

Minori giustizia

Il fascicolo, curato da Elisa Ceccarelli e Joelle Long, si propone di offrire una panoramica dell'arcipelago delle "nuove" famiglie e di riflettere sul ruolo della magistratura familiare e minorile nel riconoscimento e nell'attuazione dei diritti di tali nuclei.

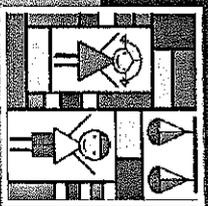
Oggetto di attenzione sono anzitutto le famiglie di origine e di accoglienza coinvolte negli affidamenti familiari e nelle adozioni di minori abbandonati. Con riferimento al affidato, si esaminano in particolare gli effetti della legge n. 173/2015 ("sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare"), anche dando la parola direttamente alle famiglie affidatarie. In tema di adozione si riflette sulla formazione e sulla valutazione dell'adoneità degli aspiranti genitori adottivi e sulla trasformazione e l'adattamento del nucleo conseguenti all'accoglienza del minore.

Con riferimento alle famiglie ricomposte, in cui almeno uno dei due nuclei diventa una famiglia ricostruita e in cui gli adulti presenti condividono compiti genitoriali riguardanti i figli delle precedenti unioni, si esamina il ruolo della mediazione familiare per l'individuazione di accordi che consentano una coordinazione il più possibile fluida dell'azione di genitori "di origine" e acquisiti. Inoltre, si presenta una ricerca sulle famiglie in valutazione di servizi per l'adozione del figlio del coniuge, anche dando conto del ruolo che la variabile culturale gioca in particolare nei nuclei familiari composti da un cittadino italiano e dalla moglie di origine straniera cui si è ricongiunto: il figlio *left behind*.

In fine, uno specifico focus è dedicato alle famiglie omogenitoriali e al dibattito in giurisprudenza in tema di *step parent adoption* e, nella letteratura psicologica, sulla valutazione delle competenze genitoriali delle coppie dello stesso sesso e sulla connessione fra le dinamiche familiari nelle famiglie *same sex* e un adeguato sviluppo dei bambini.

FRANCO ANGELI - Via Manzoni 108 - 20127 Milano - Pagine 108 - Sped. in Abb. Post. D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/04 n. 46) art. 1 comma 1, DCB Milano - L. 11/2017

Minorigiustizia n. 1 - 2017



Minori giustizia

Rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia

Le "nuove" famiglie

- Essere genitore: dai sistemi di parentela alla famiglia post-familiare
- Le famiglie ricomposte nell'esperienza della mediazione familiare
- La gestazione per altri e il turismo riproduttivo: fra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale
- Il punto di vista delle famiglie adottive
- La genitorialità a tempo degli affidatari
- La valutazione giudiziale dell'idoneità
- L'abuso sessuale nella famiglia adottiva: analisi di un fenomeno e interventi di prevenzione
- Il mantenimento delle memorie dei bambini adottati: nell'esperienza argosassone
- Le funzioni genitoriali nelle coppie dello stesso sesso
- Il Servizio Adozioni di fronte alla valutazione delle famiglie ricomposte

FrancoAngeli

FrancoAngeli
La passione per le conoscenze

ISSN 1121-2845

(R75.2017.1)

€ 22,00

n. 1/2017

Minorigiustizia, rivista trimestrale promossa dall'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia

Direzione: Elisa Ceccarelli, Claudio Cottarelli, Joëlle Long, Barbara Ongari, Francesco Vitrano

Comitato scientifico: Giuseppe Acone, Pasquale Andria, Valerio Belotti, Roberto Beneduce, Biancamaria Biancardi, Magda Brienza, Francesco Paolo Casavola, Rosalinda Cassibba, Cesare Castellani, Melita Cavallo, Paolo Cendon, Adolfo Ceretti, Grazia Ofelia Cesaro, Luigi Ciotti, Giovanni Conso, Anna Coppola De Vanna, Fulvia D'Elia, Maria De Luzeberger, Giulia De Marco, Ferruccio De Salvatore, Santo Di Nuovo, Paolo Dusi, Patrizia Esposito, Luciano Eusebi, Luigi Fadiga, Anna Rosa Favretto, Piergiorgio Ferreri, Susanna Galli, Lazzaro Gigante, Gianco Giostra, Rosa Gnusi, Enrico Inaso, Laura Laera, Leonardo Lenzi, Paola Lovati, Leonardo Luzzatto, Alfo Maggiolini, Giuseppe Magno, Paolo Martinelli, Roberto Maurizio, Francesco Mazzagalanti, Claudia Mazzucato, Lorenzo Miazzi, Francesco Micea, Paola Milani, Valeria Montaruli, Francesco Montecchi, Paolo Morozzo della Rocca, Joseph Moyersoen, Serafino Nosenzo, Franco Occhigrosso, Carmelo Padalino, Federico Palomba, Vania Patané, Piercarlo Pazé, Davide Perini, Maria Francesca Picocco, Armando Rossini, Maria Teresa Rotondaro, Maria Giovanna Rufo, Angela Ruvolo, Ugo Sabatello, Augusto Sabatini, Fulvio Scaparro, Chiara Scivoletto, Piera Serra, Luciano Spina, Gabriella Tomai, Luciano Trovato, Gian Cristoforo Turri, Angelo Vaccaro, Paolo Valerio, Maria Rita Verardo, Susanna Vezzadini, Luca Villa, Monica Vitolo, Umberto Zingales

Redazione: Saverio Abbruzzese, Luigi Barone, Elena Buccoliero, Luigi Buffone, Salvatore Busciolano, Filippo Dettori, Giuseppe Dimattia, Loredana Di Natale, Dino Pietralia, Valentina Sellaroli

Segretario di redazione: Luigi Barone – e-mail: luigi152@inwind.it

I testi da pubblicare e le opere da recensire possono essere inviati con posta ordinaria o elettronica ad uno dei componenti dei Comitati di direzione o di redazione o al seguente indirizzo mail: minorigiustizia@ainm.it

Redazione, amministrazione, distribuzione, abbonamenti: Franco Angeli – Viale Monza 106 – 20127 Milano – Casella Postale 17175 – 20100 Milano – Tel. 022837141 – e-mail: riviste@francoangeli.it

Coordinamento editoriale: Anna Buccinotti (buccinotti@francoangeli.it)

Editoriale

La giustizia familiare e minorile alla prova delle "nuove famiglie", di *Elisa Ceccarelli, Joëlle Long*

pag. 7

1/ Uno sguardo generale

L'arcipelago dei legami affettivi nell'esperienza di un giudice minorile, di *Melita Cavallo*

» 11

Essere genitore: dai sistemi di parentela, alla famiglia post-familiare. L'antropologia, la natura e la cultura, di *Rossana Di Silvio*

» 21

Le famiglie ricomposte nell'esperienza della mediazione familiare, di *Elisa Monticone, Barbara Conti, Manuela Gavoglio*

» 30

La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale, di *Maurizio Di Masi, Maria (Milla) Virgilio*

» 41

2/ Famiglie e affidamento familiare

Capacità genitoriale e affettività nella relazione con il minore: dalla legge 173/2015 all'adozione "mite", di *Valentina Sellaroli*

» 51

Il punto di vista della famiglia di origine, di *Paola Lodo*

» 56

Ripensare l'affido e l'adozione nei servizi, di *Margherita Gallina*

» 66

Teresa Scappin

» 76

3/ Famiglie e adozione

La valutazione giudiziale dell'idoneità, di *Donatella Guidi, Annalisa Gaviraghi*

» 82

Il punto di vista delle famiglie adottive, di *Alda M. Vanoni*

» 90

Adottare un bambino tra timori e speranze. Qualche evidenza scientifica, di *Réjean Tessier, Line Nadeau, George M. Tarabulsky*

» 98

| | |
|---|----------|
| L'abuso sessuale nella famiglia adottiva: analisi di un fenomeno e interventi di prevenzione, di <i>Loredana Paradiso</i> | pag. 105 |
| Il mantenimento della memoria dei bambini adottati nell'esperienza anglosassone, di <i>Ornella Faranda</i> | » 116 |

4/ Famiglie e procreazione medicalmente assistita

| | |
|--|-------|
| Adozione e omogenitorialità: uno sguardo critico alle ricerche, di <i>Rosa Rosnati, Elena Canzi, Eugenia Scabini</i> | » 123 |
| Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?, di <i>Francesco Vitrano</i> | » 130 |
| Procreazione medicalmente assistita e genitorialità: le direttrici della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di <i>Alice Margaria, Vladimiro Zagrebelsky</i> | » 140 |
| L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no, di <i>Alessandra Aragno</i> | » 146 |
| L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì, di <i>Giovanlupi Curcio, Luciano Trovato</i> | » 153 |
| La <i>stepchild adoption</i> approda alla nomoflaccia, di <i>Valeria Montaruli</i> | » 160 |

Esperienze sociali e giudiziarie

| | |
|---|-------|
| Il Servizio Adozioni di fronte alla valutazione delle famiglie ricomposte, di <i>Federica Elmetti, Maria Menon, Alessandra Moro, Lisa Santorello, Barbara Segatto</i> | » 170 |
|---|-------|

Minori in prima pagina

| | |
|---|-------|
| Merendine pesanti da digerire, di <i>Ennio Tomasselli</i> | » 180 |
|---|-------|

Giurisprudenza minorile e familiare

| | |
|---|-------|
| Le nuove famiglie nella più recente giurisprudenza (introduzione a Cass. civ. 22 giugno 2016 n. 12962; Cass. civ. 30 settembre 2016 n. 19599; Corte cost. 20 ottobre 2016 n. 225; e Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016), di <i>Elisa Ceccarelli</i> | » 184 |
|---|-------|

| | |
|--|-------|
| Comunicazione ai lettori e agli autori, a cura della Direzione della Rivista | » 189 |
|--|-------|

Giurisprudenza minorile e familiare

(in www.minoriefamiglia.it)

Cass. civ. 22 giugno 2016 n. 12962; Cass. civ. 30 settembre 2016 n. 19599; Corte cost. 20 ottobre 2016 n. 225; Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016

Commenti, notizie e letture

C. Saraceno, *Mamme e papà. Gli esami non finiscono mai* (*Roberta Bosisio*) / Il diritto alla continuità affettiva: un passo di civiltà, una legge superflua o un esempio di eterogenesi dei fini? (*Grazia Casaro, Luca Villa*) / Nuove famiglie e nuove genitorialità fra diritti e responsabilità (*Marta Lombardi*) / Quello che resta di Zygmunt Bauman (*Francesco Provinciali*)



associazioni che il 30 agosto 2016, dando seguito alla Legge n. 4/2013, è stata pubblicata dalla Commissione tecnica Attività professionali non regolamentate la norma nazionale Uni 11644 2016 in relazione alla figura del mediatore familiare²⁷. Tale risultato potrebbe costituire un primo importante passo verso un'adeguata legislazione in materia anche nel nostro Paese.

In una prospettiva *de iure condendo* è infatti auspicabile che gli strumenti atti alla ricostruzione del dialogo e al sostegno delle persone disorientate di fronte ai cambiamenti familiari – che hanno inevitabilmente una ricaduta generazionale – trovino incentivo e più adeguata disciplina, con l'obiettivo ultimo della prevenzione e del benessere sociale.

Quanto più le parti saranno sostenute ed accompagnate durante il proprio percorso separativo e durante il processo di ridefinizione del ruolo genitoriale, tanto più leggero potrà essere l'impatto delle trasformazioni sui vari componenti del nucleo familiare (figli *in primis*).

*Buonasera, lo scorso anno in questo periodo le maestre di Svezia ci avevano dato di essere preoccupate perché la vedevano poco serena. Oggi, allo stesso colloquio, si sono mostrate entusiaste della bella personalità della bambina. Ho ripensato a quando ci dicevate che è bene proteggere i figli dalle difficoltà, ma è ancora più importante il modo in cui queste vengono affrontate. Direi che ce la stiamo cavando bene. Nonostante tutto*²⁸.

ne, devono rispettare l'Art. 15, comma b, dello Statuto, ovvero devono sottoporsi a continuo aggiornamento professionale. A ciascun socio il Consiglio Direttivo può richiedere le prove (attestati di frequenza), che abbia frequentato in qualità di partecipante almeno 16 ore di aggiornamento professionale all'anno (considerando l'anno solare). Tra le varie diverse opzioni potrà trattarsi di: corsi di aggiornamento, corsi avanzati, convegni relativi alla mediazione familiare. Oltre all'aggiornamento professionale ai soci è richiesta la supervisione professionale, almeno 10 ore annue, condotte da un mediatore familiare formatore o da un mediatore familiare supervisore²⁹ (Art. 7 sull'aggiornamento professionale).

27. "La norma si prefigge lo scopo di definire in modo adeguato ed univoco i riferimenti alla figura professionale di mediatore familiari, stabilendone altresì una omogeneizzazione dei programmi di formazione promossi da enti pubblici e/o private, al fine di garantire un livello qualitative di formazione e garanzia dell'utenza nell'incontrare mediatori dotati di adeguata professionalità e dei professionisti stessi. La norma definisce i requisiti relativi all'attività professionale del mediatore familiar in termini di conoscenza, abilità e competenza in conformità al Quadro Europeo delle Qualifiche (Egq - European Qualification Framework). Tali requisiti sono espressi in maniera tale da agevolare i processi di valutazione e convalida dei risultati di apprendimento". www.uni.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5270%3Anorma-nazionale-sul-mediatore-familiare-uni-11644&catid=170&Itemid=2612.

28. Tratto dall'e-mail inviataci da un padre.

II // Uno sguardo generale

La gestazione per altri e il turismo riproduttivo.

Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale

di Maurizio Di Masi*, Maria (Milli) Virgilio**

Il c.d. "turismo procreativo" è incentivato dalla legislazione italiana che preclude l'accesso alla genitorialità a coppie omosessuali e vieta pratiche di procreazione medicalmente assistita consentite all'estero, quali la maternità surrogata. La repressione penale delle pratiche effettuate all'estero si è rivelata inefficace e selettiva. La ricerca della genitorialità fuori dal proprio Stato, infatti, finisce per riproporre anche negli Stati proibizionisti la questione concernente la responsabilità parentale dei minori nati da gestazione per altri e impone anche al giurista continentale l'adozione di un approccio maggiormente pragmatico, volto cioè a definire i rapporti tra minore, genitori committenti e madre surrogata, in modo da chiarire con certezza la responsabilità genitoriale e il relativo *status*, così garantendo il preminente interesse dei minori.

Parole chiave: turismo procreativo, maternità surrogata, gestazione per altri, interesse del minore, *status* familiari, responsabilità genitoriale, proibizionismo, reato commesso all'estero, alterazione di stato.

1. Differenti narrazioni della *surrogacy*

Sebbene non sia semplice raccogliere i dati della "cross *bordering surrogacy*", l'Osservatorio sul turismo procreativo, nel suo report 2012, collocava l'Italia in prima posizione tra i Paesi europei e rilevava numeri significativi, anche dopo le sentenze di apertura della Corte costituzionale, non solo per le tecniche di procreazione eterologa, ma anche per quelle di procreazione omo-

* Dottore di ricerca. Autore dei § 1, 2, dimasimaurizio@gmail.com

** Avvocata, Bologna. Autrice del §3. avv.virgilio@studiodivirgilio.com

loga che pure erano già consentite nel nostro Paese¹. Non stupisce, allora, il rinnovato interesse per la gestazione per altri, pratica medicalmente assistita che interroga per i suoi molteplici profili etici e giuridici tutti i Paesi europei.

Con una frequenza sempre maggiore, infatti, le corti supreme degli Stati europei stanno affrontando le questioni concernenti accordi di maternità surrogata sotto una nuova prospettiva, che non riguarda più tanto la vincolarità di tali accordi, quanto il riconoscimento della genitorialità dei membri della coppia “commitmente”, onde garantire il preminente interesse del/la minore coinvolto/a. Tale mutamento di visuale non è di poco momento, se consideriamo che la storia del processo giurisprudenziale in atto è in netto contrasto con la narrazione giuridica della surrogata materna che si è diffusa fra il 1980 e il 1990 negli Stati Uniti a seguito del noto caso Baby M., destinato ad influenzare anche il dibattito europeo². A partire da questo caso, difatti, le corti statunitensi, spesso seguite dai legislatori statali, negavano che gli accordi di maternità surrogata potessero essere vincolanti, ritenendo che tali contratti mascherassero in realtà una compravendita di bambini e che sfruttassero le donne meno abbienti, con scarso potere contrattuale poiché o costrette a prestare l'utero per indigenza o non in grado di comprendere le conseguenze delle loro scelte³. Parallelamente, però, negli anni '90 la gestazione per altri è divenuta la pratica più diffusa nell'ambito della medicina della procreazione, per la possibilità di scindere la maternità in una donatrice del materiale genetico e una donna che partorisce il bambino, di modo che la madre che dà alla luce il bambino non è geneticamente imparentata con quest'ultimo. Il proliferare del ricorso alla tecnica procreativa in questione, quindi, ha portato al consolidarsi, in alcuni Stati americani ed europei, di un'altra narrazione giuridica, minoritaria, volta a riconoscere la liceità degli accordi di surrogata materna; discorso giuridico che valorizza l'aspetto altruistico di tale pratica, dal momento che essa contribuisce a donare la vita e ad aiutare coppie sterili o infertili ad avere figli. In Europa questa opzione normativa è stata abbracciata, per esempio, dalla Gran Bretagna, ove la *surrogacy* è consentita non a scopo di lucro ma per mero spirito altruistico e di solidarietà rispetto al desiderio altrui di essere genitore⁴.

1. Si veda <http://genitoriallester.altervista.org/>.

2. Cfr. G. Ponzanelli, “Il caso Baby M., la ‘surrogate mother’ e il diritto italiano”, in *Foro It.*, 1988, IV, cc. 101 sgg.; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano 2000; P. Zatti, “Maternità e surrogazione”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 193 sgg.

3. Circa i problemi che pone la maternità surrogata, anche in una prospettiva di femminismo giuridico, cfr. S. Catanossi, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Jovene, Napoli 2013, specialmente pp. 8 sgg.; M.R. Marella, S. Catanossi, “Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale”, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, RomaThe Press, Roma 2014, pp. 161 sgg.

4. Tale soluzione è apprezzata come aperta, efficace e non ideologica da S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1999, in particolare pp. 227 sgg.

La diffusione della gestazioni per altri, poi, ha potuto facilmente intrecciare ansie e istanze delle coppie *same-sex*, in particolare degli uomini omosessuali, che nella maternità per sostituzione vedono l'unica *chance* per avere un figlio geneticamente di uno dei membri della coppia. Così, anche in assenza di una normativa di riferimento, alcuni giudici statunitensi, tra cui per prima la Corte Suprema della California, hanno considerato vincolanti gli accordi di maternità surrogata di tipo gestazionale anche su base commerciale, riconoscendo un ruolo centrale all'intenzione e alla volontà di diventare genitori⁵. Si produce così nel sistema di filiazione dei diversi ordinamenti giuridici una significativa apertura al dato volontaristico, cui corrisponde l'autoresponsabilità di assumere il ruolo genitoriale, realizzabile anche nei progetti omogenitoriali⁶, tanto più che nel caso della coppia *same-sex* la genitorialità «esibisce un tasso di artificialità (più o meno elevato a seconda delle circostanze) al quale si accompagna, in misura direttamente proporzionale al crescere del primo, il necessario apporto della volontà di assumere ed esercitare il ruolo parentale⁷». A fronte del crescente turismo procreativo sia su base commerciale sia su base solidaristica, il quesito da sciogliere (non univoco nei diversi sistemi giuridici) è chi assume giuridicamente la responsabilità genitoriale: coloro che hanno un legame genetico con il bambino, o la donna che lo ha dato alla luce oppure coloro che hanno pianificato e contrattato la nascita del/la bambino/a e si sono attivati per ricorrere alle nuove tecnologie procreative?

2. Alcune questioni di diritto internazionale privato

Tali questioni impongono anche al giurista continentale l'adozione di un approccio maggiormente pragmatico, stante la possibilità degli aspiranti genitori di realizzare il proprio progetto parentale in un altro Stato. Ciò conferma la limitata prospettiva di quei sistemi giuridici che pretendono *sic et simpliciter* di proibire penalmente la pratica della maternità surrogata, o comunque di non riconoscere la validità civile degli accordi in questione: nell'una come

5. Vedi *Johnson v. Caheri*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993). Cfr. M. Iacub, *L'impero del ventre. Per un'altra storia della maternità*, Ombre Corte, Verona 2005.

6. Non va sottovalutato come, nel nostro Paese, la gestazione per altri sia una pratica alla quale ricorrono da decenni principalmente coppie eterosessuali. L'attuale dibattito pubblico intorno alla Gpa si è allora “sollevato” non solo per motivazioni bioetiche (che rimangono immutate da decenni, appunto), ma soprattutto per una questione di “accessibilità”: all'alba delle unioni civili e delle possibili “conquiste” che queste avrebbero fatto conseguire alle persone Lgbti, si è prospettato con crescente timore un'estensione dello *status* genitoriale anche alle coppie *same-sex*. Cfr. M.R. Marella, “Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, n. 2, pp. 231 ss.

7. Così M.C. Venuti, “Coppie sterili o infertili e coppie ‘same-sex’. La genitorialità negata come problema giuridico”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, n. 2, pp. 283-284 sgg.

nell'altra ipotesi, rimane intatto il problema giuridico concernente l'attribuzione della responsabilità parentale.

Il problema si è posto anche in Italia, come in ogni sistema giuridico improntato alla *prohibition*⁸. Benché vi sia uno stretto nesso fra i due profili, la questione della nullità o meno dell'accordo di maternità surrogata va distinta da quella dell'attribuzione di paternità e di maternità rispetto al nato da madre surrogata e del suo affidamento: indipendentemente dalla nullità degli accordi e dalle sanzioni penali rimane come dato storico che tali accordi continuano a essere stipulati all'estero e, perciò, vi sono bambini e bambine nate/da madri surrogate. A questi minori l'ordinamento giuridico deve pur attribuire dei genitori o almeno un genitore. Né appare sufficiente a legittimare la maternità della sola donna partorienti la regola di attribuzione dello *status* genitoriale disposta dall'art. 9, comma 3, della legge 40/2004 (secondo cui in caso di applicazione di tecniche procreative di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi), dal momento che il parto avviene in Stati esteri e la donna gestante è perlopiù ignota.

È in questo quadro, allora, che la questione viene risolta applicando le norme di diritto internazionale privato, con particolare riferimento all'art. 33 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (modificato dall'art. 1011, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), il quale stabilisce ai primi due commi che lo stato di figlio "è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita"; e, pertanto, la legge "individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana". Se il figlio commissionato da genitori italiani acquista alla nascita la cittadinanza dello Stato in cui è nato, l'accertamento dello stato di figlio è regolato dal relativo ordinamento; con la conseguenza che, qualora l'ordinamento straniero attribuisca al nato lo stato di figlio dei genitori committenti, l'atto di nascita potrà essere trascritto in Italia (art. 28, comma II, lett. b) d.p.r. n. 396/2000), per tutelare il preminente interesse del minore⁹.

8. Cfr. R. Rao, "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence", in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, 23, Rachel Cook & Shelley Day Slatyer eds., Hart 2003.

9. In Italia vedi, da ultimo, Corte App. Milano, dec., 28.12.2016 (on-line al link www.articolo29.it/2017/passio-dopo-passio-il-diritto-si-avvicina-alla-vita-la-corte-dappello-di-milano-ordina-la-trascrizione-dell-atto-di-nascita-di-due-gemelli-nati-grazie-alla-gestazione-per-altri/), che ha ordinato la trascrizione di un atto di nascita, formato in California, relativo a due minori, nati da parto gemellare a seguito di ricorso alla gestazione per altri, e legati geneticamente ad una donatrice di ovocita - diversa dalla portatrice - e, rispettivamente, ai due padri committenti.

Quanto all'applicazione giurisprudenziale di tali norme, fino al recente passato potevano essere individuate due ipotesi: quella in cui i genitori "committenti" abbiano apportato un proprio "contributo biologico minimo" e quella in cui abbiano fatto ricorso a gameti del tutto estranei. Nel primo caso la giurisprudenza italiana ha optato per riconoscere la genitorialità alla madre putativa, prediligendo l'interesse del minore all'ordine pubblico, in considerazione anche del contributo biologico di almeno uno dei "committenti" (Corte App. Bari, 13 febbraio 2009); nel secondo i giudici erano arrivati anche a considerare il minore in stato di abbandono e procedere con l'adozione ex legge 184/1983 (Cass. Civ. Sez. I, Sent., 11 aprile 2014, n. 24001)¹⁰. Ora, l'intervento della Corte Edu (il noto caso *Paradiso e Campanelli contro Italia*) ha comportato che l'interesse preminente del minore assurgesse in ogni caso a contro-limite rispetto all'ordine pubblico, che oggi risulta quanto mai affievolito¹¹.

Anche il Parlamento europeo ha promosso studi specifici sulla tematica¹², diffondendo da ultimo una nota esplicativa sulle questioni relative alla maternità surrogata con elementi di internazionalità¹³. In particolare, in uno studio del Comitato affari giuridici dell'Europarlamento condotto da Amalia Rigon e Céliibe Chateau, si è invocato un intervento a livello di diritto dell'Unione, suggerendo di non prendere una posizione pro o contro la gestazione per altri ma di soffermarsi sulla soluzione delle questioni legate allo *status* già acquisito dal minore, onde tutelare il suo interesse. Sembra quindi farsi sempre più stringente l'ottica, per la tutela della personalità di tutti i soggetti coinvolti, di un regime giuridico che si conformi ad una regolamentazione degli *status* familiari. Anche dalla più recente esperienza giurisprudenziale, invero, emerge la netta tendenza a tutelare i diritti fondamentali dei minori al di là del modello familiare in cui sono accolti; tendenza che si diffonde tra

10. Cfr. G. Casaburi, "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata (Nota a Cass. 11 novembre 2014, n. 24001)", in *Foro it.*, 2014, I, 12, cc. 3414 sgg.

11. Cfr. C. Irti, "Digressioni attorno al multivoce concetto di ordine pubblico", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 3, pp. 481 e sgg.; C. Campiglio, "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, n. 12, pp. 1132 sgg. Sempre nel caso *Paradiso Campanelli* va da ultimo dato conto del revirement della Grande Chambre della Corte Edu con la sentenza del 24 gennaio 2017.

12. Vedi lo studio istituzionale del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, on-line al link [www.europarl.europa.eu/htm-krank/tdocument.html?reference=IPOL_JURL_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/htm-krank/tdocument.html?reference=IPOL_JURL_ET(2013)474403). Un quadro attuale della legislazione sulla maternità surrogata è presente nei Report, negli *Studi e nel Document preliminary No 34*, predisposti dal Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé e reperibili on-line al link www.hceh.net/index_fr.php?act=textdisplay&tid=178.

13. Vedi *Regulating international surrogacy arrangements - state of play*, del 16.06.2016, al link [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BR\(2016\)571368_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BR(2016)571368_EN.pdf).

i diversi sistemi giuridici per mezzo del diritto internazionale privato¹⁴. Ciò finisce per incidere fortemente sulla rimodulazione degli *status familiae* e del rapporto di genitorialità, che è ormai considerato più un rapporto giuridico di responsabilità che un rapporto meramente biologico. Di conseguenza risulta logicamente valorizzata la scelta autodeterminativa dei genitori di ricorrere alla maternità per sostituzione all'estero, che viene ad essere tutelata proprio grazie alla clausola del *best interest of the child*. Il consenso manifestato nell'accordo di *surrogacy*, in realtà, implica sempre l'assunzione dell'autore-sponsabilità rispetto allo *status* genitoriale, da cui discende il divieto proprio della logica contrattuale del *venire contra factum proprium*. Del resto, in un contesto giuridico ormai globale, l'autodeterminazione procreativa e il suo esplicarsi negli accordi di maternità surrogata trova ambiti d'applicazione difficilmente arginabili da divieti statali interni e dall'ordine pubblico; né ciò appare auspicabile in considerazione degli interessi coinvolti.

In definitiva, nel caso di figli nati da surroga materna e/o da donazione di gameti, l'interesse del minore non può che coincidere sempre con la scelta autodeterminativa dei genitori committenti, tanto più quando uno dei due è anche genitore biologico. E ciò, se non altro, perché l'autodeterminazione della coppia committente, sia essa eterosessuale o omosessuale, risulta sempre *pro life*, e i bilanciamenti di interessi da effettuare in concreto devono considerare un nuovo soggetto giuridico, il bambino o la bambina, nel contesto familiare in cui viene accolto/a sin dai primi giorni di vita. Contesto familiare di fatto che risulta essere determinante per lo sviluppo dell'infante e l'identificazione delle figure genitoriali, persino in assenza di un qualsiasi legame biologico¹⁵.

3. Tra proibizionismo locale e desiderio di penalizzazione globale

In ambito penalistico l'indagine sul c.d. turismo riproduttivo da gestazione per altri conferma l'esistenza del fenomeno e, al tempo stesso, conferma l'efficacia del divieto all'interno del territorio nazionale.

In effetti la pratica in Italia è vietata dalla legge ed è sanzionata penalmente secondo un modello punitivo proibizionistico. La pratica è espressamente nominata come "surrogazione di maternità" ed è penalmente sanzionata dalla legge n. 40/2004¹⁶, e in particolare all'art. 12, comma 6: "Chiunque, in

qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

Il divieto appare chiaro per il livello organizzativo e operativo. Lo è meno per quanto riguarda la posizione dei genitori intenzionali/committenti. Per due argomenti. Innanzitutto nel corpo complessivo di tutta la legge 40/2004 la punizione di altre pratiche colpisce solo il personale medico e operativo, ma esonera gli utenti; dunque anche i cd genitori intenzionali, surrogati, committenti, sociali, contrattuali, potrebbero essere esenti da sanzioni penali (nonché amministrative). In senso contrario sta il comma 8 che dichiara non punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche indicate in alcuni dei commi precedenti: tra questi non è compreso il suddetto comma 6.

Secondariamente la condotta del "realizzare la surrogazione di maternità" non si attaglia perfettamente – con la necessaria chiarezza e precisione – alla condotta individuale dei committenti. Ma questo è solo un problema astratto, perché nella applicazione concreta l'iniziativa punitiva ha utilizzato altre fattispecie di reato: l'art. 567 c.p., alterazione di stato¹⁷, e l'art. art. 495 c.p., falsa attestazione e dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri¹⁸. Solo in qualche caso è stata contestata anche la violazione della legge sull'adozione (art. 72 della legge 4.5.1983 n. 184).

Il mancato utilizzo della norma specifica del 2004 è legato al fatto oggettivo che nel nostro caso la pratica riproduttiva viene realizzata all'estero e dunque l'esercizio dell'azione penale è vincolata, oltre che dai requisiti delle fattispecie tipiche del reato, dalla particolare normativa penale che regola i reati commessi all'estero (art. 7 c.p.) e specificamente il "delitto comune del cittadino all'estero" (art. 9 c.p.), secondo cui il colpevole di tale delitto è punito alla condizione di perseguibilità della richiesta del Ministro della giustizia (e secondo alcune interpretazioni, solo per i delitti a doppia incriminazione, cioè se il reato sia punito anche all'estero; il che non è in questo caso).

Le decisioni dei giudici penali italiani (quelle edite e pubblicizzate, nonché altre decisioni inedite) occupano il triennio dal 2013 al 2016. Ad oggi il ciclo giurisprudenziale si è definito, giacché la prima decisione edita, riferita

17. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

18. Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altra persona è punito con la reclusione da uno a sei anni. La reclusione non è inferiore a due anni: 1) Se si tratta di dichiarazione in atti dello stato civile; (...).

14. Amplius cfr. M.R. Marella, "Critical family law", in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2011, vol. 19, n. 2, pp. 721 sgg.

15. Significativamente, l'interesse del minore vien posto al di sopra del dato genetico nella discussa ordinanza Trib. Roma, 8 aprile 2014 sullo scambio di embrioni per errore medico.

16. Per una critica alla legge 40/2004 cfr. M.R. Marella, M. Virgilio, "Una cattiva legge cattiva", in *AaVv.*, *Un'appropriatezza indebita. L'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione assistita*, Baldini Castaldi Dalari, Milano 2004, pp. 171 sgg.

a un caso di Trieste¹⁹ è giunta al vaglio della Cassazione²⁰ che ha affrontato compiutamente le attuali problematiche giuridiche, formulando conclusioni a favore della non sanzionabilità penale nei casi di atto lecito all'estero. Anche per questo esito giurisprudenziale oggi consolidato²¹, l'interesse è attratto, più che dalla problematica giuridica, dalla casistica stessa delle varie vicende e dalle loro caratteristiche fattuali.

L'indagine condotta sulle banche dati e sui repertori di giurisprudenza evidenzia una casistica in cui le pratiche di gestazione per altri intraprese da cittadine/i italiane/i sono riferite esclusivamente a ipotesi realizzate all'estero, in paesi in cui la pratica è consentita dalla legge locale. Tuttavia la giustizia penale si è rivelata alquanto selettiva. I casi editi di giurisprudenza penale²² sono riferiti solo a coppie eterosessuali coniugate, che hanno svolto le pratiche in Russia, Ucraina o in India. In tali casi il marito-padre committente è anche padre biologico (con due eccezioni). La moglie-madre committente non è madre biologica; bensì la madre biologica è un'altra donna a sua volta diversa dalla madre gestazionale, quella cioè che gestisce la gravidanza e la nascita. Dunque la pratica vede come attori tre donne e un uomo. I parti sono spesso gemellari.

In tutti i casi la moglie-madre committente ha voluto presentarsi come madre "naturale", anche simulando in pubblico lo stato di gravidanza. Talora entrambi i coniugi dinanzi all'autorità italiana hanno sostenuto strenuamente

19. Gup Trieste 4 ottobre 2013 n. 349. La condotta contestata è consistita nel consegnare all'ambasciata d'Italia a Kiev, con richiesta di trascrizione presso il Comune di Trieste, i certificati di nascita dei minori rilasciati dall'ufficio di stato civile della città di Zyrhomyr in Ucraina in cui era falsamente indicato che la madre dei minori era X. I genitori sono stati assolti perché il fatto non costituisce reato per mancanza dell'elemento psicologico: gli imputati sapevano infatti che la ed. maternità surrogata era lecita in Ucraina, anche se non è consentita in Italia nella forma eterologa in base alla Legge n. 40/04, e ciò faceva loro ritenere (correttamente) che le certificazioni rilasciate fossero del tutto regolari. L'Ambasciata ucraina in un documento in atti dà conto che nel 2010 ci sono state in Ucraina n. 38 nascite di italiani.

20. Secondo Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 48696 il certificato di nascita di un bambino nato in Ucraina facendo ricorso a detta pratica deve ritenersi perfettamente legittimo secondo la *lex loci* allorché quando la metà del suo patrimonio genetico provenga da uno dei genitori committenti.

21. La Corte ha così confermato l'indirizzo assunto anche in altre due decisioni recenti Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525 (riferita al caso Gup Napoli, n. 7635/2015, realizzato in Ucraina) e Cass. pen. Sez. VI 11 novembre 2015 n. 8060 (riferita al caso Gup Bologna, del 6 febbraio 2015, anch'esso realizzato in Ucraina).

22. Oltre ai tre casi citati: Trib. pen. Brescia, II, 26 novembre 2013; Trib. pen. Milano, sez. V, 13 gennaio 2014, fatto in Ucraina; Trib. Milano 8 aprile 2014, fatto in India, in cui è stato escluso l'art. 567, ma ravvisato l'art. 495; Trib. pen. Varese 11 luglio 2014, fatto in Ucraina; Gup Varese 8 ottobre 2014; Trib. Pisa n. 687 del 19.6.2015, fatto in Ucraina; Trib. Milano Sez. V n. 3301 del 12 giugno 2015, fatto in Ucraina. Particolare è il caso penalmente seguito da Trib. pen. Cremona, quale risulta dalle decisioni Trib. Min. Brescia n. 142 del 14.8.2012 (poi C. App. 11.1.2013 e confermata da Cass. Sez. I, 11 aprile 2014 n. 24001) che hanno deciso l'adozione del minore.

la rispettiva paternità e maternità biologica. Così nella fase dinanzi all'Ambasciata italiana all'estero e all'Ufficio di stato civile in Italia hanno avuto inizio i procedimenti penali e le varie contestazioni accusatorie, tutte riferite alla redazione dell'atto di nascita e alla richiesta di trascrizione. In questa fase dell'iter era possibile ravvisare un reato commesso nel territorio dello stato – e non all'estero – e così aprire l'indagine penale presso la locale Procura della Repubblica, con segnalazione anche al Tribunale per i minorenni per provvedimenti nell'interesse dei minori e per eventuale adottabilità.

Alla luce della giurisprudenza penale assoluta della Cassazione possiamo formulare la valutazione che, nella effettività, la reale sanzione si è dimostrata quella che ha messo in discussione il riconoscimento della genitorialità e reso incerti gli effetti civilistici, cioè la attribuzione del cognome, la collocazione del minore e il suo stato di adottabilità.

Tale valutazione ci pare confermata dalla nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 27 gennaio 2015 nella causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che affronta la tematica della responsabilità genitoriale e procreativa e che conferma ulteriormente la tipologia degli indagati penalmente: "Il ricorrente era certo di essere il padre biologico del minore e che, a tutt'oggi, non è stato dimostrato che non fosse in buona fede"; tanto che erano "sprofondati nella disperazione quando hanno saputo che il ricorrente non era il padre biologico del minore".

Analogo è il caso Trib. Brescia 26 novembre 2013, se non per la tesi sostenuta anche in giudizio che la committente fosse anche la madre gestazionale (accusata di essersi sottoposta a una operazione chirurgica per simulare un parto cesareo).

Ne emerge una giustizia penale fortemente selettiva, che ha colpito solo coppie eterosessuali, e per di più quelle che per condizioni economiche si sono rivolte a Paesi meno costosi e dunque meno attrezzati anche quanto a istruzioni su come rapportarsi alle autorità. Anzi, a ben vedere i procedimenti penali hanno concentrato l'indagine repressiva sulla figura materna, essendo il padre intenzionale/committente anche padre biologico (di fatto, o quantomeno nell'originario programma riproduttivo della coppia).

A fronte di questo ruolo selettivo della giustizia penale, vanno valutati quantomeno come incongrui i sette progetti di riforma depositati in Parlamento (S2296, C3684, S2270, C3814, C3770, C3756, C3686) che puntano proprio sulla giustizia penale per chiedere che il reato venga perseguito anche quando commesso all'estero. Nei commenti di stampa i progetti sono stati presentati come propositivi di un improbabile "reato universale".

Invero l'improprietà di linguaggio giuridico caratterizza anche una serie di pronunciamenti e appelli politici di dimensione europea e internazionale, decisamente contrari alla pratica della gestazione per altri (sia commerciale sia altruistica). Ci riferiamo alla Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata, lanciata in Francia, che chiede una convenzione internazionale per

l'abolizione della maternità surrogata²³. L'appello è stato variamente ripreso in Italia²⁴. In tali testi non sono affatto chiare le indicazioni di politica criminale a livello di futura legislazione penale (nazionale e sovranazionale) insite nella richiesta abolizionista. Che il tema sia in evidenza nell'agenda politica e tra i più spinosi lo dimostra anche la recente vicenda del Consiglio d'Europa, ove la relazione possibilista della parlamentare europea belga Petra De Sutter "Diritti umani e problemi etici legati alla *surrogacy*", è stata bocciata più volte dalla Commissione affari sociali (anche con il voto dell'Ucraina). Certo l'esperienza negativa del proibizionismo locale non orienta favorevolmente a una penalizzazione globale di tutti i casi.

23. «Chiediamo alla Francia e agli altri paesi europei di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e del bambino di cui sono firmatari e di opporsi fermamente a tutte le forme di legalizzazione della maternità surrogata sul piano nazionale e internazionale.

Noi chiediamo inoltre, in nome dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani, che essi agiscano con fermezza per abolire questa pratica a livello internazionale, in particolare promuovendo la redazione, l'adozione e l'efficace messa in pratica di una convenzione internazionale per l'abolizione della maternità surrogata».

24. Così si legge nella dichiarazione di alcune donne: "Di conseguenza, in nome dell'autodeterminazione delle donne e dei diritti dei neonati, noi, firmatarie della dichiarazione:

- rifiutiamo la mercificazione delle capacità riproduttive delle donne;
- rifiutiamo la mercificazione dei bambini;
- chiediamo a tutti i paesi di mantenere la norma di elementare buon senso per cui la madre legale è colei che ha partorito e non la firmataria di un contratto né l'origine dell'ovocita;
- chiediamo a tutti i Paesi di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e del bambino di cui sono firmatari e di opporsi fermamente a tutte le forme di legalizzazione della maternità surrogata sul piano nazionale e internazionale, abolendo le (poche) leggi che l'hanno introdotta". Così l'Associazione Senonoraquando-Snog Libere: "Nessun essere umano può essere ridotto a mezzo. Noi guardiamo al mondo e all'umanità ispirandoci a questo principio fondativo della civiltà europea. Facciamo appello alle istituzioni europee - Parlamento, Commissione e Consiglio - affinché la pratica della maternità surrogata venga dichiarata illegale in Europa e sia messa al bando a livello globale".

2/ Famiglie e affidamento familiare

*Capacità genitoriale e affettività
nella relazione con il minore:
dalla legge 173/2015 all'adozione "mite"?*

di *Valentina Sellaroli**

L'articolo affronta il tema dei nuovi modelli di famiglia alla luce della riforma posta dalla legge n. 173/2015 che ha inteso dare sanzione e riconoscimento a quegli affetti che si creano in una vicenda familiare che nasce come temporanea (l'affido eterofamiliare) ma che può protrarsi oltre una ragionevole durata, fino ad offrirsi come risorsa "definitiva" nel caso in cui le carenze della famiglia di origine non risultino riparabili in un periodo di tempo compatibile con le esigenze di crescita del minore.

Parole chiave: nuovi modelli familiari, continuità affettiva, affidamento eterofamiliare, adozione, legami affettivi, legami biologici.

1. L'origine della riforma

La riforma normativa introdotta dalla legge n. 173/2015 "sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare" trova origine nella sentenza della Cedu del 27 aprile 2010 che condannava l'Italia perché un tribunale per i minorenni aveva disposto l'adozione piena di una bambina da parte di una coppia valutata idonea senza prima esaminare e respingere motivatamente la domanda di adozione in casi particolari di coloro cui la piccola era rimasta affidata dall'età di un mese a quella di un anno e otto mesi. La decisione veniva basata sulla tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconoscendosi che il diritto degli affidatari e della bambina era stato violato, apparendo increscioso che il

* Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Torino. valentina.sellaroli@gustizia.it