

Procreazione e globalizzazione. Cittadini o solo consumatori globali?

di *Giacinto Bisogni*

Il carattere territoriale del diritto di famiglia si confronta sempre più problematicamente con la trasversalità del modo di vivere al di là dei confini geografici.

A farne le spese è spesso quel modello di democrazia e diritti fondamentali prospettato come il volto virtuoso della globalizzazione, il contenuto di una cittadinanza democratica tendenzialmente cosmopolita.

Il tema è particolarmente rilevante da quando il progresso scientifico e tecnologico ha reso praticabile uno scenario del tutto nuovo della riproduzione umana. Di fronte a una sfida così cruciale, l'orientamento da seguire per uscire da un labirinto pericoloso è proprio quello che ci viene dallo sguardo rivolto alle esigenze di vita delle persone e all'interesse del minore, un approccio anti-ideologico che ci libera da retaggi e pulsioni di regolazione statale della vita, da quel pericolo autoritario che il Costituente ha voluto per sempre scongiurare riconoscendo alla famiglia la caratteristica di una società naturale, il luogo primario dell'esperienza sociale dell'umanità.

Esiste già un quadro di principi a livello internazionale che può aiutare la giurisdizione a svolgere il suo ruolo. Esiste già una giurisprudenza apparentemente minimalista della Corte europea di Strasburgo che traccia il percorso di un sistema di diritti delle persone e della famiglia basato sul mutuo riconoscimento e sulla continuità degli *status* personali e familiari. La centralità che questo percorso riuscirà a guadagnare nell'opera dei Parlamenti e nelle decisioni delle Corti potrà rendere virtuoso il carattere plurale delle società europee e garantire effettività alla cittadinanza europea.

Premessa

Questo breve contributo tenta di affrontare un tema ormai prepotentemente all'attenzione delle Corti. Il sorprendente progresso scientifico e tecnologico nel campo della genetica ha reso praticabile uno scenario del tutto nuovo in materia di riproduzione umana. Paradigmi e confini per secoli immutabili sono venuti a sfaldarsi. Si sono aperte possibilità procreative inesplorate e gli ordinamenti giuridici nazionali hanno reagito in modo del tutto diverso a questa realtà praticando soluzioni fortemente divergenti che immutano o difendono drasticamente gli orizzonti familiari tradizionali.

Nell'ultimo quindicennio si è assistito a un sostanziale avvicinamento delle legislazioni e delle giurisprudenze "occidentali" e il mondo sembra veramente diviso in due parti se lo si interroga su temi come ad es. la procreazione medicalmente assistita, il ricorso alla donazione di gameti da parte di singoli e coppie, l'omogenitorialità.

Il nostro Paese ha seguito un percorso piuttosto atipico passando da una situazione di non regolamentazione legislativa, che ha consentito di sperimentare le nuove tecnologie, a una difesa strenua della procreazione "naturale" e alla sua connotazione come prerogativa consustanziale della coppia eterosessuale. Successivamente, per effetto delle pronunce di in-

costituzionalità susseguitesesi negli ultimi anni, si sta orientando verso una maggiore libertà di azione della scienza, della medicina e della tecnologia con corrispondente ampliamento delle possibilità di scelta per le persone. Ciononostante una forte atipicità rispetto al contesto occidentale permane ed essa appare accentuata dalla anacronistica chiusura del legislatore italiano verso una piena parificazione dei diritti fra coppie eterosessuali e omosessuali. Ma anche all'interno del contesto dei Paesi che queste aperture hanno già sperimentato in tempi più o meno recenti le differenze sono sensibili. Tuttavia queste barriere e disomogeneità appaiono in evidente contrasto con il dogma occidentale della globalizzazione e della universalità dei diritti umani. Un dogma che la maggior parte dei cittadini vive in maniera non ideologica ma esperienziale trovando naturale aderire a luoghi e culture che più rassomigliano al proprio modo di concepire la vita e anche al modo di concepire il sorgere della vita. Per altro verso viviamo in un mondo in cui ci si deve adattare, spesso subire, un'economia sempre più pervasiva che impone la mobilità e la ricerca del lavoro al di là dei confini nazionali.

Il carattere territoriale del diritto di famiglia si confronta sempre più con la trasversalità del modo di vivere al di là dei confini geografici. Le persone si spostano cambiano residenza e nazione, si uniscono con persone di altri Paesi, religioni e culture, sempre più frequentemente. I modelli di famiglia si moltiplicano, le diversità si stemperano o si ricavano una ragione di convivenza. Di fronte a questa evoluzione verso la fluidità dei modelli di vita si ergono le barriere dei diritti nazionali o statali come in una sorta di utopia regressiva che risponde in realtà a un'illusione identitaria, riferibile in realtà più alle istituzioni che ai cittadini, e che rischia di riattivare in termini dualistici il confronto fra democrazia e religione. A farne le spese sono proprio le persone che vedono conculcate le loro esigenze di vita corrispondenti a quel modello di democrazia e diritti fondamentali prospettato come il volto virtuoso della globalizzazione, il contenuto di una cittadinanza democratica tendenzialmente cosmopolita.

Alla necessità di spostarsi e vivere in un orizzonte transnazionale, in cui la sovranità degli Stati è un dato regressivo rispetto al mercato e alla *governance* sovranazionale, corrisponde l'impossibilità di far rispettare i propri modi e le proprie scelte di vita personale a cominciare da quelle che portano alla nascita di una nuova vita e alla assunzione della responsabilità genitoriale. Succede allora che l'interlocutore fra le persone e le istituzioni viene ad essere il giudice il quale si trova stretto fra le chiusure e le discrasie dei sistemi normativi e il suo compito di rendere una risposta alla domanda di giustizia fondata sulla vita quotidiana delle persone che intendono far valere il

diritto a decidere liberamente della propria vita privata e familiare.

Può la giurisdizione svolgere un ruolo positivo in questo complesso passaggio? Può la cultura dei diritti fondamentali costituire il luogo di incontro di etica e libertà di fronte a un tema così essenziale come la nascita della vita e il suo accompagnamento verso un inserimento felice nella società? Credo che, di fronte a una sfida così cruciale, l'orientamento da seguire per uscire da un labirinto pericoloso sia proprio quello ci viene dallo sguardo rivolto all'interesse del minore, un approccio anti-ideologico che ci libera da retaggi e pulsioni di regolazione statalistica della vita, da quel pericolo autoritario che il costituente ha voluto per sempre scongiurare riconoscendo alla famiglia la caratteristica di una società naturale, il luogo primario dell'esperienza sociale dell'umanità.

1. Un *idem sentire* della comunità internazionale

Ma esiste un minimo comun denominatore internazionale su questi temi? Un *idem sentire* cui la giurisprudenza italiana può riferirsi in questa difficile opera di mediazione fra diritto nazionale e diritti dei cittadini e degli stranieri che entrano in contatto con il nostro diritto?

La risposta è affermativa ma la ricerca di questo nucleo organico di principi e diritti non è semplice. A livello sovranazionale, europeo o mondiale, non esiste un corpo di norme omogeneo in questa materia soprattutto perché, come si è detto, è generalmente riconosciuta, ed è stata ribadita anche nella più recente fase costituente dell'Ue, la competenza degli Stati in materia di famiglia. Si pensi in particolare all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali secondo cui il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

Tuttavia un nucleo essenziale è ormai emerso ed è possibile tracciare un catalogo di principi e diritti fondamentali che incontrano un generale riconoscimento a livello internazionale.

Se importanza decisiva va attribuita al diritto di beneficiare del progresso scientifico e tecnologico - perché questo diritto segna il confine della discrezionalità del potere politico nel limitare la ricerca scientifica e l'accesso dei cittadini alle applicazioni tecnologiche che ne derivano, specificamente nel campo della medicina e della genetica - non può negarsi la funzione basilare che in questa materia riveste il principio di dignità. È solo in questa chiave di lettura che l'apertura alla ricerca e alla sua straordinaria capacità di scoperta e applicazione assume un carattere progressivo e di accettabilità perché rende possibile un

confronto virtuoso della scienza con l'etica e con la cultura, intesa come storia in divenire della percezione del sé collettivo e individuale.

È una dignità nuova quella che ci rimanda l'era della disponibilità del proprio Corpo. Se alla dignità tradizionale possiamo attribuire un forte contenuto morale e anche religioso. Uno *status* cui si perviene con l'adempimento di un dover essere morale. La dignità che ci consente di dialogare con la scienza, nell'epoca della conoscenza genetica del corpo, è piuttosto una soggettivizzazione dell'*habeas corpus* che si acquisisce attraverso l'autodeterminazione o meglio essa costituisce proprio il portato identitario dell'autodeterminazione. I sistemi giuridici potranno fissare limiti e doveri, divieti e sanzioni ma nel momento in cui la scienza rende accessibile la conoscenza genetica viene a cadere il paradigma classico del divieto di disporre del proprio Corpo e un orizzonte davvero inesplorato si apre alle scelte dell'individuo, unitamente a un potenziale di appropriazione del proprio sé. È allora che la linea di difesa essenziale dal potere e dal mercato diventa necessariamente soggettiva e individuale. Se l'*habeas corpus* tradizionale è consistito per secoli in una autolimitazione del potere sovrano di fronte alla sfera personale la dignità post-moderna è l'affermazione di un potere personale sul proprio sé la fissazione di un confine di intangibilità che solo la percezione soggettiva potrà definire esattamente. I riflessi di questo radicale mutamento di riferimenti non possono evidentemente non avere conseguenze sul versante giuridico. In questa prospettiva la legislazione italiana del 2004 in tema di PMA rappresenta, a mio giudizio, un estremo e per certi aspetti disperato tentativo del legislatore di fermare il tempo e di riproporre risposte non utilizzabili in un mondo cambiato, avvalendosi dello strumento enfatico del divieto e della sanzione. Ne è derivato un codice etico della procreazione basato sulla tutela prioritaria dell'embrione e sulla restrizione all'interno del confine coniugale-eterosessuale dell'accesso alle tecniche di PMA che ha vittimizzato la donna e la visione laica della vita privata e familiare. Un ritorno al clima culturale del codice penale e della tutela della vita familiare in chiave pubblicistica come difesa di valori irrinunciabili di difesa della morale se non della integrità della discendenza biologica. In definitiva un attacco proprio a quel concetto di dignità personale che si sta universalmente affermando e che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pone all'apice dei suoi valori definendola inviolabile.

L'ancoraggio naturale del principio di dignità è da ricercare, in primo luogo, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel porre al centro del sistema di protezione dei diritti umani in Europa il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a formare una famiglia, ha dato un

contributo fondamentale alla creazione di un concetto europeo di famiglia. Fondato sulla non invasività della legislazione statale, su un carattere di sovranità originaria della vita privata e familiare questo *standard* europeo appare perfettamente in linea con la definizione di società naturale della nostra Costituzione, e con i *grands arrêts* della giurisprudenza costituzionale americana, aperta ai mutamenti sociali, al pluralismo delle forme di affettività e di condivisione della vita. Un luogo di realizzazione della personalità umana prima ancora che una cellula fondamentale dell'organizzazione sociale. Di qui la spinta a considerare anche la genitorialità come un momento essenziale della realizzazione umana cui accordare il diritto ad accedere non solo alle forme di welfare che rendono possibile economicamente la formazione di una famiglia ma anche a poter accedere ai trattamenti medici e sanitari idonei a superare l'incapacità procreativa. Si discute se questo diritto debba essere limitato a chi viva una condizione di coppia, non solo eterosessuale, o debba essere esteso anche alle persone singole. Se non si è ancora affermato pienamente, nella giurisprudenza europea, come del resto nella nostra giurisprudenza costituzionale, un diritto alla genitorialità inteso anche come diritto alla discendenza individuale vi è però da dire che un contrasto al riconoscimento della genitorialità che trovi giustificazione nei limiti soggettivi che le legislazioni statali possono porre all'accesso alle tecniche di PMA trova un argine proprio nel diritto al rispetto della vita privata e familiare e nella tutela preminente che è accordata a livello internazionale al *best interest of the child*. Ma di questo si parlerà in seguito.

L'accesso alla PMA oltre a incontrare nelle legislazioni statali limitazioni soggettive incontra ulteriori limiti oggettivi che definiscono anche i confini leciti del campo di applicazione dei trattamenti. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ci ricorda che nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli essere umani. Declinata dal punto di vista dei diritti tale prescrizione può essere letta, significativamente, nel senso che spetta a ogni individuo che accede alle tecniche di PMA il diritto alla piena consapevolezza del contenuto dei trattamenti cui si sottopone liberamente. Così come può essere letta in termini di articolazione del principio di dignità il diritto alla trasmissione del proprio patrimonio genetico senza manipolazioni eugenetiche, la protezione dell'accesso alla procreazione dall'inge-

renza del mercato, il diritto all'unicità del proprio patrimonio genetico. Nello stesso senso la dimensione collettiva della dignità segna i rapporti fra il diritto e la scienza escludendo dal campo del lecito l'eugenetica e la clonazione riproduttiva e l'appropriazione del Corpo per finalità lucrative.

Consequentemente l'accesso alla PMA è legato alla sussistenza di condizioni di sterilità o infertilità, di rischio di trasmissione di malattie genetiche, ma può essere consentito dalle legislazioni statali in caso di assenza di un partner, ovvero di partner dello stesso sesso mentre il limite essenziale, che non riguarda specificamente i soggetti incapaci di procreare o che rischiano di trasmettere malattie genetiche, è quello dell'accesso alla PMA allo scopo di una mera selezione del materiale genetico.

Dal punto di vista di chi nascerà mediante l'applicazione di una tecnica di PMA si è affermato via via il diritto alla conoscenza delle proprie origini che può trovare una limitazione al solo campo dei dati genetici ma anche estendersi alla conoscenza biologica, sociale e personale delle proprie origini a seconda che sia più o meno forte il riconoscimento del correlativo diritto del donatore che non intende assumere il ruolo genitoriale a conservare l'anonimato.

2. Il ruolo della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo

In questo quadro magmatico e in continua evoluzione potrebbe sembrare naturale attribuire un ruolo preminente e conformativo al giudice europeo dei diritti umani che ha invece scelto in questa materia un approccio ispirato al *self restraint*. Si tratta a ben vedere di una scelta estremamente saggia e realistica che sconta il rischio di qualche forte contraddizione di percorso ma è comunque sicuramente preferibile a un approccio massimalista che può provocare reazioni di rigetto da parte degli ordinamenti nazionali. Cardini di questa linea giurisprudenziale sono il principio del consenso e il combinato disposto di sussidiarietà e margine di apprezzamento nella cornice identitaria propria della Corte che è quella di difensore europeo dei diritti fondamentali e di garante di uno standard minimo di tutela all'interno dei paesi aderenti alla Cedu. Tuttavia, seppure la linea giurisprudenziale della Cedu si dimostra efficace nel creare un consenso europeo verso un graduale rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali e nella direzione dell'apertura alle nuove istanze che vengono dalle società europee, resta comunque aperta la questione di fondo – cui peraltro la Corte di Strasburgo non è legittimata a rispondere – e cioè se davvero il principio di sussidiarietà e di primogenitura del diritto statale sia la soluzione più confacente all'interesse dei cittadini europei.

Il lavoro compiuto dalla Corte di Strasburgo in una prospettiva pan-europea è sicuramente imponente e se potesse interagire virtuosamente con le legislazioni e le giurisprudenze nazionali consentirebbe di rispondere affermativamente alla domanda che ci si è appena posti. In cosa è consistita dunque quest'opera tanto importante venuta alla luce in una successione cronologica quanto mai serrata?

Ripercorrendo alcune fra le più importanti decisioni degli ultimi 10 anni si può affermare che la giurisprudenza Cedu, sia pure attentissima a non invadere il margine di apprezzamento degli Stati quando non ha rilevato un consenso europeo consolidato su temi eticamente sensibili, ha, nondimeno, fissato una serie di principi funzionali a una tutela essenziale dei diritti fondamentali in materia di procreazione.

Già con il caso *Evans/UK* nel 2007 la Corte riconosce una copertura convenzionale alle scelte procreative, nell'alveo di protezione dell'art. 8 della Cedu. Tuttavia, di fronte all'assenza di un consenso europeo, riconosce alla Gran Bretagna un margine esteso di apprezzamento nel conflitto fra la donna che chiede l'autorizzazione all'impianto dell'embrione crioconservato, nel tempo intercorso per la cura della sua affezione tumorale, e il partner che si oppone all'impianto e chiede la distruzione dell'embrione dato che il progetto genitoriale è ormai venuto meno in seguito alla rottura definitiva della relazione. La Cedu, pur riconoscendo la legittimità di una diversa soluzione rispetto a quella di diniego all'autorizzazione adottata dall'ordinamento britannico, ritiene che non vi siano i presupposti per affermare la prevalenza del diritto alla genitorialità del singolo rispetto alla decisione del partner divenuto ormai estraneo e pertanto deciso a non portare a compimento un progetto di genitorialità legato inscindibilmente alla relazione. La decisione è anche importante perché rileva la mancanza di un consenso europeo sulla definizione scientifica e giuridica di inizio della vita e perché afferma che non può pertanto riconoscersi una tutela, *ex art. 2* della Convenzione, all'embrione in quanto esso non è configurabile come un autonomo centro di imputazione di diritti e interessi.

Quest'ultima affermazione è centrale anche nella decisione *A.B.C./Irlanda* del 2010 in tema di aborto. La Corte ritiene riservata al margine di apprezzamento degli Stati la possibilità di non consentire l'aborto per ragioni di salute e benessere della donna, salvo l'obbligo positivo di garantire un effettivo accesso alle procedure abortive nel caso previsto dall'articolo 40 della Costituzione irlandese, rimasto inattuato anche a livello legislativo, di accertamento di rischio per la vita della donna. La decisione è rilevante oltre che per il ribadito riscontro del mancato consenso degli Stati europei sul tema dell'inizio della vita e dei limiti di legittimità del ricorso all'aborto anche per-

ché delinea su questi temi un limite invalicabile da parte degli Stati all'invasione della vita privata e della sfera di autodeterminazione. Infatti la motivazione attribuisce rilievo positivo alla considerazione come legittima della decisione della donna di praticare, fuori dal territorio irlandese, l'aborto per ragioni di salute o benessere della donna che non pongano in essere i presupposti previsti dalla citata disposizione costituzionale.

Nello stesso anno il notissimo caso SH/Austria vede la sezione semplice della Corte affermare l'irrazionalità del divieto nell'ordinamento austriaco della IVF a fronte della liceità della inseminazione *in vivo*. La *Grande Chambre* chiamata a riesaminare il caso dal ricorso del Governo austriaco sovverte il giudizio riaffermando la protezione convenzionale (art. 8) dell'accesso alla PMA ma accordando un margine di valutazione più ampio agli Stati sul tema della legittimità della donazione di gameti in quanto, sia pure dando atto dell'allargamento progressivo in Europa della liberalizzazione delle tecniche di fecondazione *in vitro*, riconosce la esigenza di particolare cautela che impronta il comportamento degli Stati nell'adottare misure legislative in questa materia. Per altro verso però la motivazione della Grande Camera evidenzia che nelle scelte del legislatore austriaco - che devono considerarsi come la fissazione di un punto di equilibrio non statico ma soggetto al confronto con l'evoluzione della scienza e della società - acquista rilievo anche la mancata proibizione per i cittadini austriaci della possibilità di recarsi all'estero per usufruire, nel trattamento della infertilità, di tecniche di fecondazione artificiale non consentite in Austria e la presenza, invece, nel codice civile austriaco, di norme che, nel caso di buon esito di tale trattamento, fissano regole inequivoche sulla paternità e maternità idonee a rispettare la volontà dei genitori.

Con la sentenza Godelli/Italia del 2012, che costituisce il logico sviluppo della sentenza Odièvre/Francia del 2003, la Corte Edu afferma un principio riferito all'istituto del cd parto anonimo che può avere riflessi in tema di PMA. Esiste ed è protetto dall'art. 8 della Convenzione il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, genetiche e personali. Le ragioni che legittimano la protezione che alcuni Stati accordano all'istituto del parto anonimo, quelle cioè di proteggere la salute della madre e del nascituro nella gravidanza e nel parto e di evitare aborti clandestini e abbandoni dei bambini, non sono tali da poter configurare come assoluto il diritto della madre all'anonimato. Pertanto i dati non identificativi devono essere conoscibili e, sia pure senza mettere in discussione il rapporto genitoriale creato con l'adozione, chi è stato adottato a seguito di parto anonimo deve poter interpellare la madre biologica sulla sua disponibilità a revocare la richiesta di protezione dell'anonimato.

La sentenza Costa e Pavan/Italia del 2013 è importante per il riconoscimento, nel quadro della tutela accordata ai cittadini europei, *ex art. 8 della Cedu*, del diritto all'accesso alla PMA e, specificamente, dell'accesso alla diagnosi pre-impianto per le coppie non affette da problemi di infertilità o sterilità ma che sono portatrici sane di una malattia genetica. La decisione è importante perché ricostruisce in termini di ragionevolezza il limite posto dai divieti di pratiche eugenetiche anche se nel caso in esame, come è noto, la Corte ha compiuto tale riscontro di ragionevolezza rilevando l'irrazionalità del sistema normativo previsto dalla legge n. 40/2004 nella sua interazione con la legge italiana sulla interruzione volontaria di gravidanza.

Nello stesso anno la Corte ha emesso una importante sentenza anche nel caso Knecht/Romania riconducendo in termini di diritto di portare a compimento il proprio progetto di genitorialità con la condanna dello Stato rumeno per non aver consentito l'accoglimento della richiesta di trasferimento in altra struttura, abilitata alla PMA, avanzata dalla ricorrente, a seguito della sottoposizione a sequestro penale della clinica in cui era criocustodito l'embrione destinato all'impianto. Il riconoscimento di tale diritto è avvenuto nel quadro della tutela accordata dall'art. 8 della convenzione coerentemente a quanto già affermato nel caso Evans circa la non configurabilità di un diritto reale sull'embrione.

Centrali ai fini del nostro discorso sono le decisioni adottate dalla Corte nei casi Mennesson e Labassee contro la Francia del 2014. Le decisioni infatti prendono in esame i limiti di operatività della clausola dell'*ordre public* la cui applicazione aveva impedito alle autorità francesi in sede amministrativa e giurisdizionale il riconoscimento dello *status filiationis* derivante dal ricorso alla gestazione per altri (GPA) praticata legalmente in California da due coppie francesi. Secondo il diritto francese gli accordi di surrogazione di maternità sono illegittimi e sanzionati penalmente sicché, secondo la *Cour de Cassation*, ad essi non può essere dato riconoscimento ed esecuzione nell'ordinamento interno. Peraltro ciò non costituisce una lesione della vita privata e familiare, secondo quanto affermato dalla Cassazione francese con la sentenza del 6 aprile 2011, perché ai bambini viene riconosciuto il diritto di vivere con i propri genitori intenzionali. La Corte di Strasburgo si è invece richiamata al proprio concetto di vita familiare che non è legato necessariamente a un legame consacrato giuridicamente e ha ritenuto che nel rifiuto dell'attribuzione dello *status filiationis* ricorra oggettivamente una ingerenza nella sfera privata e familiare ma tale ingerenza risulta conseguente al disposto normativo vigente in Francia in materia di accordi di gestazione per altri e persegue, nella prospettiva dell'ampio mar-

gine di valutazione da attribuire agli Stati in questa materia sensibile, degli scopi legittimi vale a dire la tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui. Dal punto di vista dei figli il discorso cambia invece radicalmente perché il margine di apprezzamento si riduce grandemente di fronte alla possibile lesione che dall'applicazione della clausola dell'ordine pubblico deriva all'identità dei bambini nati da una gestazione per altri, ponendoli in una condizione di incertezza giuridica che, oltre a pregiudicare gravemente la loro vita familiare, viene a minare anche la loro partecipazione alla vita sociale e lo stesso acquisto della cittadinanza. Due elementi in interazione giocano dunque un ruolo fondamentale nella decisione della Corte europea e cioè l'applicazione del principio dell'interesse superiore del minore e il riconoscimento autonomo, in favore dei minori, del diritto a vivere pienamente la propria vita privata e familiare con tutti gli effetti che tale riconoscimento comporta a livello giuridico e nell'esplicazione della propria identità nei rapporti civili e sociali.

La sentenza *Paradiso e Campanelli/Italia* del 2015 è coerente alla decisione dei casi *Mennesson e Labassee* in quanto è ispirata al principio della prevalenza dell'interesse del minore nel valutare la reazione dell'Ordinamento italiano a una gestazione per altri non solo in contrasto con il divieto di GPA esistente nella legge n. 40/2004 ma anche con la legislazione in tema di formazione del certificato di nascita poiché secondo la legge russa la registrazione dei genitori intenzionali non viene accompagnata da alcun riferimento alla modalità di concepimento e di nascita. Secondo la Cedu, anche se le reazioni dell'Ordinamento italiano all'ingresso della coppia e del bambino in Italia (imputazione per falsa attestazione di stato derivante anche dalla successiva scoperta dell'estraneità biologica del padre al concepimento, apertura di un procedimento per la dichiarazione di adottabilità, collocamento del minore in una struttura assistenziale e successivo affidamento pre-adoattivo a una famiglia) erano finalizzate a porre termine a una situazione *contra legem* e confliggente con l'ordine pubblico, tuttavia, l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può attribuire allo Stato un potere di intervento automatico sulla relazione *de facto* venutasi a instaurare fra il bambino e i genitori committenti della gestazione per altri. La separazione del bambino dal contesto familiare è una misura estrema che può essere giustificata solo in caso di imminente pericolo per il minore.

Infine per terminare questo breve *excursus* va citata la sentenza *Parrillo/Italia* del 2015. Un caso altrettanto noto nel quale la Corte ha dovuto decidere, a seguito del rifiuto opposto dalla struttura sanitaria, in applicazione dell'art. 13 della legge n. 40/2004, alla richiesta del partner superstite che intendeva donare

alla ricerca gli embrioni criocongelati formati per attuare il progetto genitoriale condiviso con il partner venuto a mancare, a seguito dell'attentato di Nassiriya del 2003. L'aspetto più rilevante di tale decisione è forse quello di aver ritenuto che l'impedimento alla decisione di destinare embrioni soprannumerari alla ricerca rientra astrattamente nel campo della tutela della vita privata e specificamente nella tutela dell'autodeterminazione di cui all'art. 8 della Convenzione ma gli Stati possono imporre condizioni limitative o ostative a tale determinazione che risultino compatibili con la Convenzione. Quest'ultimo aspetto risulta non approfondito dalla Corte che ha ritenuto rilevante la mancanza di una prova della coincidente volontà del partner venuto a mancare circa la destinazione degli embrioni.

Se dal breve richiamo di queste decisioni emerge l'ampio riferimento, da parte della Corte, al margine di apprezzamento degli Stati aderenti alla Convenzione vi è però anche da dire che la Corte ha assunto una posizione del tutto diversa quando si è trattato di discutere delle conseguenze delle scelte procreative – che non incontrano un *common ground* normativo in Europa – per ciò che concerne la tutela dei diritti dei figli all'identità, alla vita privata e familiare, all'appartenenza con pieni diritti alla comunità civile in cui vivono e nello spazio europeo. Qui il margine di apprezzamento si riduce drasticamente. Per quanto concerne invece le questioni sensibili che hanno coinvolto le decisioni citate la Corte di Strasburgo ha sempre constatato l'assenza di un terreno comune di valutazione a livello europeo e pertanto non ha adottato una posizione univoca sui temi dell'aborto, della donazione dei gameti, degli interventi terapeutici sugli embrioni prodotti attraverso fecondazione in vitro, della ricerca sugli embrioni soprannumerari, del parto anonimo e della gestazione per altri. Tuttavia ha sempre analizzato se la posizione restrittiva in materia sia lesiva dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione e se lo sia irragionevolmente e in difformità dai criteri attributivi del margine di apprezzamento agli Stati aderenti alla Convenzione. Nello svolgere questa ponderazione la Corte ha dimostrato comunque un'apertura verso le tendenze evolutive in atto nelle società europee e ha considerato decisivo, in molte controversie, accertare se gli Ordinamenti nazionali più restrittivi consentano comunque e accettino le conseguenze di una scelta contraria da parte dei loro cittadini alle soluzioni normative adottate nell'Ordinamento interno. In particolare appare significativo il richiamo a tale criterio di valutazione compiuto nelle decisioni *ABC/Irlanda* e *SH/Austria*. La Corte sembra in tal modo valorizzare anche gli atteggiamenti prudenti dei legislatori nazionali e la diversa predisposizione all'apertura esistente nei singoli Paesi europei alle innovazioni scientifiche e sociali e

nello stesso tempo sembra incentivare un “concerto” europeo rispettoso del pluralismo culturale e delle scelte dei cittadini.

3. Mutuo riconoscimento e ordine pubblico di fronte all'omogenitorialità e alla gestazione per altri

In questa prospettiva un cittadino che si reca all'estero per fruire di una tecnica procreativa interdetta nel proprio Paese non sta cercando di eludere la legge del proprio Paese ma semplicemente sta esercitando il proprio diritto di autodeterminarsi nella vita privata praticando le scelte che un altro Ordinamento gli rende possibili. Ma è questa una soluzione appagante? Per un verso, come la Corte Costituzionale ha affermato nella sentenza n. 162/2014, una disciplina differenziata in materia di accesso alla PMA - che si legittimi con la possibilità di ricorrere alle tecniche non consentite o non accessibili nel proprio Paese recandosi in un altro Paese europeo che le prevede e le rende accessibili ai propri cittadini come prestazioni sanitarie a carico dello Stato - crea una disparità inaccettabile fondata sulla capacità economica che finisce per diventare il requisito necessario per l'esercizio di un diritto fondamentale quale quello alla autodeterminazione della vita personale e familiare e alla genitorialità. Tuttavia non può non rilevarsi, per altro verso, che una configurazione dei diversi sistemi normativi europei in tema di PMA come un sistema plurale di legislazioni che si riconoscono reciprocamente riducendo lo spazio di operatività della clausola dell'ordine pubblico facilita comunque la vita dei cittadini europei e sia, allo stato, l'unica soluzione per non danneggiare gravemente quella dei minori di età. Il tema è reso particolarmente spinoso nel nostro Ordinamento per la resistenza all'attribuzione di eguali diritti in materia familiare e genitoriale alle persone omosessuali. Si tratta di una resistenza che ha trovato, dopo la implicita richiesta di riconoscimento del diritto alla protezione e al riconoscimento della vita familiare delle coppie dello stesso sesso, da parte della Corte europea (sentenza Schalk & Kopf/Austria del 2010), e le esplicite richieste al legislatore italiano da parte della Corte Costituzionale (sentenze nn. 138/2010, n. 170/2014) e della Corte di Cassazione (sentenze nn. 4184/2012, 2400/2015 e 8097/2015) una sanzione a livello europeo con la sentenza Oliari ed altri/Italia del 21 luglio 2015. La recente legge n. 76/2016 approvata dal Parlamento il 20 maggio 2016, pubblicata il 21 maggio 2016 sulla Gazzetta ufficiale, colma, finalmente, questo vuoto normativo introducendo le unioni civili, basate sulle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione e

riservate alle coppie dello stesso sesso, e, in particolare, prevede il riconoscimento in Italia di matrimoni e unioni civili celebrati all'estero secondo la tecnica del cd *downgrade*. Infatti il comma 28 lett. b) della legge n. 76/2016 stabilisce che, alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo, verrà applicata la disciplina italiana sulle unioni civili. Come è stato già evidenziato in dottrina (Scaffidi Runchella) si tratta di una tecnica che si presta comunque a un sindacato giurisdizionale europeo nella misura in cui l'effetto di sovrapposizione della disciplina italiana viene a determinare la compressione di diritti fondamentali tale da far ritenere violata la Cedu ovvero laddove ostacoli l'esercizio delle libertà fondamentali derivanti dai trattati Ue. Non è improbabile che tale sindacato legittimi il *downgrade*, almeno in una prima fase, e mediante il ricorso al criterio del margine di apprezzamento, per quanto riguarda la possibilità di accesso in Italia alla PMA eterologa per le coppie *same-se*. Ma è altrettanto improbabile che tale sindacato possa legittimare il mancato riconoscimento in Italia degli *status* personali e familiari derivanti dall'unione o dal matrimonio contratti all'estero, negando così la dottrina della continuità degli *status* che trova una solida base normativa, di rilievo costituzionale, nel diritto alla libera circolazione, nel territorio dell'Unione europea, attribuito ai cittadini europei dai trattati e dalla normativa dell'Unione. Come si è detto inoltre la giurisprudenza Cedu è univoca nel restringere il margine di apprezzamento degli Stati quando si tratti di valutare l'incidenza di una discrasia normativa in materia familiare che incida sui diritti e gli interessi preminenti del minore. Infine è proprio tale centralità della posizione del minore e lo stesso rilievo costituzionale che va ormai attribuito alle unioni civili di diritto italiano a depotenziare qualsiasi riferimento all'ordine pubblico che volesse opporsi al riconoscimento degli *status* personali e familiari derivanti da unioni civili e matrimoni *same sex* contratti all'estero.

Profili più problematici presenta invece il riconoscimento di uno *status filiationis* derivante da un accordo di gestazione per altri contratto legalmente all'estero da una coppia eterosessuale o dello stesso sesso. Qui può infatti aprirsi un conflitto rilevante fra il divieto, più o meno esteso, del ricorso alla gestazione per altri, in quanto lesivo della dignità della donna, che assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto della coppia committente, e l'esigenza di tutelare il diritto all'identità e alla vita familiare del bambino nato a seguito di un tale accordo. Le legislazioni europee e quindi anche la giurisprudenza europea e quelle nazionali assumono posizioni diversificate quanto alla legittimità del ricorso alla gestazione per altri mentre tendono co-

munque a salvaguardare il rapporto instauratosi fra i genitori intenzionali e il bambino. La via più lineare sembra quella seguita dalla Corte di Cassazione francese, nella decisione del 3 luglio 2015 (n. 14.21.323) che applicando gli artt. 47 del codice civile francese e l'articolo 7 del decreto 3 agosto 1962, modificativo di alcune disposizioni in materia di stato civile, secondo una interpretazione conforme all'art. 8 della Cedu, ha stabilito che un certificato di nascita redatto in un Paese straniero secondo le modalità prescritte in quel Paese, deve essere trascritto nei registri dello stato civile salvo che venga accertato che l'atto è irregolare, falsificato o che i fatti che vi sono dichiarati non corrispondono alla realtà. Resta però in questa prospettiva aperto il problema della contrarietà dell'atto di nascita all'ordine pubblico, contrarietà sicuramente da ritenere operante se non vi sia alcun legame genetico, oltre che ovviamente alcun legame biologico, fra il bambino e entrambi i genitori committenti perché in questa ipotesi si sarebbe posto in essere non un accordo di gestazione per altri ma un vero e proprio contratto avente ad oggetto l'acquisizione di un figlio. In questo caso l'unica forma di protezione che può essere accordata al minore è quella del rapporto *de facto* che si è venuto a instaurare ma la costituzione di un rapporto di filiazione non può che avvenire rispettando le regole proprie dell'adozione. Diversamente il Tribunale costituzionale spagnolo con una decisione del 2 febbraio 2015 ha ritenuto che il non riconoscimento in Spagna degli atti di nascita basati su accordi di gestazione per altri sia compatibile con l'art. 8 della Cedu in quan-

to i diritti dei minori vengono tutelati consentendo, da un lato, l'accertamento del rapporto di filiazione sulla base della verifica dei dati genetici e, parallelamente, l'adozione da parte del partner estraneo alla trasmissione genetica. Non appare invece convincente affermare l'incompatibilità della gestazione per altri con il principio della necessaria coincidenza della genitorialità e della gestazione perché si tratta di una affermazione che l'istituto del cd parto anonimo smentisce e che, soprattutto, verrebbe ad imporre, se portata alle sue estreme conseguenze, una doppia e inammissibile prevaricazione nei confronti della donna che si sottopone alla gestazione per altri. Se per un verso, al di là di una valutazione etica e di genere sulla GPA, sembra impossibile perseguire l'obiettivo di una sua proibizione su scala mondiale, allora la strada virtuosa, affidata al legislatore più che alla giurisprudenza, sembra essere quella della fissazione di limiti ben precisi al riconoscimento e/o alla legalizzazione di essa. In questo spirito la Conferenza di diritto internazionale privato de L'Aja ha aperto i lavori per una possibile convenzione mondiale in materia e il Parlamento italiano è chiamato a discutere un progetto di legge inteso a tutelare la dignità della donna che liberamente vuole partecipare a un progetto genitoriale altrui e nello stesso tempo a tutelare il bambino che da questa collaborazione troverà il suo principio di vita. Veramente mai come su questo tema il margine di apprezzamento del legislatore è sovrano. Alla giurisprudenza spetta l'altrettanto non facile compito di garantire al minore una piena tutela della sua identità e della sua vita familiare.