anything in the Constitution which would inhibit the development of appropriate laws on surrogacy».

²⁷ Tribunale Costituzionale, portoghese, sentenza n. 225/2018, cit., §38.

²⁸ In termini generali, Pezzini, 2017, 47, si esprime in termini di «fattispecie a formazione progressiva» e ritiene che non si possa parlare di recesso da parte della donna gestante, quanto piuttosto «riconoscimento della necessità di attraversare l'intera esperienza relazionale della gravidanza fino al momento della separazione della vita del figlio/a, che acquista autonomia dal corpo della madre (realizzando le condizioni di superamento dell'unità duale e di esistenza di due soggetti distinti)»; Agosta, 2018, 24, afferma l'esigenza costituzionale di riconoscere un «diritto di ripensamento della gestante», qualificando tale requisito come «il primo dei punti fissi di una possibile flessibilizzazione della normativa in materia».

3. La disciplina della maternità surrogata e dei suoi effetti, tra discrezionalità legislativa e proattività giurisprudenziale: una traiettoria comparata

L'analisi di questi casi paradigmatici conduce alla seconda parte dello scritto, nella quale si sistematizzeranno le tendenze ricavabili dal quadro comparato dinamicamente inteso. Una premessa comune è rappresentata dalla ampia (pressoché assoluta, quanto meno nell'*an*) discrezionalità che gli ordinamenti nazionali riconoscono al legislatore nel selezionare il tipo di approccio da adottare in concreto: da un approccio astensionista (declinabile in forme di liberalizzazione assoluta o in forme differenziate), ad uno permissivo temperato (nel quale si ammettono forme di gestazione per altri di natura altruistica, gratuita e condizionate a specifiche autorizzazioni o requisiti specifici ulteriori), fino a uno impositivo e proibizionista (caratterizzato da un divieto assoluto). Questo dato emerge anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, la quale è attenta nel delimitare l'ambito delle proprie valutazioni alle questioni relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare dei soggetti coinvolti (ulteriormente distinguendo – come noto – tra la dimensione della coppia committente e quella dei nati²⁹), evitando di affrontare anche pur tangenzialmente la questione relativa alla compatibilità con la CEDU delle discipline nazionali in materia di surrogazione di maternità³⁰. In tale ambito, coerentemente con la propria giurisprudenza avente ad oggetto normative in materia di PMA e diritti riproduttivi, la Corte EDU riconosce in linea di principio un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri, «sfruttando» l'assenza di un consensus tra i medesimi e vedendo rafforzato il suo atteggiamento prudente dalla natura eticamente sensibile e scientificamente connotata della tematica³¹. Occorre comunque richiamare il fatto che, pur non entrando nel merito della compatibilità concreta della pratica rispetto ai parametri convenzionali, la Corte EDU ha sussunto la «genuine intention to become parents (...) by turning to ova donation and the use of surrogate mother» nel concetto di «vita privata» richiamato dall'art. 8 CEDU, inteso in tale ambito nel senso di «right to

²⁹ Come nei citati casi *Mennesson e Labassee*.

³⁰ Appare in tal senso particolarmente significativo che la Corte EDU, in occasione della sentenza della II Sezione sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015), abbia emanato un comunicato stampa nel quale si specifica come – anche in riferimento a quanto sancito nei precedenti casi *Mennesson e Labassee* – «None of these judgments rules on the question of prohibiting or authorising surrogacy arrangements» (Corte EDU, *Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment* (27 January 2015), comunicato stampa, p. 3).

³¹ Su tali aspetti, si veda il contributo di Ludovica Poli.

respect for the applicants' decision to become parents» and their «personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child»³².

Un atteggiamento analogo è rinvenibile anche a livello nazionale, come ad esempio accaduto con la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale italiana, nella quale la Corte ha preliminarmente – e correttamente, alla luce del *petitum* – delimitato l'ambito dello scrutinio, escludendo ogni valutazione relativa alla legittimità del divieto previsto dalla legge n. 40 del 2004³³. In maniera più esplicita si è espressa la Corte Suprema irlandese, la quale, nel caso relativo alla iscrizione all'atto di nascita della madre genetica citato in precedenza, ha accolto il ricorso del Governo che chiedeva l'annullamento dell'iscrizione autorizzata dalla High Court, non sulla base di una valutazione di merito ma richiamando l'assenza di una legislazione in materia³⁴. Infatti, secondo i giudici, tale ambito costituisce *quintessentially* una questione di competenza del Parlamento: da un lato, non è rinvenibile alcun elemento all'interno della Costituzione che impedisca l'approvazione di una legislazione adeguata in materia di surrogazione di maternità³⁵; dall'altro lato, tale lacuna, in particolare per quanto riguarda la protezione dei nati in seguito a tale tecnica, deve essere colmata a livello legislativo e non attraverso l'intervento di un organo giurisdizionale, in quanto solleva questioni importanti, complesse e sociali, di natura sostanzialmente politica, di competenza parlamentare («matters of public policy», §118)³⁶.

Tenendo presente l'esito giurisprudenziale del caso portoghese in termini di legittimità costituzionale³⁷, l'opzione legislativa di prevedere un divieto assoluto della pratica rende le scelte politiche esenti da uno scrutinio da parte delle corti, sulla base dell'esistenza di un ampio margine di discrezionalità alla luce della natura delle questioni sollevate e della pluralità di soluzioni alternative e intermedie che eventualmente potrebbero essere

³² Paradiso and Campanelli c. Italia, GC, no. 25358/12, 2017, § 163.

³³ Il riferimento è – come evidente – alla citata sentenza n. 272/2017, nella quale la Corte costituzionale ha specificato come non fosse in discussione la legittimità del divieto previsto nell'ordinamento italiano rispetto a tale pratica prevista dall'art. 12 della legge n. 40/2004, né tantomeno la natura assoluta di quest'ultimo.

³⁴ Ci si riferisce alla citata sentenza M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) &ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir&ors.

³⁵ Ivi, § 114.

³⁶ Sul punto, Margaria, 2018, 240.

³⁷ Ma anche quello sudafricano, in particolare in relazione alla legittimità costituzionale del requisito dell'esistenza di un nesso genetico con la coppia o la donna committente, Corte costituzionale sudafricana, AB and Surrogacy Advisory Group v. the Minister of Social Development (Center for Child Law as Amicus Curiae), decisione n. CCT 115/15, 29 novembre 2016, su cui *infra*.

previste in conseguenza di una dichiarazione di incostituzionalità³⁸; se, al contrario, il legislatore opta per l'introduzione di forme anche moderate e comunque regolate di sostituzione di maternità, lo scrutinio operato dalle corti non sembra essere deferente alle scelte concretamente operate al fine di bilanciare la protezione dei diversi interessi rilevanti, potendosi al contrario estendere fino alla valutazione delle concrete e puntuali soluzioni previste a livello legislativo. Su tali aspetti ci si concentrerà nel prossimo paragrafo.

In ogni caso, nella prospettiva del riconoscimento e della garanzia di uno spazio di discrezionalità riservato al legislatore, alla luce dell'analisi comparata l'atteggiamento delle corti (in questo caso, anche ordinarie, pur se dotate di un potere di controllo di costituzionalità) tende a mutare in modo evidente nel momento in cui ad entrare in gioco non sia tanto la liceità della pratica in quanto tale, quanto piuttosto la valutazione e la qualificazione giuridica degli effetti da essa derivanti, in particolare rispetto alla determinazione dei legami familiari che ne scaturiscano. A tale livello, nel determinare il contenuto effettivo della dimensione verticale della relazione familiare, la presenza di un divieto assoluto o di un vuoto legislativo relativamente alla pratica della sostituzione di maternità non orientano le corti al medesimo atteggiamento deferente o comunque «debole» riscontrato in precedenza. Al contrario, la pressione dell'esigenza di tutela in concreto conduce le corti ad adottare atteggiamenti proattivi, dai quali possono derivare assetti normativi che si discostano in modo evidente dai criteri tradizionali di attribuzione del legame familiare. Occorre peraltro rilevare, in tale prospettiva, che la giurisprudenza risulta spesso orientata dal riferimento al principio del *best interest of the child* (Lamarque, 2016; Tonolo, 2017; Rosani, 2017; Ferrando, 2017; Rivera, 2017), seppur variamente declinato e declinabile in quanto concetto a contenuto normativo sostanzialmente indeterminato (Paruzzo, 2017). La realizzazione in concreto – «sostanzialmente ed ex post» (Agosta, 2018, 107) – del miglior interesse dei nati da gestazione per altri rappresenta a livello giurisprudenziale il criterio fondamentale al quale le corti si riferiscono in modo costante, evidenziandosi una tendenza crescente a riconoscerlo nella garanzia della continuità della vita familiare di fatto del minore,

³⁸ In un diverso ambito ma analogamente caratterizzato dall'elevato livello di complessità etica e sociale, l'utilizzo di embrioni a scopo di ricerca scientifica, la Corte costituzionale italiana ha adottato un approccio analogo (sentenza n. 84/2016), alla luce di un percorso argomentativo che non è risultato privo di critiche in dottrina (*ex plurimis*, Casonato, 2016, 157-169; cfr. in generale sulla sentenza il *Focus* ospitato dalla medesima Rivista, 2, 2016, 157-269).

specialmente quando a valutazioni di carattere soggettivo-sostanziale (diritto alla identità personale dei nati e volontà di assumersi la responsabilità di cura della prole) si accompagnino dati di carattere oggettivo, quali la presenza di un legame genetico con la coppia (o la persona) committente o la durata della relazione familiare³⁹.

4. Un tentativo di razionalizzazione: verso il consolidamento del criterio della volontà procreativa a livello comparato? Impulsi (Argentina) e resistenze (Irlanda, Sud Africa) per una ricomposizione costituzionalmente sostenibile (Italia, Portogallo) degli interessi in gioco

Potendo esclusivamente richiamare le ben note – e in continua evoluzione⁴⁰ – vicende giurisprudenziali italiane, anche a tal riguardo la prospettiva comparata risulta di particolare interesse.

In termini generali, la giurisprudenza comparata analizzata sembra mostrare una comune tendenza alla valorizzazione del ruolo del giudice del caso concreto nella determinazione del «verso» delle relazioni familiari derivanti da tale pratica. All'interno di tale tendenza comune, sono comunque riscontrabili approcci differenziati, in particolare in quegli ordinamenti che prevedono un divieto della pratica e non abbiano introdotto – a livello legislativo – una disciplina specifica dei rapporti familiari da essa derivanti.

In particolare, la Corte costituzionale italiana (sentenza n. 272/2017), nel rigettare la questione di legittimità, ha escluso la natura assoluta, sottratta quindi a qualsiasi bilanciamento, della conformità dello status alla realtà biologico-genetica della

³⁹ Sul punto, cfr. le «coordinate» espresse dalla Corte EDU, Grande Camera, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. Su tale aspetto, Penasa, 2017, in cui si propone una lettura della sentenza scevra dagli inevitabili condizionamenti del caso oggetto della decisione, alla luce della quale si sono individuati una serie di «snodi argomentativi» che sembrano destinati a orientare la futura giurisprudenza nazionale: a) la liceità della condotta, rispetto alla quale sembra prevalere la violazione della legge italiana sul rispetto della legge del paese terzo; b) la presenza di un rapporto che possa essere qualificato in termini di «relazione familiare» (o genitorialità sociale); c) il rapporto tra relazione biologica e relazione sociale, che viene subordinata alla presenza di variabili quali il principio dell'ordine pubblico, il *best interest of the child* e la presenza di un legame biologico con almeno uno dei componenti della coppia; d) il *best interest of the child*, rispetto al quale sembra emergere un approccio statico e uno dinamico, tenuto conto delle altre «variabili» qui elencate; e) l'individuazione delle forme lecite di costituzione di una relazione familiare, che sembra essere riservata in modo pressoché esclusivo all'esercizio discrezionale del potere legislativo nazionale (nel caso italiano, limitate quindi all'istituto dell'adozione e alla presenza di un legame biologico (Ivi, 4).

⁴⁰ Relative, come noto, alla definizione del rapporto di filiazione tra figli e genitori intenzionali.

procreazione, chiarendo come – in tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale – debba prevalere l’esigenza di bilanciare tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore. La Corte, coerentemente, declina in termini di «tendenziale corrispondenza» la relazione che deve sussistere tra verità naturale e certezza formale, la quale coesiste con altri elementi che «concorrono a definire la complessiva identità del minore», quali ad esempio il rilievo che la «genitorialità sociale» ha assunto nell’evoluzione normativa e ordinamentale e l’esigenza di considerare il «concreto interesse del minore». Tali componenti devono connotare una «valutazione comparativa» che deve essere effettuata anche quando il legislatore abbia imposto «l’imprescindibile presa d’atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata»⁴¹: tale bilanciamento risulta essenziale a garantire in concreto l’interesse del minore e viene dalla Corte sostanzialmente rimesso (riservato?) al giudice.

Diverso approccio – come anticipato – è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte Suprema irlandese, la quale, fondandosi sulla assenza di una disciplina specifica in materia e riconoscendo uno spazio discrezionale riservato esclusivamente al legislatore, rinuncia a proporre una interpretazione conforme a costituzione in materia. Di conseguenza, la Corte – in assenza di una base legislativa esplicita – si limita ad applicare il criterio tradizionale di attribuzione dello status (*mater semper certa*), riconoscendo il vincolo familiare con la madre gestante, pur in presenza di un quadro consensuale tra quest’ultima e la coppia surrogata basato sulla manifestazione di volontà genitoriale degli appartenenti alla coppia medesima.

In una linea analoga sembra porsi la Corte costituzionale del Sud Africa, ordinamento nel quale la sostituzione di maternità è ammessa solo nella sua versione solidaristica e gratuita⁴². Ribaltando le valutazioni svolte dalla High Court⁴³, la Corte costituzionale

⁴¹ Per un’analisi parzialmente critica, soprattutto rispetto al rilievo che all’interno del bilanciamento assume la scelta legislativa di sanzionare la pratica della maternità per sostituzione, si veda Ferrando, 2018, 449-458. Cfr. anche le riflessioni di Angelini, 2018, in particolare 164 ss.

⁴² Per un inquadramento, Slabbert, Roodt, 2013, 325-346.

⁴³ Secondo la High Court (*AB and Surrogacy Advisory Group v. Minister of Social Development* [2015] ZAGPPHC 580), infatti, il criterio del vincolo genetico doveva essere considerato incostituzionale, in quanto contrario al principio di eguaglianza, alla privacy, alla dignità, alla integrità fisica e psicologica, nonché del diritto alla salute dei genitori che sono incapaci di contribuire con i loro gameti ad un accordo di surrogazione di maternità. Per un commento, 2017 *Legal Grounds III: Reproductive and Sexual Rights in Sub-Saharan African Courts*, a cura di International Reproductive and Sexual Health Law Program, University of Toronto, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa e Center for Reproductive Rights, New York, Pretoria University Law Press (PULP), 2017, 106-110, consultabile in www.pulp.up.ac.za/legal-compilations/legal-grounds.

sudafricana ha affermato la piena compatibilità costituzionale del requisito della sussistenza di un vincolo genetico tra nato e donna surrogata al fine della attribuzione dello status⁴⁴. La Corte, interpretando in via sistematica la disposizione legislativa oggetto dello scrutinio, attribuisce al requisito dell'esistenza del legame genetico una funzione di garanzia del nato, quale espressione del generale principio (definito «paramount») del *best interest of the child*, sul quale si fonda l'intera disciplina dei contratti di surrogazione⁴⁵. Discostandosi dall'approccio maggioritario individuabile a livello comparato, la Corte sudafricana afferma l'esistenza – ricavandola dal livello legislativo – di una differenza tra tecniche di PMA e surrogazione di maternità anche in termini di finalità⁴⁶: la distinguibilità tra i due ambiti sarebbe ricavabile anche dall'esigenza, prevista dal legislatore, di assicurare che si crei un vincolo tra il nato e la coppia/persona committente⁴⁷. La previsione di tale requisito, non previsto per la donazione di gameti all'interno della PMA⁴⁸, risulta pertanto ragionevole («rational»), in quanto finalizzato a tutelare il *best interest* del nascituro ad avere un vincolo genetico con i genitori. In questo caso, pertanto, la concretizzazione del *best interest* viene rimesso dalla Corte interamente al bilanciamento operato a livello legislativo, riconoscendo – pur se indirettamente – una sorta di precedenza legislativa in tale ambito rispetto alla quale la Corte è chiamata ad operare uno scrutinio tipico del giudizio di ragionevolezza/razionalità e pertanto limitato al criterio della non arbitrarietà delle scelte discrezionali operate dal legislatore⁴⁹.

Anche il Tribunale costituzionale portoghese, nella sentenza citata (n. 225/2018), ha affrontato la questione relativa ai criteri di attribuzione del vincolo familiare, all'interno di un quadro legislativo che ammette la surrogazione con finalità altruistica e gratuita. Il Tribunale ha dichiarato l'incostituzionalità del limite legislativo che imponeva alla donna

⁴⁴ Tale requisito è previsto dalla Section 294 del Children's Act n. 38/2005.

⁴⁵ § 280. La Corte costituzionale sudafricana richiama il fatto che tale principio trova esplicito fondamento costituzionale nell'art. 28.2 della Costituzione sudafricana, secondo cui «A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child».

⁴⁶ Ivi, § 286, in particolare nota 266.

⁴⁷ Ivi, § 286.

⁴⁸ Secondo la Corte sudafricana, «IVF arrangement cannot be compared with the use of donor gamete within the surrogacy context» (§ 289).

⁴⁹ La Corte costituzionale sudafricana non aderisce a quanto affermato dalla High Court, la quale aveva ritenuto che «the need for credible data to demonstrate that the presence or absence of a genetic link in the context of surrogacy will have adverse effects on the child»; infatti, secondo la Corte costituzionale l'approccio della High Court si fonderebbe su un presupposto erroneo – in quanto «In any case, courts do not rely on the opinions or “credible data” by experts when determining the constitutionality of legislation» – con ciò alterando in modo inopportuno il rapporto di precedenza tra «the importance of empirical research» e «the purposive construction of the challenged provision» (§291).

gestante di poter ritirare il proprio consenso solo fino al momento dell'inizio delle procedure della PMA, estendendolo di conseguenza fino al momento della nascita e individuando nella effettiva consegna del nato alla coppia il momento giuridicamente rilevante per l'applicazione del criterio speciale di attribuzione della genitorialità previsto dalla legge⁵⁰. Il ritiro del consenso prima della fase individuata dal Tribunale, pertanto, implica l'applicabilità del criterio generale in materia di filiazione previsto dal codice civile⁵¹, dovendosi comunque individuare – secondo l'argomentazione del Tribunale costituzionale portoghese – nel «superiore interesse del nato» il criterio principale di risoluzione dell'eventuale conflitto sorto tra diversi progetti parentali (dei beneficiari e della gestante; nelle parole del Tribunale, tali progetti concorrono). Analogamente alla giurisprudenza citata in precedenza (in particolare, italiana), tale conflitto – e preliminarmente la determinazione in concreto del contenuto del principio del *best interest of the child* – deve essere valutato e risolto sulla base di un approccio *case by case*, con ciò risultando centrale la funzione svolta dal giudice competente. Quest'ultimo elemento, comune a tutti gli ordinamenti analizzati, viene ulteriormente rafforzato dal fatto che – secondo il Tribunale portoghese – a livello legislativo, tenuto conto del rilievo costituzionale di entrambi gli interessi (della coppia e della donna gestante, in termini di diritto allo sviluppo della propria persona e di costituire una famiglia), non può essere introdotto uno schema che preveda la prevalenza automatica e assoluta di un progetto parentale rispetto all'altro, risultando necessario riconoscere (al giudice) uno spazio per una valutazione ragionevole in ogni caso concreto, che deve essere orientata dal superiore interesse del nato.

Infine, il sistema argentino rappresenta probabilmente – nella prospettiva assunta nel presente scritto, fondata sulla natura multidimensionale dell'oggetto di regolazione e la configurazione plurale delle fonti di disciplina – il caso più rilevante.

Come anticipato, il sistema argentino non prevede una disciplina specifica in materia di sostituzione di maternità, né all'interno della legge sulla PMA né a livello di codice civile. Tuttavia, le corti hanno adottato un approccio tendente ad affermare – nel silenzio del legislatore e applicando l'art. 19 della Costituzione argentina secondo cui ciò che non è

⁵⁰ Tribunale costituzionale portoghese, sent. n. 225/2018, cit., § 46.

⁵¹ Il Tribunale individua nella revocabilità del consenso una garanzia essenziale della effettività del diritto alla espressione della personalità della gestante, il quale costituisce una base fondamentale del modello portoghese di gestazione per sostituzione (§ 43).

espressamente proibito è ammesso – che la gestazione per sostituzione debba essere considerata, sia dal punto di vista medico che legale, una delle pratiche di fecondazione assistita. Su tali basi, è stato ricavato – mediante un’interpretazione conforme a costituzione delle norme codicistiche in materia di filiazione (in particolare dell’art. 562 del citato Codice civile e commerciale) – un assetto normativo di derivazione giurisprudenziale fondato sulla valorizzazione della natura plurale dei criteri di attribuzione della maternità prevista dal codice civile, tra i quali si prevede quello della manifestazione di volontà procreativa come alternativa alla regola tradizionale secondo cui la maternità si acquista con il parto (art. 558 c.c.c.). Pertanto, da un lato, si afferma la liceità della pratica, attraverso la sussunzione della medesima all’interno delle tecniche di PMA in quanto implicitamente riconosciuta dalla legge in materia; e, dall’altro lato, si opta per il criterio della volontà procreativa ai fini della attribuzione dello status, come previsto dal riformato codice civile per i nati da PMA (art. 558), giungendo in tal modo ad autorizzare *ex ante* la trascrizione della nascita basata sulla volontà procreativa manifestata dalla coppia.

Attraverso l’intervento delle corti, l’ordinamento argentino si orienta ad applicare anche a tale ambito un modello di genitorialità basato sul consenso e sulla volontà procreativa, in quanto qualificato da una serie di condizioni di liceità che vengono individuate a livello giurisprudenziale. In particolare, come razionalizzato da ultimo dal Juzgado de Familia di Cordoba⁵², la previa autorizzazione giudiziale viene considerata come requisito necessario per la legalità di tali accordi, al fine di garantire un controllo adeguato delle modalità gestazionali selezionate e di colmare in tal modo il vuoto legislativo⁵³. Ciò rappresenta una impostazione condivisa a livello giurisprudenziale nell’ordinamento argentino, che in ciò si differenzia rispetto all’atteggiamento più prudente delle corti irlandesi e in parte anche italiane: in una sentenza di poco successiva è stata infatti confermata l’esigenza di un intervento giurisprudenziale previo, pur in assenza di un quadro legislativo in materia, proprio in quanto finalizzato a garantire i diritti delle persone coinvolte e la trasparenza delle procedure utilizzate⁵⁴.

⁵² R., L. S. y Otros s/ Solicita Homologación sentencia 22 de Noviembre de 2017 Juzgado de Familia 2da Nominación, Cordoba (SAIJ: FA17160037).

⁵³ Ivi, 34.

⁵⁴ Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario 5 de diciembre de 2017 H., M.E. y Otros S/Venias y Dispensas, 32. Per un commento su tale evoluzione giurisprudenziale, Rodríguez Iturburu, 2018; Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, 2013.

5. La fonte giurisprudenziale quale metronomo irrinunciabile della risposta normativa alla maternità surrogata: quali responsabilità per il legislatore?

Pur tenendo conto della pluralità di approcci adottati dalle corti nei casi analizzati, riconducibili anche alla specificità delle funzioni attribuite ai diversi organi giurisdizionali, un dato comune è rappresentato dalla sistematica partecipazione – che deve, nella prospettiva qui adottata, essere considerata fisiologica – delle corti alla determinazione in concreto delle relazioni familiari in tale contesto, manifestandosi la tendenza prevalente, anche in quegli ordinamenti staticamente qualificabili come proibizionisti (come nel caso dell'Italia), favorevole ad evitare l'applicazione di automatismi e quindi la prevalenza assoluta di un criterio (legame genetico, ordine pubblico, *best interest of the child*, relazioni familiari di fatto, inammissibilità della sostituzione di maternità) in tale ambito, secondo un approccio costituzionalmente orientato che riceve l'avallo della giurisprudenza costituzionale⁵⁵. All'interno di tale comune tendenza, gli ordinamenti a livello giurisprudenziale possono assumere un approccio meramente reattivo, affermando l'esclusiva competenza del legislatore, in quanto organo democraticamente legittimato, in tale ambito (Irlanda e, in modo più limitato, la giurisprudenza della Corte costituzionale sudafricana); al contrario, si possono avere approcci di tipo proattivo, quando le corti assumano la logica della delega di bilanciamento in concreto, la quale sembra porsi quale inevitabile strumento privilegiato⁵⁶ di composizione dinamica dei diversi interessi e beni costituzionali in gioco. Ciò può avvenire in modo espresso/formalizzato, come nei casi in cui sia la legislazione in materia a prevedere l'intervento – ex ante o ex post – di organi giurisdizionali (Grecia e Sud Africa, nel primo caso; Regno Unito, nel secondo), potendo tale delega di bilanciamento essere attribuita – quantomeno in prima battuta – anche ad organismi non giurisdizionali dotati di funzioni autorizzative e di controllo (Israele e Portogallo⁵⁷); o,

⁵⁵ Cfr. Italia, Portogallo e, seppur con caratteristiche diverse, Argentina.

⁵⁶ Alla luce del principio enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017, ci si potrebbe interrogare sulla natura costituzionalmente necessaria di tale meccanismo.

⁵⁷ Nel caso portoghese, il fatto che il legislatore abbia lasciato eccessiva autonomia di valutazione, non prevedendo un quadro di criteri legislativamente predefiniti applicabili nei singoli casi concreti

anche quando non previsto a livello legislativo, questa tecnica emerge in modo spontaneo/implicito all'interno dell'ordinamento (Argentina) o sembra essere considerata necessaria a livello costituzionale (Italia).

L'integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale tende a darsi tanto quando la pratica sia vietata espressamente (come nel caso italiano), quanto in caso di assenza di una esplicita disciplina legislativa (Argentina); inoltre, essa può avvenire mediante l'attuazione di criteri legislativi previsti in via generale, i quali richiedono ontologicamente la successiva interpretazione e adattamento al caso concreto da parte dei giudici (cfr. la sentenza della Corte costituzionale italiana), eventualmente attraverso una loro interpretazione costituzionalmente conforme (cfr. il caso argentino); nel caso in cui a livello legislativo si prevedano requisiti specifici per l'attribuzione di maternità in tale ambito, questi possono essere valutati conformi a Costituzione, come nel caso sudafricano; infine, riconoscendo nell'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* un limite invalicabile all'interno di una fisiologica relazione tra poteri, le corti possono evitare di adottare una interpretazione adeguatrice o per analogia, limitandosi ad un riferimento automatico ai criteri tradizionali di attribuzione della maternità, come nel caso irlandese.

Aderendo ad un approccio teorico che afferma la natura fisiologica (tanto dal punto di vista costituzionale quanto della tutela effettiva dei diritti delle persone coinvolte) dell'integrazione tra intervento legislativo e giurisprudenziale in materia e riconoscendo in termini generali un'ampia discrezionalità legislativa rispetto alla disciplina della surrogazione di maternità (all'interno dello spettro di soluzioni che si danno a livello comparato), un intervento legislativo avente ad oggetto l'attribuzione dello status filiale appare opportuno, in quanto finalizzato a garantire un adeguato bilanciamento tra esigenze di certezza giuridica (e dei diritti, *in primis* dei nati) e di flessibilità ed adattabilità del quadro normativo. Evidentemente, tale intervento non potrebbe che introdurre un meccanismo alternativo a quello tradizionalmente associato alla nascita, risultando al contrario superfluo. L'alternativa non sembra essere, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e amministrativi recenti, quella di una imposizione (eventualmente anche attraverso lo strumento penale) del criterio basato sulla nascita

dall'organismo competente (la Commissione Nazionale di Riproduzione Umana Assistita), ha rappresentato uno dei motivi di incostituzionalità individuati dal Tribunale costituzionale portoghese nella citata sentenza.

(codice civile), quanto piuttosto il consolidamento di un modello alternativo di origine giurisprudenziale in progressivo consolidamento a livello nazionale e comparato.

Un eventuale intervento legislativo, in ogni caso, dovrebbe orientarsi al recepimento sostanziale delle tendenze riscontrabili a livello giurisprudenziale, prevedendo un meccanismo normativo dotato tanto della capacità di regolare in modo certo, effettivo e ragionevole dinamiche sociali che appaiono ormai consolidate, quanto di sapersi adattare agli incessanti mutamenti che caratterizzano l'ambito sociale e medico-scientifico: un modello, pur fondato su un approccio proibizionista rispetto alla pratica, che sia in grado di metabolizzare la natura multidimensionale del fenomeno oggetto di regolazione e la natura integrata dei corrispondenti strumenti di disciplina, nella prospettiva di un sistema normativo fondato sulla compartecipazione tra Stato legislativo e Stato giurisdizionale (Ruggeri, Salazar, 2017), all'interno del quale il legislatore – fatta salva la discrezionalità rispetto alla disciplina della pratica – assuma la responsabilità di regolarne gli effetti, anche al fine di evitare il rischio che il diritto, comunque non riducibile alla sua mera manifestazione legislativa, riduca la propria funzione a «mero recettore del fatto nella norma» (Baldini, 2015, 3).

Bibliografia

Agosta Stefano, “In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri”, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2018, 91 ss.

Angelini Francesca, “Bilanciare assieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca”, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2018, 164 ss.

Baldini Gianni, “Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti”, in Baldini Gianni (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto: verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze University Press, Firenze, 2015.

Casonato Carlo, “Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016”, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, 157-169.

Chortara Theodora, Penasa Simone, Busatta Lucia, “The best interests of the child born via cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy”, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.1, 2016, 193-194.

D’Amico Giacomo, “Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo”, in Agosta Stefano, D’Amico Giacomo, D’Andrea Luigi (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 32-36.

Fellowes Melanie G., “Commercial surrogacy in India: The presumption of adaptive preference formation, the possibility of autonomy and the persistence of exploitation”, in *Medical Law International*, n.4, 2017, pp. 249-272.

Fenton-Glynn Claire, “Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements”, in *Medical Law Review*, n.24, 1, 2016, 59 ss.

Ferrando Gilda, “Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore”, in *Corriere giuridico*, n.4, 2018, pp. 449-458.

Ferrando Gilda, “Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze”, in *Genius – Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, n. 2, 2017, pp. 12-19.

Kemelmajer de Carlucci Aída, Lamm Eleonora, Herrera Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, in *La Ley*, 2013-D, p. 195.

Lamarque Elisabetta, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016.

Marcenò Valeria, Zagrebelsky Gustavo, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012.

Margaria Alice, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, il Mulino, Bologna, 2018.

Mulligan Andrea, “Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy Agreements”, in *Medical Law Review*, Advanced Articles, 5 febbraio 2018.

Olivito Elisa, “Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l’interpretazione para-costituzionale”, in *Rivista AIC*, n.2, 2018.

Paruzzo Francesca, “Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d’Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini”, in *Osservatorio costituzionale*, n.2, 2017, 5 ss.

Penasa Simone, “Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari ‘a geometria variabile’?”, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.1, 2017, pp. 1-5.

Pennings Guido, “Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion”, in *Journal of Medical Ethics*, n.28, 2002, pp. 337-341.

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2017, pp. 194 ss.

Rivera Ilaria, “La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore. Nota a Cass. sez. I civ. 30 settembre 2016, n. 19599”, in *Genius – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n.1, 2017, 8 ss.

Rodríguez Iturburu Mariana, “‘Gestación por sustitución: Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada’. Estado actual en la Argentina”, in *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, n.34, 21 febbraio 2018.

Rosani Domenico, “‘The best interest of the parents’. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori”, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.1, 2017, 24 ss.

Ruggeri Antonio, “La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore”, in *Genius – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n.2, 2107, pp. 60-67.

Ruggeri Antonio, Salazar Carmela, “«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone”, in *Consulta Online*, n.1, 2017, pp. 140-142.

Slabbert Melodie, Roodt Christa, “South Africa”, in Trimmings Katarina, Beaumont Paul (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart, 2013, pp. 325-346.

Tonolo Sara, “L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello ‘status’ da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore”, in *Rivista di diritto internazionale*, n.4, 2017, pp. 1070-1102.

Van Beers Britta C., “Is Europe ‘Giving in to Baby Markets’? reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of the Existing Legal Limits to Reproductive Markets”, in *Medical Law Review*, n.23, 1, 2015, 107.

Violante Teresa, “(Not) Striking Down Surrogate Motherhood in Portugal”, in *VerfBlog*, 28 aprile 2018.