



# 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 donne 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](http://www.cirsde.unito.it)

[cirsde@unito.it](mailto: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> .....	179
Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni) <i>Barbara Pezzini</i> .....	201
Note bio-bibliografiche degli autori e delle autrici .....	217

## PRESENTAZIONE

Mia Caielli, Barbara Pezzini, Angelo Schillaci

Il volume raccoglie i contributi presentati al Convegno «Riproduzione e Relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere», svoltosi a Torino il 25 maggio 2018 grazie all'iniziativa congiunta di GenIUS (*Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*) e del CIRSDe (*Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere* dell'Università di Torino).

L'iniziativa aveva preso le mosse dal comune intento di interpretare attraverso il diritto le molteplici relazioni intersoggettive che la surrogazione di maternità fa sorgere, nonché dalla scelta condivisa di prediligere l'approccio di genere nell'analisi di tali relazioni, al fine di disvelare la spesso taciuta e insuperabile asimmetria tra i sessi nella procreazione. L'adozione della prospettiva di genere nell'inquadramento giuridico dei rapporti che si instaurano tra genitori intenzionali, madre biologica e nascituta/o o tra questi e le diverse figure professionali che rendono possibile la gestazione per altri, è stata dunque intesa come *fil rouge* idoneo a legare l'analisi della relazione di gravidanza effettuata da studiose e studiosi secondo le proprie specificità disciplinari.

Laura Ronchetti ha quindi affrontato secondo le categorie del diritto costituzionale la questione dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne, questione ripresa da Pina Palmeri insieme con la verifica della ammissibilità in linea teorica della gestazione per altri nell'ordinamento italiano alla luce dei principi vigenti di diritto di famiglia; infine, l'approccio comparatistico ha caratterizzato la riflessione di Simone Penasa, incentrata sui diversi modelli di disciplina della gestazione per altri e sul ruolo preminente che in tale disciplina va da tempo assumendo il formante giurisprudenziale.

Per scelta precisa del Comitato organizzatore i testi delle relazioni principali erano stati messi preventivamente a disposizione di Anna Lorenzetti, Joelle Long e Ludovica Poli, le studiose invitate a intervenire nella seconda parte del pomeriggio di studi con il compito di raccogliere le sollecitazioni avanzate nella prima parte del Convegno, offrire nuovi

spunti critici di riflessione e stimolare la discussione del pubblico presente nell'aula dell'Ateneo torinese.

La presente pubblicazione intende restituire nella sua interezza il contesto del confronto giuridico che si è svolto per volere di GenIUS e CIRSDe, confronto che ha contribuito ad arricchire - senza alcuna intenzione di chiudere - il dibattito molto acceso e, purtroppo, sempre più polarizzato. Al contempo, però, non vuole essere la mera trascrizione degli interventi del Convegno, ma è l'esito di un ulteriore lavoro di ricerca e approfondimento di tutte le relatrici e i relatori, delle *discussants* e di altre/i studiosi che hanno partecipato al pomeriggio di lavoro. Così, Angelo Schillaci, moderatore della seconda parte dei lavori, contribuisce al presente volume collettaneo con una ricerca di possibili paradigmi di comprensione dell'esperienza della surrogazione a partire dal concetto di dignità umana, mentre Marco Gattuso e Barbara Pezzini, che erano stati impegnati rispettivamente nell'introduzione e nelle conclusioni del pomeriggio di lavoro, si confrontano attraverso i loro scritti ampi e articolati. Il volume si apre pertanto con un ricco scritto introduttivo incentrato sul ragionamento intorno alla proposta di un modello *forte* di procreazione per altre e altri, individuato in quello californiano, e si chiude con un accurato e ponderato tentativo di sintesi sull'inquadramento giuridico delle relazioni che precedono ed accompagnano la gravidanza e la nascita nella surrogazione di maternità.

# DIGNITÀ DELLA DONNA, QUALITÀ DELLE RELAZIONI FAMILIARI E IDENTITÀ PERSONALE DEL BAMBINO\*

Marco Gattuso

## Abstract

Having «in vitro fertilization» split our idea of motherhood in more different roles (genetic; birth or gestational; intentional; social; adoptive mother), the Author shows how legal parenthood is nowadays fully bound to the intention expressed by the (two or more) women involved. Though not denying the strong differences among different systems in the way they treat adults conduct (criminal approach vs. indifference of the law), both the Californian and Italian surrogacy laws emphasize the relevance of free intention as regards the legal recognition of the parent relationship. The article excludes therefore that the surrogate could ever be considered the «mother» of the child against her will, and prompts a more rational and comprehensive approach to surrogacy, meant to put the woman's intention and dignity at the center of the system. The article firmly refuses an ideological attitude towards surrogacy, which hastily bends the child status and its best interests to criminal prevention goals. The author finally suggests that even in the Italian system it is already possible to affirm, «de jure condito», the plain legal recognition of the personal relations between the surrogate, the child and its parents as «family relationships» which lead to personal rights that may be protected by the jurisdiction, even against the parents will, in order to salvage the best interests of the children and the dignity of the women.

## Keywords

Californian Family Code; Gestational Surrogacy; Intention Test; Portuguese Surrogacy Law; Status filiationis; Surrogacy.

## 1. Introduzione

*La gravidanza per altre o per altri*<sup>1</sup> (da ora GPA) merita attenzione come peculiare vicenda umana, del tutto marginale da un punto di vista statistico ma a suo modo straordinaria. Si tratta di un fenomeno sociale e di una fattispecie giuridica unica sotto vari profili, che consente di mettere al mondo dei bambini che altrimenti non potrebbero nascere e che vive al contempo di scelte individuali che possono comportare rischi e a

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> La definizione di *gravidanza per altri* è stata proposta da Barbara Pezzini, riservandola ad una pratica condizionata al pieno rispetto della *relazione di gravidanza*, nei termini di cui si dirà *infra* (Pezzini, 2017a).

volte minacce per l'integrità fisica e morale delle donne coinvolte, le quali richiedono la massima considerazione e richiedono, innanzitutto, ascolto.

Nell'esaminare questa realtà non possiamo ignorare, ad esempio, le condizioni di sfruttamento che hanno caratterizzato, anche se non sempre, i primi mercati per la gestazione per altre, quali l'India, la Thailandia e il Nepal, sino alle recenti leggi che hanno chiuso questi paesi alla *surrogacy* per i cittadini stranieri (l'uso del termine «mercato» è intenzionale, posto che l'apertura agli stranieri era frutto di una scelta deliberata nell'ambito di politiche di promozione del cd. turismo sanitario e procreativo)<sup>2</sup>, mentre poco sappiamo ancora di cosa realmente accade in Ucraina e in Russia, da un punto di vista giuridico e, soprattutto, delle condizioni materiali e umane, nonostante gli stessi rappresentino a tutt'oggi le prime destinazioni delle coppie eterosessuali italiane.

In questa relazione introduttiva, tuttavia, senza pretesa di fornire un quadro completo dei vari sistemi, vorrei prendere le mosse dall'analisi di quel che chiamerei il *modello forte di GPA*, con ciò indicando quello stabilitosi da oltre venticinque anni negli Stati Uniti, in particolare in California, così come ricostruito dalla Corte Suprema californiana a partire dal caso *Johnson v Calvert (1993)*<sup>3</sup> sino ad essere recepito dallo stesso legislatore. L'ho definito *modello forte*, in quanto mi pare obiettivamente quello più *radicale*, poiché, a differenza di altri modelli giuridici di GPA, non ammette deroghe al principio generale della *incedibilità dello status di figlio*. È peraltro un *modello forte* anche per avere retto nel tempo, non dando luogo a conflittualità, posto che sorprendentemente si ha notizia ad oggi di una sola, recente, controversia arrivata nelle aule giudiziarie (nonostante ogni anno centinaia di bambini nascano in California grazie alla GPA).

L'analisi di tale modello sarà spunto per una valutazione in parallelo, diretta ad evidenziarne pure alcuni *profili critici* (nel par. 6), al fine di trarne alcuni spunti utili per il nostro ordinamento, che è lo scopo ultimo di questa relazione introduttiva (e cui sono dedicati i par. da 7 a 11). Nonostante le opposte scelte californiana e italiana (con la legittimità della GPA affermata dalla sua Corte Suprema, in un caso, e l'illiceità penale

---

<sup>2</sup> Tutti e tre i paesi hanno chiuso la GPA agli stranieri nel corso del 2015-2016: la Thailandia era considerata sino al 2015 la prima meta al mondo per la GPA; l'India, con circa 2000 nati l'anno, era il secondo paese; in Nepal, secondo le stime, venivano praticate circa 300 GPA l'anno (fonti: *BBC News; Thailand bans commercial surrogacy for foreigners*, 20 febbraio 2015; *The Economist, As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, 13 maggio 2017).

<sup>3</sup> Non esiste un modello americano di GPA, posto che non vi è competenza federale e che le legislazioni dei singoli Stati variano dalla dettagliata regolamentazione all'assenza di qualsiasi regola, alla previsione di divieti, cfr. Storrow, 2015.



affermata dal legislatore, nell'altro) i due sistemi presentano infatti alcune analogie (incedibilità dello *status filiationis*; imputazione dello *status*, in caso di PMA, sulla base del principio del consenso) che consentono di muovere dal primo per ipotizzare qualche soluzione anche per il nostro sistema.

Ulteriore ragione di interesse risiede nella circostanza che la California, insieme al Canada, rappresenta l'ordinamento al quale si rivolge, salvo caso eccezionali, *la totalità delle coppie italiane dello stesso sesso*. Dunque, è di questi modelli giuridici che si parla quando nei nostri tribunali si pone il tema della trascrizione di atti di nascita con due padri e ci si interroga sulla loro compatibilità col (nostro) ordine pubblico internazionale. Se tale giudizio involge una valutazione in concreto della compatibilità degli effetti della legge straniera con la nostra concezione dei diritti fondamentali, un'approfondita conoscenza di tale legge e dei suoi presupposti mi pare dunque imprescindibile.

Prima di affrontare l'esame di tale modello, paiono tuttavia opportune alcune brevi premesse di ordine generale e sistematico sulla questione, che in questa materia è così rilevante, della *scissione fra le diverse figure di «madre»*.

## 2. La rivoluzione degli anni settanta: la fecondazione *in vitro* e la scissione delle figure materne.

La fecondazione *in vitro* è una tecnica riproduttiva inventata nel Regno Unito esattamente quaranta anni fa (con la prima bambina, Louise Brown, venuta al mondo il 25 luglio 1978) che ha permesso da allora la nascita di circa otto milioni di bambini<sup>4</sup> ed ha consentito, per la prima volta nella storia dell'umanità la scissione delle figure della gestante e della madre genetica. La fattispecie, da un punto di vista medico e tecnico, è ben nota: la fecondazione *in vitro* consente la formazione di un embrione con gamete femminile proveniente da una donna e il suo trasferimento nel grembo di un'altra donna, che lo farà nascere. Ma alla stessa realtà fattuale, allo stesso procedimento tecnico, corrispondono trattamenti giuridici completamente diversi, *a seconda della volontà espressa dalle due donne*.

---

<sup>4</sup> Sono i dati forniti (sulla base dei registri nazionali dal 1991 al 2014) dalla European Society of Human Reproduction and Embryology (*Eshre*) al congresso tenuto nel luglio 2018 a Barcellona (fonte: adnkronos).

Tre sono infatti le fattispecie giuridiche conseguenti ad una fecondazione *in vitro*.

Se la donna gestante *vuole essere madre* del bambino e la madre genetica *non vuole essere madre*, abbiamo una PMA eterologa *ex latere matris*, che come noto è legittima anche nel nostro ordinamento, da quando la Corte costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014<sup>5</sup>, ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa<sup>6</sup>.

Nell'ipotesi opposta, in cui la donna gestante *non vuole essere madre* del bambino, mentre la madre genetica *vuole essere madre*, abbiamo la *GPA cd. gestazionale*, che a differenza della *GPA tradizionale* consiste, appunto, nel trasferimento nella gestante di un embrione già formato con gameti provenienti dalla coppia di genitori<sup>7</sup>. Come noto, il *boom* della GPA negli Stati Uniti consegue alla possibilità di GPA gestazionale. Come sappiamo, questa pratica è consentita, con varia regolamentazione, in buona parte dei paesi di *common law*, mentre è interdetta<sup>8</sup> in gran parte dei paesi di *civil law* (ad esclusione di Grecia, Portogallo, Israele, e pochi altri, che la consentono seppure entro certi limiti), mentre in molti altri è del tutto ignorata dalla legge. In Italia, come noto, la maternità surrogata è punita dall'art. 12, sesto comma L. 40/2004, con l'avvertenza che la giurisprudenza di merito ha escluso tuttavia che la sanzione colpisca le due donne (gestante e madre), assumendo che nella fattispecie le stesse non siano soggetti attivi del reato<sup>9</sup> e la giurisprudenza di legittimità ha comunque escluso la punibilità delle condotte poste in essere all'estero<sup>10</sup>.

La fecondazione *in vitro* consente, infine, anche una terza ipotesi di scissione fra dato gestazionale e dato genetico, che possiamo definire intermedia e di cui si è occupata la

---

<sup>5</sup> Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, su cui v. Baldini, 2014; Ferrando, 2014; Basile, 2015; Ruggeri, 2014; D'Amico, 2014.

<sup>6</sup> La Consulta non lo ha detto espressamente, ma la dottrina unanime non dubita che il divieto sia stato rimosso sia in caso di donazione di seme maschile che di gamete femminile.

<sup>7</sup> In genere tanto il gamete maschile che quello femminile proviene dai genitori, ma non è escluso che alla GPA si associ la donazione di gameti (quando alla impossibilità di gravidanza per la madre si associ anche la impossibilità di ovulazione o in caso di coppia omogenitoriale) e che, in rari casi, vi sia donazione di entrambi i gameti (GPA con «doppia eterologa»).

<sup>8</sup> Non necessariamente con previsione penale: v. la Germania o l'Austria.

<sup>9</sup> Corte d'Appello di Messina, sentenza del 18 luglio 2016, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>10</sup> Corte di cassazione sez. quinta, sentenza del 10 marzo 2016 n. 13525 (pres. A. Nappi, est. G. De Marzo), in *Foro italiano*, 2016, 5, 2, c. 286 ss., con nota G. Casaburi, e in *Diritto e procedura penale*, 2016, 8, p. 1085 con nota di Madeo. La Corte ha escluso l'elemento soggettivo sotto il profilo della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte costituzionale n. 364 del 24 marzo 1988) con riguardo all'art. 9 c.p. (in ragione dell'incertezza interpretativa e dei contrastanti indirizzi sulla necessaria «doppia punibilità» della condotta, in Italia e all'estero), ma non ha affrontato né l'eventuale errore sulla stessa punibilità della condotta ai sensi dell'art. 12, legge 40/2004, né la questione della stessa sussistenza dell'elemento oggettivo.

nostra Corte di cassazione nel 2016<sup>11</sup>: la cd. R.O.P.A.<sup>12</sup>, dove entrambe le donne *vogliono essere madri*. In questo caso la Cassazione ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita con le due mamme, ma la tecnica non potrebbe essere realizzata nel nostro paese, in quanto incorre nella sanzione amministrativa (che colpisce solo gli operatori sanitari, ma non la coppia) prevista dall'art. 12, secondo comma L. 40/2004. Divieto invero previsto non per questo caso specifico, ma per ogni ipotesi di PMA fatta da una coppia di donne (o da una donna *single*) e sul quale pende attualmente una eccezione di illegittimità costituzionale<sup>13</sup>.

Come detto, dunque, si ha sempre la stessa vicenda da un punto di vista fattuale, ma a seconda di come si atteggi *la volontà delle due donne*, nel primo caso la fattispecie è perfettamente legittima per l'ordinamento, nel secondo caso è penalmente sanzionata, nel terzo caso è sanzionata in via amministrativa.

Per il nostro ordinamento, dunque, il giudizio sulla scissione delle figure materne muta radicalmente a seconda della loro intenzione, a sottolineare l'importanza cruciale che in questa materia assume *la volontà* delle donne coinvolte.

### 3. La creazione giurisprudenziale del *modello forte* di GPA.

Tornando ora alla situazione oltreoceano, ad appena dieci anni dall'invenzione della fecondazione *in vitro*, avvenuta come detto nel 1978, la letteratura americana riferiva già di migliaia di bambine e bambini nati negli Stati Uniti grazie alla *surrogacy gestazionale*<sup>14</sup>. Per contro la *surrogacy* cd. tradizionale (che aveva avuto sin dall'inizio una diffusione assai contenuta ed aveva generato in alcuni Stati una certa conflittualità) passava in secondo piano e tendeva quasi a scomparire.

---

<sup>11</sup> Corte di cassazione, sezione prima, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, (pres. S. De Palma, est. A. P. Lamorgese), in *Articolo29.it*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), su cui Schillaci, 2016; Palmeri, 2017a; Ferrando, 2017.

<sup>12</sup> *Reception of Oocytes from Partner*: gestazione da parte di una donna di un embrione formato col patrimonio genetico della moglie o compagna.

<sup>13</sup> Tribunale di Pordenone, ordinanza del 2 luglio 2018 (est. M. P. Costa), in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), su cui Schillaci, 2018a.

<sup>14</sup> Nel 1991 il Center for Surrogate Parenting di Los Angeles stimava che dal 1978 fossero nati mediante *surrogacy* circa 500 bambini in California e 2000 in tutti gli Stati Uniti, cfr. Minority Report of the Advisory Panel to the Joint Legislative Comm. on Surrogate Parenting, at M7-M8 (July 1990), riportato in Lawrence, 1991.

Sul finire degli anni ottanta, inoltre, venivano diffusi i primi dati delle ricerche sul benessere psico-fisico delle gestanti e dei bambini nati con tale pratica<sup>15</sup>, che come è noto sarebbero stati confermati nei decenni a venire, sino alle ricerche dei nostri giorni<sup>16</sup>. In questo clima, giunge dunque davanti ad un giudice californiano il primo caso di *surrogacy* gestazionale<sup>17</sup>: *Johnson v Calvert*, che si concluderà nel 1993 con la decisione della Corte Suprema della California, destinata ad esercitare una forte influenza in questa materia<sup>18</sup>. Nella motivazione la Corte assume, innanzitutto, che non possa ravvisarsi nella pratica *de qua* una *lesione della dignità della donna* quando la stessa sia frutto di una sua libera scelta. La Corte esclude infatti che nel caso sottoposto al suo esame vi fosse stata «coercizione, sfruttamento o disumanizzazione» della gestante, ritenendo raggiunta la prova della sua libera e consapevole autodeterminazione<sup>19</sup>. Secondo la Corte, l'argomento per cui una donna non potrebbe portare avanti una gravidanza per altre donne sarebbe infatti «retaggio di quella impostazione giuridica e culturale che per secoli ha impedito alle donne di esercitare gli stessi diritti economici e di assumere gli stessi *status* degli uomini»<sup>20</sup>. I giudici della Corte suprema escludono in particolare che nel percorso della *surrogacy* si produca una compressione dei diritti costituzionali della gestante, chiarendo come la stessa resti pienamente titolare, fra l'altro, del diritto fondamentale di interrompere la gravidanza<sup>21</sup>, riconosciuto in due storiche sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Minority Report, M15, M17, citato in Lawrence, 1991, p. 530.

<sup>16</sup> In una recente rassegna condotta su 55 studi scientifici sugli esiti della GPA per la salute psico-fisica delle portatrici, dei genitori intenzionali e dei bambini, non sono emerse differenze significative in aspetti sia medici sia psicologici fra GPA e concepimento naturale o assistito, cfr. Carone, 2016, p. 97, il quale cita V. Söderström-Antila, U.B. Romundstad e C. Bergh, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families -A Systematic Review*, in *Human Reproduction Update*, 2016, n. 2, p. 260 e ss.. Con riguardo al benessere psicologico delle persone nate con GPA, in parte già adulte, cfr. anche Jadvá, Blake, Casey, Golombok, 2012. Vedi anche alla nota 44 la letteratura citata dal Tribunal Constitucional portoghese.

<sup>17</sup> Prima di allora, le tre o quattro sentenze, compresa quella assai nota sul caso *In re Baby M* (pubblicata anch'essa sul *Foro Italiano*) avevano riguardato sempre casi di GPA tradizionale.

<sup>18</sup> Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, del 20 maggio 1993, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 337 ss., su cui Ponzanelli, 1993.

<sup>19</sup> Nella motivazione si riferisce che si trattava nella specie di una infermiera con buona educazione scolastica e già madre di un figlio, in possesso delle qualità intellettuali e di esperienza di vita necessarie per esprimere una volontà informata.

<sup>20</sup> Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, §. 4.

<sup>21</sup> I giudici sottolineano come nell'accordo fra la gestante e i genitori fosse evidenziato che «*All parties understand that a pregnant woman has the [5 Cal. 4th 97] absolute right to abort or not abort any fetus she is carrying. Any promise to the contrary is unenforceable*».

<sup>22</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe vs. Wade*, sentenza del 22 gennaio 1973 e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.* 505 U.S. 833 (1992).

In secondo luogo, la Corte nega che la *surrogacy* configuri una forma di *mercificazione dei bambini*, in quanto nega che nella stessa avvenga alcuna cessione della genitorialità, trattandosi semmai di una pratica che consente ad una coppia sterile di mettere al mondo *figli propri*, il che esclude altresì una violazione del divieto penale di pagamento di corrispettivi in caso di adozione<sup>23</sup>.

Ciò posto, la Corte suprema osserva come in linea di principio entrambe le donne (la gestante e la madre genetica) potrebbero essere riconosciute come «madre» secondo lo *Uniform Parentage Act*, in quanto lo stesso prevede entrambi i criteri di accertamento della maternità (parto e legame genetico), concludendo tuttavia che in caso di *surrogacy* sia necessario accertare in concreto quale delle due donne abbia manifestato sin dal concepimento l'effettiva intenzione di assumere il ruolo genitoriale, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la «madre naturale» del nato (*the natural mother*). Al riguardo, la Corte osserva come nella specie non solo la gestante non avesse manifestato la volontà di divenire madre del nascituro, esprimendo semmai la volontà contraria, ma anche che se la stessa avesse manifestato in origine la volontà di divenirne madre, il bambino «non sarebbe mai venuto al mondo».

Con la seconda, fondamentale, sentenza del 3 marzo 1998, *In re Marriage of Buzzanca*<sup>24</sup>, la Corte suprema ha completato il quadro affermando l'irrevocabilità del consenso manifestato nell'ambito di una *surrogacy*. In questo caso entrambi i membri della coppia di genitori intenzionali, marito e moglie, *erano privi di legame genetico col bambino* (sicché il padre, avendo divorziato dalla moglie durante la gravidanza, aveva tentato di sottrarsi alla responsabilità genitoriale facendo leva proprio sulla circostanza di non avere alcun legame di sangue col nato) e il giudice di primo grado, preso atto di tale carenza di nesso genetico anche con la madre intenzionale, aveva ritenuto che in base al codice civile californiano dovesse assumersi che madre fosse la partoriente, traendone la conclusione che, visto che quest'ultima non aveva voluto riconoscerlo, *il bambino non avesse alcun genitore*. La Corte suprema, richiamato quanto già sancito in *Johnson v. Calvert*, ha

---

<sup>23</sup> L'evidente distanza dall'adozione, esclude che si possa sottoporre chi vuol avere figli propri ad una verifica della propria attitudine genitoriale (v. anche *infra*, nota 31). In California è previsto, in alcuni casi, che tanto la coppia di genitori che la gestante siano sottoposti a preventivi *screening* psicologici, ma gli stessi sono diretti a verificare l'attitudine, di entrambe le parti, ad affrontare la complessa vicenda della gravidanza per altre, e non a verificarne la capacità genitoriale.

<sup>24</sup> Corte suprema della California, *In re Marriage of Buzzanca*, decisione del 3 marzo 1998, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 405, con nota di Carbone, 1997.

osservato invece il carattere vincolante della volontà dei genitori, espressa già prima del concepimento, ritenendo che la stessa fosse valida anche a prescindere da qualsiasi legame genetico in forza dei principi già affermati da tempo in materia di genitorialità intenzionale<sup>25</sup>.

Una volta espressa la volontà di mettere al mondo un figlio e una volta iniziato il percorso di procreazione artificiale o di GPA, i genitori intenzionali sono dunque *ab initio* i genitori legali del bambino e tale *status*, ovviamente, è *indisponibile*.

#### 4. Il *modello forte* alla prova dei fatti

Come detto, anni dopo le due pronunce della Suprema Corte, la *surrogacy* ha fatto ingresso nel *Family Code* californiano, con legge entrata in vigore l'1 gennaio 2013<sup>26</sup>.

Secondo la disciplina codicistica, la manifestazione della volontà della gestante e dei genitori (anche dello stesso sesso; anche singoli) è raccolta in un accordo (*Written Assisted Reproduction Agreement For Gestational Carriers*) che deve avere forma solenne e deve essere redatto con l'assistenza necessaria di un avvocato indipendente per parte (*Sec. 7962 lettera b*); tale atto deve prevedere la copertura di tutte le spese mediche a cura dei genitori intenzionali, mentre nulla viene detto nella legge in ordine all'eventuale previsione di un ulteriore compenso, sicché in mancanza di un espresso divieto lo stesso deve intendersi lecito. Secondo la *Sec. 7962 lettera i*) tale accordo non può essere risolto (*rescinded or revoked*) dalle parti, potendo essere dichiarato inefficace soltanto in forza di un provvedimento giurisdizionale.

Sulla base di tale manifestazione di volontà della gestante di realizzare una gravidanza per un'altra donna (o per altri), e dei genitori di mantenere la responsabilità genitoriale sul nascituro, la *Sec. 7962 lettera e*) prevede quindi che il giudice emetta un provvedimento giurisdizionale con cui, previo controllo della validità dell'accordo,

---

<sup>25</sup> Corte suprema della California, *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 (1968), per cui «*a man could even be criminally liable for failing to pay for the support of a child born to his wife during the marriage as a result of artificial insemination using sperm from an anonymous donor*». Principio poi trasfuso nella Section 7613 del Family Code californiano.

<sup>26</sup> *California Family Code, Division XII: Parent And Child Relationship, Part 7. Surrogacy And Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements For Gestational Carriers, And Oocyte Donations*, reperibile online al link: <https://leginfo.legislature.ca.gov>. Per un approfondimento v. Gerber, O'Byrne, 2015 e Cardaci, 2017.

accerta, anche già nel corso della gravidanza, che la gestante *non è la madre*, mentre i due genitori intenzionali sono i genitori del bambino<sup>27</sup>, dando dunque atto, come espressamente disposto dalla *Sec. 7962 lettera f)* sub 1, che sono superate le presunzioni di concepimento, maternità e paternità. Alla nascita del bambino, infine, l'ufficiale di stato civile formerà il certificato di nascita conformemente alla *verità della filiazione* accertata nel provvedimento giurisdizionale. La *Sec. 7962 lettera g)* dispone quindi che tutti gli atti siano rigorosamente riservati e possano essere visionati solo dalle parti e dai loro avvocati, salvo provvedimento giurisdizionale adottato «in casi eccezionali e se «strettamente necessario»».

L'ordinamento californiano ravvisa dunque nella *surrogacy* una pratica di PMA diretta a far nascere bambini che sono *ab origine* figli non della gestante (*gestational carrier*) ma dei suoi genitori intenzionali (*intended parents*). Nella ricostruzione giuridica affermata in California, infatti, il *parental order* che l'Autorità giudiziaria può emettere già nel corso della gestazione non «trasferisce» lo *status* genitoriale ma *accerta* che genitori del nascituro sono coloro che hanno espresso *già prima del concepimento* la volontà di assumerne la responsabilità genitoriale, e non la gestante che ha espresso volontà contraria<sup>28</sup>. Il modello californiano, così, non ammette deroghe rispetto al *principio generale dell'ordinamento della incedibilità dello status filiationis*. A tale ricostruzione giuridica corrisponde, d'altra parte, anche *una costruzione sociale e culturale* del fenomeno, che spiega la ragione per cui la *surrogacy* sia socialmente accettata in buona parte dell'opinione pubblica: la *surrogacy* è intesa infatti come pratica diretta a far nascere i bambini di una coppia impossibilitata ad una gravidanza, e certamente non come «cessione» di bambini da parte delle proprie madri.

La sezione 7962 regola peraltro soltanto la *surrogacy* cd. *gestazionale*, dove la gestante non ha dunque alcuna correlazione genetica col nascituro e dove, dunque, viene trasferito alla gestante un embrione già formato. Pur non essendo vietata, la cd. *GPA tradizionale* (dove, come visto, la donna partorisce invece un figlio a lei legato geneticamente) è dunque esclusa dalla protezione offerta dal codice civile californiano (in ciò differenziandosi da quanto accade, ad esempio, nel Regno Unito).

---

<sup>27</sup> *Sec. 7862 (f) 2*: «[t]he judgment or order shall establish the parent-child relationship of the intended parent or intended parents identified in the surrogacy agreement and shall establish that the surrogate, her spouse, or partner is not a parent of, and has no parental rights or duties with respect to, the child or children».

<sup>28</sup> Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, § 6.

Per contro, allontanatosi dagli esiti cui sembrano giunte tanto la nostra Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 24001 del 2014<sup>29</sup> che la Grand Chambre della Corte di Strasburgo nella soluzione del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>30</sup>, ma in tutta coerenza con i principi dell'*intention*, in California, non è invece escluso che entrambi i genitori intenzionali siano privi di legame genetico col figlio, in tal modo assicurando (come si è visto nel caso *Buzzanca*) che i genitori neppure in tal caso risultino sciolti dalla responsabilità genitoriale nei confronti del bambino che hanno voluto mettere al mondo<sup>31</sup>. Come si è già accennato, nella lunga storia dell'applicazione di tali principi, e nonostante le migliaia di bambini nati grazie alla *surrogacy*, non risultano casi editi o controversie giudiziarie in atto<sup>32</sup> salvo il recente caso *Melissa Kay Cook*, 2016-2018<sup>33</sup>.

Nel caso *Melissa Cook*, il padre intenzionale, avuta notizia che si trattava di gravidanza trigemellare, aveva chiesto alla gestante di interrompere la gravidanza di uno dei tre, adducendo preoccupazioni per il loro stato di salute e, soprattutto, ragioni di natura economica con riguardo alla propria capacità di mantenere tre figli. Opposto dalla gestante il rifiuto di abortire, e nati i tre bambini, la stessa chiedeva di trattenerne uno con sé, osservando come proprio la teoria della volontà avrebbe dovuto condurre a tenere conto della volontà espressa dal padre di assumere la responsabilità genitoriale soltanto per due di essi. La difesa della stessa contestava inoltre la stessa legittimità costituzionale della legislazione californiana in materia di *surrogacy*. La Corte d'appello di Los Angeles

---

<sup>29</sup> Corte di cassazione, sezione prima, sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3408 ss., su cui Casaburi, 2014; Venuti, 2015, p. 282; Palazzo, 2015; Di Stefano, 2015; Stefanelli, 2015, p. 119.

<sup>30</sup> Corte edu, Grande Chambre, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 24 gennaio 2017, reperibile online in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), nonché in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 729, con nota di E. Falletti. Sulla sentenza v. anche Baratta, 2016.; Gervasi, 2017.

<sup>31</sup> Dalle decisioni della Corte di cassazione e della Corte di Strasburgo emerge la preoccupazione dei giudici di segnare il confine fra la GPA e l'istituto dell'adozione legittimante, assumendo che nell'ipotesi di una GPA senza legame genetico con alcuno genitori intenzionali possa esservi una sorta di aggiramento delle regole che disciplinano l'adozione internazionale. Tale impostazione, tuttavia, sembra sottovalutare la differenza ontologica fra la genitorialità rivolta ad un figlio proprio, frutto del concepimento voluto dai genitori, e l'adozione di un bambino già nato e in stato di abbandono, frutto della volontà (non solo di avere un figlio ma anche) di sostenere un minore in difficoltà, risentendo eccessivamente del paradigma del legame di sangue, che finisce col resuscitare ciò che nel mondo della PMA è invece del tutto irrilevante, come attestato dalla possibilità, del tutto legittima anche nel nostro ordinamento, di «doppia eterologa».

<sup>32</sup> Anche scorrendo la stampa e ricercando dati sul *web*, si rinviene soltanto un altro precedente, diremmo mediatico ma non (a quanto è dato sapere) giudiziario, risalente al 2008. Si trattava in quel caso di una gestante che avrebbe voluto revocare il consenso prestato nell'ambito di un accordo con una coppia di San Francisco, eterosessuale, per cui, a quanto è dato sapere, si sarebbe raggiunto un accordo prima di addivenire all'annunciata azione giudiziaria.

<sup>33</sup> Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division one, *Cook v. Harding*, decisione del 26 gennaio 2017, che conferma la precedente decisione della Los Angeles County Superior Court del 6 giugno 2016.



ha ritenuto, tuttavia, che lo *status* si fosse costituito già prima del concepimento, affermando per un verso che lo stesso non potesse essere *rinunziato* dal padre, ed escludendo, per altro verso, di poter esprimere in questa sede giudizi sulla capacità genitoriale del padre, richiamando al riguardo l'impostazione tradizionale per cui lo Stato non può sindacare su chi possa divenire genitore (con metodi naturali o con procreazione medicalmente assistita)<sup>34</sup>. La Corte d'appello ha rifiutato, inoltre, di considerare i profili di pretesa illegittimità costituzionale della *surrogacy*, sul rilievo che la disciplina legislativa ha recepito i principi già enunciati dalla stessa Corte Suprema nei precedenti *Calvert e Buzzanca*.

## 5. GPA e dignità

Come si è visto, la Corte Suprema della California in *Johnson v Calvert* ha ritenuto che la *surrogacy* non comporti una *lesione della dignità della donna* quando la stessa sia il frutto di una sua libera scelta. In un infelice *obiter* della nostra Corte costituzionale (peraltro in una sentenza che per molti altri versi è del tutto condivisibile) la maternità surrogata, invece, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>35</sup>.

Se, tuttavia, *la dignità della donna e se la qualità delle relazioni umane* segnano i parametri ed il perimetro del giudizio, come pare sottolineare la nostra Corte costituzionale, allora non può non osservarsi come il tema della dignità incontri necessariamente quello dell'autodeterminazione della donna. Come sottolineato dai giudici californiani, l'argomento per cui una donna non potrebbe mai essere in grado di decidere in modo consapevole di portare in grembo e far nascere un bambino di altri risente invero di un evidente quanto antico pregiudizio<sup>36</sup>. Negare ogni possibilità di

---

<sup>34</sup> Court of Appeal, *Cook v. Harding*, cit: «for purposes of an equal protection analysis, it is more appropriate to compare children born to surrogates with children born in a traditional manner to other parents than it is to compare children born to surrogates with children placed through adoption or family courts. Of course, the state does not regulate who is permitted to give birth».

<sup>35</sup> Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272 (Pres. Grossi - Est. Amato) in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c.; sulla sentenza v. Schillaci, 2018c; Sassi, 2017.

<sup>36</sup> Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, cit., § 4: «The argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of

autodeterminazione, anche ove sia assicurata la libertà e spontaneità della scelta, appare frutto di «una costruzione inferiorizzante della capacità femminile» (Pezzini, 2017b, 95), risultando, in fin dei conti, pregiudizievole proprio della dignità della donna.

La questione, accennata solo incidentalmente nella decisione della corte italiana, è stata affrontata più recentemente in «una vera e propria sentenza-trattato» (Schillaci, 2018b) dal Tribunal constitucional portoghese, in occasione del vaglio di costituzionalità della legge lusitana sulla *gestação de substituição*, che è stata ritenuta legittima salvo che per alcuni suoi, non trascurabili, aspetti<sup>37</sup>. Per la Corte portoghese, l'argomento per cui la GPA configurerebbe sempre una *mercificazione della donna* o, addirittura, una sua *riduzione in schiavitù*, a prescindere da una attenta analisi delle condizioni sociali, culturali ed economiche in cui la medesima si è determinata a contribuire alla nascita di un bambino altrui, condurrebbe per un verso a mortificare la sua stessa capacità di autodeterminazione, il suo ruolo attivo e le sue motivazioni, e per altro verso ignorerebbe che la donna, anche nel corso della gravidanza, mantiene pur sempre - seppure in una condizione di vulnerabilità - la pienezza delle proprie relazioni sociali<sup>38</sup>. Per il Tribunal constitucional, la gestante attua *nel caso di GPA altruistica* «un proprio progetto personale» ed «esprime la propria personalità», sicché la pratica «è l'opposto della sua degradazione», dovendosi rinvenire nella stessa «l'esercizio della sua autonomia individuale e della sua libertà personale»<sup>39</sup>. Per conseguenza, secondo i giudici portoghesi «non vi è violazione della sua dignità umana, ma, al contrario, la sua partecipazione alla gestazione di sostituzione afferma una libertà che, in ultima analisi, si fonda proprio su tale dignità»<sup>40</sup>.

Per i giudici portoghesi non può assumersi, inoltre, che nella specie risulti lesa la *dignità personale del nascituro*, posto che il bambino non è *oggetto di una mercificazione* né è *strumento per il perseguimento di interessi degli adulti*. Il figlio, infatti, gode sia nel corso della gravidanza che dopo il parto di una condizione identica agli altri bambini<sup>41</sup> e

---

*the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law».*

<sup>37</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, sentenza del 24 aprile 2018 n. 225, reperibile online in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>38</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit., vedi particolarmente i § 25, 26 e 28.

<sup>39</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit. § 28.

<sup>40</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit. § 28.

<sup>41</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit. § 32.

secondo le ricerche unanimi non subisce alcun pregiudizio di ordine psicologico<sup>42</sup>. Il medesimo, infine, non è «oggetto» di un contratto (posto che accordi, anche di natura contrattuale, sono comunque presenti in ogni occasione di nascita, anche con procreazione naturale)<sup>43</sup> ma è qui *il fine*, e non il mezzo, della pratica, esattamente come avviene per ogni ipotesi di procreazione naturale o artificiale (il Tribunale menziona al riguardo gli autori che hanno osservato come «il bambino generato con GPA avrà la certezza d'essere stato molto desiderato dai suoi genitori intenzionali, forzati a oltrepassare i propri limiti fisiologici e biologici per portarlo al mondo, sicché non potrà mai soffrire il trauma d'essere un figlio “accidentale”»<sup>44</sup>).

La Corte rivela, allora, come la GPA, quando sia gratuita, assuma una «*relevância constitucional positiva*», essendo diretta a perseguire interessi giuridici fondamentali, come quello di creare una famiglia ed avere figli<sup>45</sup>.

D'altra parte, anche la nostra Corte costituzionale nella più volte menzionata sentenza n. 162 del 2014 ha osservato come la libertà di scelta «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», «riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, poiché concerne la sfera privata e familiare», «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, *qualora non vulneri altri valori costituzionali*» (corsivo aggiunto)<sup>46</sup>.

Se, dunque, come affermato nella sentenza n. 272 del 2017, tali valori costituzionali attengono alla *dignità della donna* e alla *qualità delle relazioni umane*, il tema si sposta necessariamente su una valutazione in concreto delle condizioni che assicurano

---

<sup>42</sup> Tribunal constitucional del Portugal, cit. § 35: «Na verdade, é de realçar que os estudos científicos existentes não indicam quaisquer diferenças relevantes, no que respeita às relações de parentalidade e ao desenvolvimento psicológico harmonioso, entre crianças nascidas com recurso a gestação de substituição e as restantes, não tendo este fator sido assinalado como causa direta de quaisquer perturbações (veja-se, por exemplo, e para além dos mencionados no aludido relatório do Presidente do CNECV de 2012, Golombok, S., Blake, L., Casey, P., Roman, G. and Jadva, V. (2012), “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment” in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54, 653–660. doi:10.1111/jcpp.12015)».

<sup>43</sup> Tribunal constitucional del Portugal, cit. § 32: «O objeto imediato destes contratos nunca é a criança em si mesma considerada. (...) A prévia celebração dos contratos que regulam as técnicas de PMA ou a gestação de substituição, que foram indispensáveis para que tal criança nascesse, em nada afeta a sua dignidade».

<sup>44</sup> Tribunal constitucional del Portugal, cit. § 33.

<sup>45</sup> Tribunal constitucional del Portugal, cit. § 28: «A gestação de substituição tem, por isso, uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar».

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, cit., § 6.

un'adeguata prevenzione del rischio di compressione della sua libertà di scelta ed una adeguata protezione delle relazioni che si intrecciano fra i soggetti coinvolti<sup>47</sup>.

## 6. Discussione del modello californiano (con alcuni spunti *de iure condendo*)

Come si è detto, alla base della GPA vi è un accordo. A differenza di quanto accade nella comune fecondazione eterologa, non bastano infatti meri atti unilaterali, dei donatori e dei genitori, essendo necessario che la volontà dei genitori e della gestante sia raccolta in un unico atto che sia il risultato di un complessivo accordo.

Tale forma giuridica rispecchia la consapevolezza che *la GPA trova fondamento in una relazione* fra le parti coinvolte. Com'è stato osservato, la volontà della gestante si forma infatti entro «una relazione di reciproco riconoscimento ed affidamento» con i genitori intenzionali, distinguendosi nettamente dal contributo di una donatrice o donatore di gameti, il quale non richiede riconoscimento come relazione umana interpersonale<sup>48</sup>.

Già il percorso attraverso il quale le parti si scelgono è assai delicato, poiché evidentemente un cammino così straordinario, che prevede, da un lato, la consegna ad una persona esterna alla coppia di ogni speranza di avere un proprio figlio, e, dall'altro lato, la gestazione nel proprio grembo di un bambino altrui e la sua riconsegna nel giorno del parto, necessita di reciproca conoscenza e, soprattutto, di grande, reciproca fiducia. I soggetti di tale relazione, in particolare le due donne che la costruiscono, hanno innanzitutto necessità di chiarire molteplici aspetti connessi alla gravidanza e di trovare una condivisione anche con riguardo a scelte che implicano non solo coinvolgimento emotivo ma anche precise opzioni etiche. Già prima dell'inizio del percorso è indispensabile che le parti si conoscano, non solo per costruire una *relazione di*

---

<sup>47</sup> Nell'affrontare il tema del ripensamento materno, Stefanelli, 2018b, p. 141 rileva la necessità di una «verifica in concreto della libera condivisione di una scelta o piuttosto della coercizione alla gestazione ed alla rinuncia al bambino, che caratterizza gli abusi di tale pratica in alcuni Paesi, ma non può confondersi con la pratica stessa, come testimonia l'esperienza degli Stati del Nord America nei quali è da tempo regolamentata, proprio allo scopo di prevenire la coercizione diretta o indiretta». Pezzini, 2017b, p. 95, «evocare la necessità di tutela della donna vale a qualificarla astrattamente come soggetto debole in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che anche il delicato problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, debba essere affrontato nello specifico, individuando in concreto rischi e problemi ed agendo coerentemente per tutelarsi dai primi e per risolvere i secondi».

<sup>48</sup> Pezzini, 2017b, p. 96.

*conoscenza ed empatia reciproca*, ma anche per verificare *la condivisione di valori comuni*. A prescindere, ad esempio, dalla titolarità esclusiva della donna in gravidanza del diritto di abortire, una gestante tendenzialmente *pro-life* cercherà genitori con analoghi punti di vista in materia di aborto, così come gestanti e genitori tendenzialmente *pro-choice*, si cercheranno.

Da qui, tuttavia, anche uno degli aspetti più critici del «modello californiano», atteso che in tale sistema la preselezione e l'incontro fra le parti (gestante e genitori), così come la supervisione e la verifica di tutto il loro percorso, è *rimessa interamente a soggetti privati*, quali le stesse parti, gli avvocati, i medici e (quando vi sono, dunque non sempre) le agenzie<sup>49</sup>. Tale scelta è invero coerente con l'impianto giuridico, culturale ed economico d'oltreoceano, per cui l'intervento di autorità pubbliche è visto come intrusivo rispetto al diritto fondamentale alla *privacy*. A tale impostazione si contrappongono evidentemente i modelli di *surrogacy* dei paesi di *civil law* che *rimettono ad un giudice, o ad agenzie pubbliche* il controllo di tutta la fase prodromica della GPA, della formazione dell'accordo e del suo compimento (ad es. Israele, Portogallo e Grecia) e, anzi, vietano espressamente ogni intermediazione privata. Né pare che la scelta preferibile limiti l'intervento pubblico al solo provvedimento «autorizzativo» emesso da un ente pubblico o dall'Autorità giudiziaria, posto che la specifica natura della relazione e gli interessi e i diritti coinvolti consigliano che le parti siano accompagnate nel percorso prima, durante e dopo la gravidanza. Non dunque solo esigenze di controllo, ma anche di ausilio.

Altro aspetto critico attiene all'*effettiva protezione giuridica della donna nel corso della gravidanza*. È impregiudicato, come detto, il diritto costituzionale di autodeterminazione della donna in materia di interruzione della gravidanza, sicché si deve assumere - pur in assenza di precedenti - che in ipotesi di eventuali clausole in materia di aborto comunque inserite nell'accordo, l'esercizio di un diritto fondamentale non possa mai consentire pretese risarcitorie. Inoltre, può ben dubitarsi che abbiano qualsiasi efficacia giuridica eventuali restrizioni relative alla condotta della donna che siano prive di una evidente giustificazione medica. Tuttavia, non può escludersi che clausole contrattuali, seppure inefficaci e incoercibili, esercitino una sorta di pressione psicologica sulla donna in

---

<sup>49</sup> Generalmente è richiesto che la gestante abbia già figli propri (si da assicurare consapevolezza rispetto al percorso che intende intraprendere), che abbia buone condizioni economiche (si da assicurare che la scelta non sia compiuta per bisogno) e che presenti buone condizioni psico-fisiche; in alcuni casi, ma non sempre, anche i genitori sono sottoposti ad un preventivo *screening* psicologico (v. nota 23).

gravidanza. Da questo punto di vista, ben più pregnante sarebbe l'espressa previsione legislativa della radicale nullità di ogni clausola o accordo limitativo della piena autonomia e libertà della donna in gravidanza. Parimenti, ben più efficace sarebbe l'espressa previsione legislativa della necessaria assunzione da parte dei genitori di tutti i costi della gravidanza (comprese tutte le spese sanitarie o di mantenimento anche in termini di mancato guadagno) anche per l'ipotesi di esito infausto e per l'ipotesi in cui la donna decidesse di interrompere volontariamente il percorso.

Infine, una delle questioni più discusse (non tanto in California, ma nel dibattito pubblico italiano ed europeo) attiene, com'è risaputo, alla *previsione di un compenso*, il quale è vietato nell'ordinamento inglese o canadese, mentre non è visto con alcun pregiudizio in California (pur non essendo espressamente previsto dalla legge). Nel nostro dibattito pubblico il passaggio di danaro evoca, per un verso, il fantasma del corrispettivo per la stessa cessione del bambino e, per altro verso, giustamente preoccupa rispetto all'effettiva libertà di scelta della donna che dovesse prestarsi ad una gravidanza in ragione delle proprie condizioni di indigenza.

La Corte Suprema californiana ha escluso al riguardo che il passaggio di danaro configuri il compenso per una pretesa «cessione di genitorialità» o per una «rinuncia» alla genitorialità, rilevando come lo stesso vada inteso quale «compenso per la gestazione e il parto del nascituro»<sup>50</sup>. D'altra parte, il rischio di una indebita pressione economica può essere ridotto, se non eliminato, attraverso pregnanti controlli diretti a verificare le condizioni di indipendenza economica della donna, ad esempio escludendo chi versi in condizioni economiche legittimanti l'accesso all'assistenza pubblica (pensioni per ragioni di indigenza; indennità di disoccupazione; specifiche agevolazioni assistenziali ecc..). La migliore dottrina ha osservato al riguardo come l'esistenza o meno di un corrispettivo «non escluda la libera autodeterminazione della portatrice, al pari del contratto di baliatico» (Stefanelli, 2018b, 141) e anche il pensiero di chi assume una rigorosa prospettiva di genere è sul punto in cammino, sino ad affermare che «il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne»<sup>51</sup> e che potrebbe

---

<sup>50</sup> Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, §. 4, per cui il danaro «*is meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up "parental" rights to the child*».

<sup>51</sup> Per Saraceno, 2017, p. 5 «la questione è non solo il rimborso delle spese mediche, dell'abbigliamento, ecc., ma anche del tempo. Dopo tutto, noi prevediamo che l'assenza per maternità sia compensata e non riteniamo che una donna incinta che è pagata per rimanere a casa durante gli ultimi mesi della gravidanza

ammetersi «l'apertura ad una ragionevole remunerazione»<sup>52</sup>. Peraltro, persino negli ordinamenti in cui il corrispettivo è vietato, come quello inglese, le Corti autorizzano di fatto *ex post* la corresponsione di somme anche ingenti<sup>53</sup>.

In buona sostanza, non persuade l'impostazione che esclude del tutto ogni remunerazione (che è seguita anche dal Tribunal lusitano, seppure la questione del compenso non fosse oggetto della decisione posto che la legge già ammetteva la sola GPA a titolo gratuito), atteso che ove sia ragionevolmente escluso che condizioni di bisogno concretino una costrizione e dunque una limitazione alla possibilità di scelta, tenuto conto che anche le attività umane più eminentemente altruistiche tollerano una qualche forma di remunerazione, non si vede in effetti in che modo in uno Stato di diritto possa vietarsi ad una donna, in piena autonomia e libera da pressioni sociali o economiche, di realizzare una gravidanza per un'altra donna, non in grado di mettere al mondo il proprio bambino, richiedendole un qualche compenso.

## 7. La natura giuridica della fattispecie

La questione della *natura giuridica* della fattispecie risente di un vizio di fondo, indotto dall'erroneo rinvio alla categoria del «contratto». È invero frequente il richiamo, spesso in termini denigratori, alle figure della locazione, della compravendita o, nella migliore delle ipotesi, della donazione. Tale rimando a categorie contrattualistiche risente verosimilmente anche dell'uso in inglese del termine «*agreement*», pigramente tradotto come «contratto», senza tenere conto che i termini *agreement* o *contract* non hanno quella connotazione strettamente patrimoniale che contraddistingue il *contratto* nel nostro

---

e per un certo tempo anche dopo, abbia un'attitudine "commerciale". Dovrebbe esserci una certa regolazione dell'ammontare del rimborso e di che cosa dovrebbe essere rimborsato. Ma il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne. La situazione è diversa da quella della donazione di sangue, poiché richiede molto più tempo e coinvolge il corpo della donatrice. Questo - a mio parere - vale anche per le donatrici degli ovuli, che in Italia non possono essere rimborsate per il tempo che spendono nella procedura».

<sup>52</sup> Pezzini, 2017b, pp. 114-115, rileva che «la salvaguardia della dignità essenziale di tutti gli esseri umani, presenti e futuri, coinvolti pretende la essenziale gratuità della relazione» non sembra incompatibile «persino con l'apertura ad una ragionevole remunerazione della madre biologica».

<sup>53</sup> Cfr. Gianecchini, 2018, p. 123 la quale rammenta la decisione nel caso *Re L (a minor) [2010] EWHC 3146 (Fam)*, spesso richiamata da altri giudici, ove è stato ritenuto dirimente che «gli *applicants* abbiano agito in buona fede e non immoralmente durante le trattative con la madre surrogata e che il pagamento non abbia rappresentato una pressione per condizionare la volontà di quest'ultima».

codice civile, caratterizzato dalla stretta patrimonialità dei rapporti obbligatori ex art. 1174 c.c. Il richiamo nella nostra lingua alla categoria del contratto è evidentemente fuorviante: le categorie giuridiche derivate dal diritto del contratto e delle obbligazioni non rendono infatti conto della specifica esperienza relazionale, unica nel mondo del diritto, compiuta nell'arco dei mesi di gravidanza, la quale si proietta anche dopo il parto. Sarebbe invero più opportuno considerare che la fattispecie della gravidanza per altre o altri è invece istituto giuridico del *diritto di famiglia* e dovrebbe essere riguardato nel suo ambito, respingendo ogni impiego di categorie contrattualistiche. Come altri istituti del diritto di famiglia, anche la GPA regola infatti eminentemente rapporti di natura personale, pur tollerando, come altri istituti del diritto di famiglia, regole attinenti a oneri di natura patrimoniale. Con riguardo ai reciproci obblighi e diritti soggettivi, pur dovendosi escludere che la situazione soggettiva della gestante attenga ad un atto di disposizione del proprio corpo che comporti una qualche diminuzione dell'integrità fisica (Scalisi, 2017, 1100 e Stefanelli, 2018b, 141), la fattispecie non potrebbe essere inquadrata, allora, come una mera *prestazione di un servizio*. La dottrina anglosassone più attenta ha proposto al riguardo la qualificazione come attività di «cura prenatale del bambino» (*pre-birth childcare* (Walstead, 2014, 333)), ma, in verità, anche tale qualificazione non dà pienamente conto di come tale attività inevitabilmente si proietti anche oltre il parto, sicché appare invece convincente la proposta di «una figura giuridica nuova», la *gravidanza per altre o altri*, appunto, volta a dare pieno conto del fascio di relazioni umane che precedono, accompagnano e perfino seguono il parto (Pezzini, 2017b). Le nozioni di contratto o accordo evocano peraltro l'intesa raggiunta fra parti contrapposte al fine del perseguimento di propri interessi (anche non patrimoniali), mentre nella specie dovrebbe prevalere l'accento sull'interesse comune, posto che le parti mettono in essere una complessa rete di relazioni che inevitabilmente li accompagnerà per tutta la vita, in modo del tutto originale ma in fondo analogo a quanto accade ogni volta in cui si creano, modificano o estinguono *relazioni familiari*. Tale qualificazione, come si vedrà (v. *infra*, par. 10 e 11), comporta anche conseguenze sul piano della sua regolamentazione giuridica.



## 8. Quale regola per lo status filiationis: art. 269 c.c. o legge 40/2004

Nonostante i decenni trascorsi dall'inizio della pratica *de qua*, non si è affermata ancora nel nostro ordinamento giuridico una stabile ricostruzione delle sue conseguenze sullo status dei minori, nell'ipotesi in cui la stessa sia stata posta in essere (illecitamente) in Italia o (in genere lecitamente) all'estero. Nonostante la prima ipotesi sia sostanzialmente di scuola (non vi sono stati casi noti dopo l'entrata in vigore del divieto) e la seconda ipotesi postuli in genere l'applicazione del diritto straniero, la ricostruzione sistematica secondo la nostra legge interna appare comunque indispensabile, non solo per il caso che i criteri di collegamento impongano di applicare il diritto italiano, ma anche al fine di ricostruire i principi generali dell'ordinamento influenti sui canoni rilevanti per l'ordine pubblico internazionale (sforzo che appare vieppiù utile ove, ad esito dell'attuale discussione sull'effettiva latitudine dell'ordine pubblico internazionale, si dovesse ritenere che lo stesso trascenda i principi accolti nella carta costituzionale ed accolga anche i principi generali dell'ordinamento nella disponibilità del legislatore ordinario).

Una parte prevalente della dottrina ricerca tuttora fra le norme del nostro codice civile la soluzione per l'identificazione dei criteri di riconoscimento della «madre» secondo il nostro ordinamento giuridico. Come noto, si è voluto desumere un preteso *principio di prevalenza della madre gestazionale* dalla previsione di cui all'art. 269, terzo comma c.c. per cui «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». È tuttavia evidente che tale norma fu pensata dal legislatore quando la possibilità di attuare una fecondazione *in vitro* non era neppure immaginabile, sicché appare un'evidente *forzatura* trarne un principio diretto a dirimere la questione di chi sia la madre giuridicamente riconosciuta in caso di scissione fra maternità gestazionale e maternità genetica.

Già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, che ha disciplinato tutta la materia della PMA, la Corte di Cassazione, nella celebre sentenza sul disconoscimento del figlio da parte del padre che aveva prestato il consenso ad una PMA eterologa, aveva osservato come il codice civile presupponga e rispecchi la procreazione naturale, affermando che in caso di PMA i principi vadano rinvenuti altrove (in mancanza di una norma, come accadeva allora, il giudice doveva dunque trarre la regola dai principi

costituzionali e generali dell'ordinamento)<sup>54</sup>. La stessa Corte di cassazione di recente, seguendo un'attenta dottrina (Sassi, 2015, 20; Stefanelli, 2015, 115 ss. V. anche Stefanelli, 2018b, 156), ha quindi suggerito che il terzo comma dell'art. 269 sia in verità una disposizione in materia di prova (come suggerito già dall'*incipit* della norma, per cui «la maternità è dimostrata provando...»)<sup>55</sup>.

Nel mondo della procreazione naturale, dato per presupposto dal legislatore degli anni quaranta, non vi è scissione possibile fra la donna che metta al mondo un bambino e la donna che ne è madre genetica: l'art. 269 c.c. non contempla, né poteva contemplare, una norma sul *conflitto fra dato gestazionale e dato genetico*, poiché, regolando la maternità naturale, dice, banalmente, che è madre colei che è necessariamente sia madre genetica (comma secondo) che madre gestante, sicché la maternità si prova mediante il parto (comma terzo).

Chi voglia cercare, invece, la norma che regoli nel nostro ordinamento le fattispecie della procreazione artificiale, dovrà rivolgersi alla legge in materia di procreazione medicalmente assistita, la legge n. 40 del 2004, che all'art. 8 (che introduce le «*Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*») stabilisce che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita *hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6*» (corsivi aggiunti).

Tale principio si applica, innanzitutto, anche in caso di fecondazione eterologa, come chiarito dalla Consulta nella menzionata sentenza n. 162/2014 che ha dichiarato l'incostituzionalità del relativo divieto. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 162/2014, ha posto infatti univocamente al centro del sistema l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, avendo ben chiarito che «in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica “hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime”», sicché non può più assumersi che la logica della legge resti quella originaria della *imitatio naturae*, dovendosi dare atto che la legge 40/2004, pur mantenendo tuttora diversi aspetti inaccettabili, è comunque trasfigurata rispetto all'assetto iniziale<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Corte di cassazione, sezione prima, sentenza n. 2315 del 16 marzo 1999, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1999, p. 1095 ss., su cui D'Avack, 1999; Patti, 2000; Sesta, 2000.

<sup>55</sup> Corte di cassazione n. 19599 del 2016, cit. In questo senso anche Scalisi, 2017, p. 1102.

<sup>56</sup> D'Amico, 2014, p. 34, per cui la legge 40 «non è più una legge ideologica che si illude di imporre valori astratti ai cittadini incidendo sui loro diritti, fatta di irragionevoli divieti, ma è una legge laica, che bilancia

Inoltre, come rilevato ancora dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, la determinazione dei criteri di riconoscimento dello *status filiationis* non può essere confusa con la questione del diritto alla *conoscenza delle proprie origini*, che è stato in qualche misura riconosciuto in caso di adozione<sup>57</sup> e dalla stessa Consulta nell'ipotesi di parto anonimo<sup>58</sup>: un tale diritto alla conoscenza di avvenimenti rilevanti per la propria storia personale e per la propria identità non interferisce infatti in alcun modo con la determinazione, la certezza e l'irrevocabilità dello *status filiationis*<sup>59</sup>.

Anche grazie a tale decisione, la centralità del *principio della volontà* nel sistema della procreazione artificiale, in opposizione al principio della derivazione genetica nel sistema della procreazione naturale, è oggi affermata dalla dottrina pressoché unanime (Zatti, 2011, 3 ss.; Stefanelli, 2018b, 134 ss. e 171 ss.; Bianca, 2015, 20; Baldini, 2012, 32; Venuti, 2018; Gattuso, 2017b e 2018b).

Nel solco di tale indirizzo, ribadito più volte in giurisprudenza<sup>60</sup>, si è espressa di recente la Corte d'Appello di Napoli, in una *fondamentale decisione* che ha compiutamente chiarito il quadro, affermando che «deve riconoscersi che la rigida applicazione delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale anche alle ‘nuove modalità’ di procreazione è ormai, oltre che inadeguata, *giuridicamente errata*» (corsivo aggiunto)<sup>61</sup>. Mentre la procreazione «naturale» trova la propria regolamentazione nel codice civile, «le fondamenta normative (principali pur se non esclusive) della genitorialità da p.m.a. si rinvencono nella l. 40/04, quale «riscritta» e «costituzionalizzata» dalla giurisprudenza, specie costituzionale, in particolare negli artt. 6, 8 e 9, che esprimono ormai (dopo Corte cost. 162/14) regole di portata generale per tutte le forme di p.m.a.». Come già osservato

---

valori, che riconosce la giusta esigenza della procreazione come diritto incoercibile delle persone, e che, soprattutto, pone come principi fondanti quelli di autonomia e di responsabilità delle coppie e del medico».  
<sup>57</sup> Art. 28, commi 4 e 5, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p), del d.lgs. n. 154/2013.

<sup>58</sup> Corte cost., n. 278/2013, su cui Checchini, 2014; Auletta, 2014. La decisione come noto ha fatto seguito alla pronuncia della Corte europea dei diritti umani, *Godelli c. Italia*, del 25 settembre 2012, su cui Long, 2013.

<sup>59</sup> Il diritto a conoscere le proprie origini riguarda peraltro anche il figlio adulterino, nato in costanza di matrimonio, a prescindere dal mantenimento dello *status* (Ferrando, 1999, p. 148).

<sup>60</sup> *Ex multis* (oltre alle più recenti citate alla nota 71), v. Corte di cassazione, sezione prima, 15 giugno 2017, n. 14878 (pres. S. Di Palma; est. M. Dogliotti) in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 12, p. 1708, su cui Palmeri, 2017b; Corte d'appello di Milano, sentenza 10 agosto 2015 n. 3397, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)); Tribunale di Perugia, decreto del 9 febbraio 2018 (pres. P. De Lisio; est. L. Giglio) in *Articolo29* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), su cui Stefanelli, 2018a.

<sup>61</sup> Corte d'Appello di Napoli, sentenza 15 giugno-4 luglio 2018 (pres. A. Cocchiara; est. G. Casaburi), in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), su cui Gattuso, 2018a.

in dottrina (Baldini, 2012), la Corte rileva dunque che «dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una *causalità umana*; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) *si fonda sì sulla verità*, ma non su quella biologica: *la verità* è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale» (corsivi aggiunti)<sup>62</sup>. Dunque, per i giudici napoletani le nozioni di «verità» e di «*favor veritatis*» assumono nel contesto della PMA una accezione nuova e diversa da quella tipica del codice civile: *la verità* di questi bambini non coincide col dato biologico e genetico, ma con quello dell'assunzione consapevole della responsabilità genitoriale, espressa già prima del concepimento, atteso che «non casualmente l'art. 6, ultimo comma, l. cit. precisa che ai richiedenti devono essere esplicitate con chiarezza le conseguenze giuridiche di cui agli art. 8 e 9». Rilevante che per la Corte non appaia ostativo il divieto previsto dalla stessa legge 40 all'accesso a una particolare pratica in Italia (nella specie si trattava di fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne), poiché «la violazione di norme interne non può comunque portare alla lesione dei diritti del minore a vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro».

Ciò detto, è particolarmente illuminante che la Corte napoletana abbia rilevato che la maternità surrogata «è comunque riconducibile» ad una forma di PMA, sicché «la configurazione di una genitorialità/filiazione fondata non tanto sulla derivazione biologica (che, come detto, può mancare), quanto sul consenso, può avere ricadute anche con riferimento alla maternità surrogata» (corsivo aggiunto). Dunque, la protezione dei

---

<sup>62</sup> Tale indirizzo ha ricevuto piena conferma anche in due recenti decisioni del Tribunale di Pistoia e del Tribunale di Bologna. Per la corte toscana il consenso richiamato dall'art. 6 della legge 40 «rappresenta l'assunzione consapevole ed irrevocabile della responsabilità genitoriale da parte di entrambi i componenti della coppia e costituisce il fulcro del riconoscimento dello stato giuridico del nato e del concetto di genitorialità legale, come contrapposta alla genitorialità biologica», Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018 (pres. F. Amato, est. L. Maione), in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Analogamente il Tribunale di Bologna ha affermato che «nel nostro ordinamento - accanto alla genitorialità naturale e adottiva da adozione piena (ai sensi della L. 184/83) - è riconosciuta quella da procreazione medicalmente assistita, che può prescindere del tutto dal legame genetico fra figlio e genitore, essendo possibile che sia il gamete maschile che l'ovulo femminile siano estranei alla coppia richiedente. In questo caso, *la verità* su cui si basa la genitorialità non è quella biologica, ma quella data dal *consapevole consenso della coppia richiedente*» (corsivi aggiunti), Tribunale di Bologna, decreto del 6 luglio 2018 (pres. M. Betti, est. S. Migliori), in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

minori offerta dalla legge 40 del 2004 interessa anche i bambini nati in seguito a maternità surrogata<sup>63</sup>.

Non persuade al riguardo, come si dirà meglio più avanti (par. 11), la critica per cui tale impostazione priverebbe di rilevanza il ruolo centrale, imprescindibile e insostituibile, svolto dalla donna gestante e la speciale relazione fra la stessa e il nascituro nel corso della gravidanza, che è ritenuta, giustamente, meritevole del più incisivo risalto e della più ampia protezione (Pezzini, 2017b). Tale rilievo, che si fonda per quanto si dirà su una valorizzazione della *relazione di gravidanza* che è pienamente condivisibile, non conduce nondimeno a superare, *de iure condito*, l'evidente dicotomia fra il sistema codicistico, rivolto alla procreazione naturale, e il sistema della legge 40/2004, che governa la procreazione artificiale. È inoltre pacifico che nella GPA gestazionale si debbano adottare sempre tecniche di fecondazione eterologa, né può nascondersi che lo stesso legislatore abbia collocato l'unico riferimento alla maternità surrogata proprio nella legge n. 40 del 2004. Non si tratta di enfatizzare gli elementi di contatto fra pratiche (PMA eterologa e GPA) che in tutta evidenza hanno anche caratteri specifici, ma di prendere tuttavia atto che nel sistema attuale, *de iure condito*, quando il nato sia venuto al mondo in seguito a procreazione diversa da quella naturale (come accade nella GPA gestazionale, la quale richiede peraltro anche l'intervento medico), soltanto un'evidente (doppia) forzatura giuridica potrebbe consentire di applicargli le norme codicistiche, che riguardano la procreazione naturale, dove ogni scissione fra *le due madri* è impossibile, peraltro dando una lettura dell'art. 269 c.c. eccentrica rispetto allo scopo originario della norma.

Anche a non ritenere, come pare, che i principi siano applicabili in via diretta e ad assumere pertanto che si versi in una lacuna, non pare confutabile la necessaria applicazione in via analogica dei principi di cui alla legge 40/2004. Come si dirà, dall'innegabile valore della *relazione di gravidanza* come principio fondativo della procreazione *discendono invece specifiche conseguenze*, già *de iure condito*, che ne sottolineano la centralità nel processo procreativo, senza che vi sia l'indefettibile necessità che la gestante venga considerata «madre» del nato.

Va anche detto che la posizione della donna partorienti che abbia dichiarato la volontà di restare anonima trova regolamentazione nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 30,

---

<sup>63</sup> Sull'applicabilità della legge 40/2004 ai minori nati con maternità surrogata sia consentito rimandare a Gattuso, 2017 a, 2017b e 2017c.

primo comma del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, né (come sembra invece suggerito da altra parte della dottrina (Villani, 2004, 108; Salanitro, 2004; Caggia, 2009, 552-553)) assume rilievo il secondo comma dell'art. 9, legge 40/2004, il quale stabilisce che la «madre» che abbia avuto un bambino con fecondazione artificiale «non può dichiarare la volontà di non essere nominata». Tale norma, infatti, in tutta evidenza non si rivolge alla donna che, pur avendo partorito, non sia «madre» ai sensi dell'art. 8 della stessa legge. Quando la legge 40/2004 usa la parola «madre», lo fa ovviamente nell'accezione propria della stessa legge 40/2004, che regola il sistema della procreazione artificiale, e non secondo una (pretesa e dubbia) accezione che si vorrebbe desumere dal terzo comma dell'art. 269 del codice civile, che regola come detto la procreazione *naturale*<sup>64</sup>.

Il divieto di ricorso al parto anonimo non è previsto dunque genericamente per la donna che abbia fatto ricorso alla fecondazione assistita, ma per colei che abbia espresso il consenso di cui all'art. 6. L'istituto del parto anonimo origina infatti dalla volontà legislativa di salvaguardare la nascita anche in caso di gravidanza indesiderata e il divieto di anonimato ha base razionale in quanto concreti un divieto di ripensamento per chi abbia già manifestato l'irrevocabile volontà di divenire genitore (volontà su cui si baserà il successivo riconoscimento o accertamento giudiziale)<sup>65</sup>.

In assenza di specifici dati di diritto positivo, non possono trarsi argomenti in favore della pretesa prevalenza del dato gestazionale dalla - corretta - decisione assunta dai nostri giudici nella drammatica vicenda dello *scambio di embrioni* (il cd. caso *Pertini*<sup>66</sup>, spesso evocato quando si discorre di GPA), posto che lì non poteva applicarsi la regola dell'art. 8 della legge 40/2004, non essendovi stato alcun consenso ai sensi dell'art. 6 (essendo lo scambio frutto di un inescusabile errore).

La decisione, richiamata dai più quale conferma del preteso principio per cui sarebbe sempre madre la partoriente, è severamente criticata da quanti assumono invece che la

---

<sup>64</sup> Né può trarsi un argomento dalla circostanza che il menzionato primo comma dell'art. d.p.r. n. 396/2000 parli di «madre», posto che tale norma è posta fuori dal sistema della legge 40/2004, che disciplina la PMA.

<sup>65</sup> In questo senso v. anche Salone, 2014, p. 181. Secondo altra opinione l'articolo 9, comma 2 dovrebbe essere riferito esclusivamente all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di cui al primo comma, con la conseguenza che la disposizione che nega l'anonimato della partoriente non sarebbe applicabile in caso di gestazione per altri con gameti provenienti dalla coppia, Stefanelli, 2016, p. 22.

<sup>66</sup> Le ordinanze cautelari evocate nel testo sono tre: Tribunale di Roma, ordinanza dell'8 agosto 2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 929 ss., su cui Bugetti, 2014, Mendola, 2015 e Bianca, 2015; Tribunale di Roma, ordinanza del 22 aprile 2015, su cui Falletti, 2015; Tribunale di Roma, su cui Bugetti, 2016.

maternità si sarebbe potuta e dovuta accertare «secondo il criterio generale della compatibilità genetica» (Stefanelli, 2018b, 215).

Secondo la diversa prospettiva che qui si intende proporre, la (difficile) scelta dei giudici romani di lasciare il bambino alla donna che lo aveva partorito appare invece convincente, non per il dogmatico ossequio all'astratto e tutt'altro che univoco principio di cui all'art. 269, terzo comma, ma perché, in carenza di una specifica regola legislativa, non poteva non tenersi conto della *prevalenza del legame di fatto* comunque instauratosi nel corso della gravidanza, *in funzione del superiore interesse del minore* (su tale prospettiva v. più diffusamente *infra* par. 10 e 11).

Ne consegue, in conclusione, che *de iure condito* la donna che in seguito a fecondazione *in vitro*, medicalmente assistita, eseguita in funzione di una GPA gestazionale abbia portato in grembo e messo al mondo un figlio altrui, non può essere giuridicamente riconosciuta come «madre» dello stesso, in quanto la regola giuridica di cui all'art. 8 della legge n. 40 del 2004 impone che lo *status* genitoriale sia imposto in capo a chi ha assunto la genitorialità prima del concepimento, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge. In ogni caso, la donna che ha partorito il bambino in seguito a GPA ben può decidere di restare anonima, posto che per quanto detto alla stessa non può applicarsi la regola di cui all'art. 9, comma secondo.

## 9. Un'altra madre?

Con riguardo alla *qualità delle relazioni umane*, indicata dalla Corte costituzionale come ulteriore parametro, oltre a quello della *dignità della donna*, non si può non considerare che le donne che decidono di mettere al mondo un bambino di un'altra donna *non vogliono essere considerate madri* di quel bambino, che non è mai stato loro figlio.

Com'è stato sottolineato nella decisione del tribunale costituzionale del Portogallo, «il consenso della gestante implica una *volontà positiva* che il bambino che porterà nel proprio grembo e che metterà al mondo non sarà suo figlio, ma sarà figlio dei beneficiari», così esprimendo una «forma di libertà negativa di costituire famiglie e di avere figli», costituzionalmente garantita<sup>67</sup>. La gravidanza per altre o altri non comporta l'assunzione

---

<sup>67</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit. § 8.

di una *relazione materna*, ma l'esplicita e consapevole intenzione di contribuire al progetto genitoriale di un'altra donna, la quale sarà, lei, *la madre* del bambino. Questo è il presupposto psicologico, culturale, sociale, della *relazione di gravidanza* che fonda la gravidanza per altre o altri.

La gestante non racconta ai propri figli che il bambino che porta in grembo potrebbe essere un loro possibile fratello o sorella, che la loro madre, forse, cederà a terzi. La gestante racconta - a sé, alla propria famiglia, ai propri figli - che porta nel proprio grembo il bambino di un'altra donna, *sua madre*, cui lo restituirà al parto. Senza alcuna possibilità, prima psicologica che giuridica, di tenerlo per sé<sup>68</sup>. Anche l'ascolto di questa narrazione, libera e precisa, dovrebbe condurre, allora, a non definire giuridicamente o socialmente queste donne «matri» di quel bambino<sup>69</sup>.

Se vogliamo porci, inoltre, *dal punto di vista del nato*, non possiamo negare i rischi per l'identità personale del minore che derivano dall'imporre a chi ha già una madre, l'idea di *un'altra madre*, una madre che *avrebbe scelto di non tenerlo con sé*. Non possono sfuggire le rovinose conseguenze psicologiche, identitarie, sociali. L'imposizione di *un'altra madre* introduce il tema di un abbandono, che nella specie invece non c'è e non c'è mai stato. Il rischio è quello di una ricostruzione giuridica *non veritiera*, in quanto non corrispondente a ciò che effettivamente è accaduto ed accade, la quale *riorganizza in termini disorientanti la narrazione della propria origine*.

È allora necessaria un'operazione di verità. Le parole «madre» e «padre» hanno un significato preciso, netto, nella lingua e lo hanno, soprattutto, nel senso comune. Ogni bambino ha il diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, al rispetto della propria identità personale poiché, come affermato di recente nella bella decisione del Tribunale di Perugia, «l'essere desiderato e poi generato, da quel genitore e/o da quella coppia di genitori, è parte irriducibile dell'identità personale di ogni essere umano»<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> È di grande interesse al riguardo la collezione di interviste a gestanti per altri in Marchi, 2017. Di altrettanto interesse i risultati delle ricerche empiriche svolte all'estero, che attestano i sentimenti e gli atteggiamenti delle donne che portano in grembo un bambino per altri, in Carone, 2016, p. 72, in particolare cfr. Jadvá, Imrie, Golombok, 2015.

<sup>69</sup> Secondo Millbank, 2013, «*a baby created via surrogacy is not the baby of the birth mother, not because of the operation of contracts, or genetic link to intended parent(s) combined with lack of genetic link to the surrogate; rather the baby is not hers because she says so and believes this to be so, before, during and after the pregnancy in which she gestates that child into life*», p. 138,139.

<sup>70</sup> Tribunale di Perugia, decreto del 9 febbraio 2018 cit.



Questi bambini hanno dunque diritto alla loro *verità*, la verità della loro nascita, della loro storia personale, della loro famiglia.

## 10. Il diritto al ripensamento

Corollario del «modello forte» nella sua versione californiana è l'impossibilità, reiteratamente affermata dalla Corte Suprema, di ripensamento per la gestante. Nell'ipotesi, invero assai rara<sup>71</sup>, di conflitto fra la gestante e i genitori intenzionali, seguendo la dottrina dell'*intention* non si verte in una ipotesi di coercibilità di un vincolo negoziale ma di accertamento dello *status* da parte del giudice, che trova il suo presupposto nel consenso espresso dalle parti. Come chiarito in *In re Marriage of Buzzanca*, «nel caso a noi sottoposto non ci occupiamo di una questione relativa alla coercibilità di un accordo di GPA, scritto o orale; non si tratta di “trasferimento” della genitorialità in forza di tali accordi; dobbiamo occuparci, piuttosto, delle conseguenze di tali accordi quali atti che hanno causato la nascita di un bambino»<sup>72</sup>.

La ricostruzione della fattispecie come contributo alla nascita di un figlio altrui, esclude l'opinione, nettamente maggioritaria nella dottrina italiana, per cui il pieno riconoscimento della genitorialità *dovrebbe avvenire soltanto (qualche mese) dopo la nascita*.

Tale prevalente opinione è motivata dalla ravvisata necessità di tutelare *il diritto della donna in gravidanza di «ripensarci»*, di trattenere con sé il bambino, ed è in effetti possibile che la *relazione di gravidanza*, per la sua straordinarietà, possa condurre la donna in gravidanza a mutare opinione, a volere revocare il progetto comune intrapreso con la madre (o i genitori) del bambino e a volerlo avere per sé dopo il parto.

A tale riguardo non sembra da escludere che si possa ammettere una deroga al principio di imputazione della genitorialità secondo le volontà originariamente manifestate, dando prevalenza al rispetto della *dignità personale della gestante* e all'*interesse superiore del minore*. La relazione di gravidanza, infatti, per le sue implicazioni psicologiche, sociali, biologiche non può tollerare alcuna costrizione, non essendo ammissibile che una donna

---

<sup>71</sup> V. *infra*.

<sup>72</sup> Corte suprema della California, *In re Marriage of Buzzanca*, cit.

sia «costretta» a proseguire una gravidanza pur non aderendo più all'originario progetto<sup>73</sup>. Nel caso in cui la gestante giunga dunque a rimeditare nel corso della gravidanza la propria decisione iniziale, determinandosi ad interrompere il percorso diretto a consentire la nascita di un bambino altrui (e tuttavia non intendendo per ciò solo interrompere la gravidanza), l'interesse superiore del minore dovrebbe condurre a dare prevalenza alla permanenza della relazione già di fatto instauratasi fra gestante e nascituro, consentendo di trattenere dopo il parto il bambino con sé.

Tale soluzione del possibile conflitto fra le parti, come detto, non pone al centro i contrapposti interessi degli adulti, né fa «rinascere» un preteso principio generale per cui la stessa, in quanto gestante, sarebbe «madre» (in quanto, come si è detto più volte, tale principio è di dubbia sussistenza nel nostro sistema e sarebbe comunque inapplicabile in materia di procreazione artificiale), ma pone al centro *la dignità della donna, la relazione di gravidanza e l'interesse superiore del minore*, innanzitutto ad una serena prosecuzione della gravidanza, quali parametri prevalenti che debbono guidare la decisione<sup>74</sup>.

Ad una soluzione non dissimile è giunto anche il Tribunal consitucional del Portogallo nella decisione più volte menzionata, in cui è sottolineato come la GPA postuli che la volontà della gestante permanga per tutto il percorso e che sia, dunque, sempre revocabile<sup>75</sup>. Meno convincente, quantomeno nel sistema italiano, la notazione del Tribunal per cui a tale revoca seguirebbe l'applicabilità del «criterio generale della filiazione previsto nel codice civile» della imputazione della maternità in virtù della gestazione<sup>76</sup>, poiché, il ripensamento non può comportare il recupero di improbabili principi codicistici, imponendo nel nostro sistema semmai una deroga ai principi sulla imputazione dello *status* di cui all'art. 8 della legge 40 del 2004<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Per Scalisi, 2017, p. 1101 «su snodi così cruciali dell'umana esistenza non possono ammettersi se non scelte assolutamente libere da ogni condizionamento e scelte comunque sempre revocabili».

<sup>74</sup>Sottolinea, in caso di conflitto, «l'unico criterio assiologico-pratico applicabile, ossia quello del prevalente e superiore interesse del minore», Scalisi, 2017, p. 1103.

<sup>75</sup> Tribunal consitucional del Portogallo, cit. § 44-46.

<sup>76</sup> Tribunal consitucional del Portogallo, cit. § 8.

<sup>77</sup> La ricostruzione della Corte lusitana non è forse del tutto coerente, posto che la stessa Corte in caso di nullità dell'accordo ha ritenuto insoddisfacente la riattivazione della regola codicistica, dichiarando l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede la necessaria flessibilità in funzione del superiore interesse del minore. Il Tribunale osserva d'altra parte una certa incoerenza interna della stessa legge (Lei n.º 32/2006, «Lei da Procriação Medicamente Assistida»), atteso che l'articolo 8 al primo comma prevede che la gestante «rinuncia ai poteri e doveri della maternità» («renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade»), in evidente contraddizione col settimo comma ove è previsto che il nato è figlio dei genitori intenzionali («A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como

Va detto, infine, che la questione del «ripensamento» non va eccessivamente enfatizzata. Qualche narrazione letteraria e sociologica poco accurata e/o francamente distorta di «bambini strappati alle loro madri» si scontra, infatti, con la realtà dei fatti. Come visto, nel modello «forte» il riconoscimento della genitorialità basato sul principio del consenso non pare aver dato luogo ad elevata conflittualità, posto che in oltre venticinque anni si ha notizia del solo caso in cui una donna ha chiesto dopo il parto di tenere con sé un bambino (solo uno dei tre) che aveva messo al mondo. Si potrebbe obiettare, certo, che il desiderio di ripensamento potrebbe non emergere proprio a causa della sua mancata tutela giuridica. Si deve tuttavia rilevare come pure nei sistemi (quello canadese e quello inglese) in cui l'accertamento della genitorialità segue, di qualche settimana, il parto, si ha un'analogica scarsa casistica di gestanti che abbiano chiesto di tenere il nato con sé dopo una gravidanza per altre. Si è segnalato, ad esempio, che nel Regno Unito, dove la gestante ha il diritto di revocare il proprio consenso nelle prime sei settimane di vita (e dove nascono con GPA circa 400 bambini l'anno<sup>78</sup>), si sarebbero avuti, in oltre trentotto anni, soltanto tre casi<sup>79</sup>. Se si considera, peraltro, che il bambino subito dopo la nascita raggiunge, ovviamente, i suoi genitori, la «revoca del consenso» della partoriente si concreta, in termini pratici, nella richiesta di ricollocamento di un bambino anche dopo diverse settimane, o mesi, di affidamento ai genitori. Ciò spiega perché, valutando il suo migliore interesse<sup>80</sup>, i giudici abbiano comunque sempre mantenuto la collocazione del bambino presso i genitori cui era stato già affidato (valutando, in buona sostanza, che la relazione di accudimento e di affidamento costituitasi dopo il parto prevalga in ogni caso sulla pregressa relazione intrauterina<sup>81</sup>).

---

filha dos respetivos beneficiários»), sicché i giudici rilevano che la legge appare «pelo menos, ambígua: não se pode renunciar a posições jurídicas de que se não é - nem se poderá vir a ser».

<sup>78</sup> Fonte: *The Economist: As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, 13 maggio 2017.

<sup>79</sup> Walstead, 2014, p. 333.

<sup>80</sup> La dottrina evidenzia al riguardo che «In the rare cases where a dispute has arisen because the surrogate refused to relinquish the child, courts have not approached surrogacy agreements as contracts of sale, nor engaged in a discussion of specific performance or contractual purpose, nor awarded remedies on those bases. Rather, courts dealing with such situations have made determinations about allocation of responsibility for care of the child based on the best interests of that child», Gerber, O'Byrne, 2015, p. 275.

<sup>81</sup> Non rappresenta una eccezione il recente caso inglese [2017] *EWCA Civ 228*, in cui il bambino è stato affidato alla gestante (e al marito) come *legal parents*, posto che i giudici hanno dato prevalenza alla circostanza che lo stesso dopo il parto era rimasto di fatto presso la gestante (posto che questa aveva celato la sua nascita, comunicando ai genitori il suo avvenuto decesso), come riferito da Giannecchini, 2018, p. 124.

Sarebbe pure utile, su tale questione, un approfondimento in ordine agli effetti delle due regolamentazioni (californiana vs inglese/canadese) sulla stessa percezione che le donne hanno della gravidanza per altre o altri. Salvo i pochi dati statistici, qui riferiti, non sappiamo, in effetti, se la previsione di un diritto di revoca muti o meno il modo in cui la stessa viene vissuta dalle sue protagoniste; se, ad esempio, la certezza e indisponibilità dei rapporti giuridici crei un quadro più chiaro e rassicurante. Forse, il tema del diritto di revoca del consenso, così centrale dal punto di vista dogmatico, è, nella pratica, secondario rispetto alle tante questioni che agitano questo fenomeno sociale, al cui centro si pone invece il tema dell'effettiva protezione della donna e della sua relazione con il nato dopo il parto, la quale non trova una risposta appagante nella dicotomia presenza/assenza di *status* genitoriale.

## 11. La tutela giuridica della *relazione di gravidanza*

La protezione della *relazione di gravidanza* non risiede nel preteso principio codicistico per cui sarebbe sempre madre chi ha partorito. Tale soluzione finirebbe col sottrarre il minore ai suoi genitori, o privarlo del riconoscimento giuridico di uno di loro, la madre, senza assicurargli peraltro una effettiva relazione con la donna che lo ha messo al mondo, la quale ha dichiarato comunque, secondo la sua legge nazionale, la volontà di non essere nominata.

L'applicazione della regola codicistica dell'accertamento della maternità attraverso il parto, non avrebbe in buona sostanza il fine di rispondere al concreto interesse né del minore, né della donna che lo ha portato in grembo, ma sarebbe diretto a rendere meno appetibile il ricorso alla GPA all'estero. Si avrebbe, allora, *una strumentalizzazione del minore*, di dubbia compatibilità col principio personalistico che informa la nostra Costituzione, in ultima analisi ammettendo, com'è stato autorevolmente detto, una «misura di dissuasione e non di giustizia» (Zatti, 2000).

Come rammentato dal Tribunal Constitucional lusitano (citando Günter Dürig), «la dignità umana è ferita quando l'essere umano è degradato in concreto ad oggetto, a un semplice mezzo, a una realtà sostituibile»<sup>82</sup>. Tale definizione della dignità umana non si

---

<sup>82</sup> Tribunal constitucional del Portogallo, cit. § 22.

attaglia alla donna che, in piena coscienza ed autonomia, libera da condizionamenti, operi la scelta di contribuire alla nascita di un bambino altrui anche dietro compenso, mentre tale degradazione si ritrova senz'altro ove lo *status* del minore sia determinato non in funzione del suo benessere, ma per pretesi scopi di prevenzione generale. Il preteso effetto general-preventivo, d'altra parte, è assai dubbio, posto che certamente il desiderio di genitorialità ha continuato e continuerebbe a muovere le coppie italiane verso i paesi dove è possibile generare con GPA, nonostante il rischio che uno solo dei due genitori sia poi legalmente riconosciuto in Italia (salvo, peraltro, il ricorso all'adozione ex art. 44 lettera *b* o *d*).

Il rilievo che deve essere assicurato alla *relazione di gravidanza* e la tutela che ne dovrebbe conseguire, non impone di affermare uno stravolgimento dei principi in materia di maternità, iscrivendo più mamme (di pancia, genetica, di intenzione) nell'atto di nascita<sup>83</sup>.

Ciò nonostante, muovendo comunque sul piano dell'innovazione legislativa, non è da escludere del tutto che la relazione di gravidanza possa essere annotata nell'atto di nascita. Non come *relazione materna*, ma come traccia della storia personale del minore (che avrebbe forse l'effetto di costringere anche le coppie eterosessuali a disvelare sempre ai propri figli le modalità con cui sono venuti al mondo). L'annotazione nell'atto di nascita delle modalità con cui la persona è nata, magari anche con l'annotazione del nome della donna che ha partorito, certo non come *madre*, ma come gestante, o portatrice, o partoriente, assumerebbe invero un valore simbolico di riconoscimento della *relazione di gravidanza* come atto fondante, insostituibile e centrale della procreazione. Ne andrebbero tuttavia verificate le compatibilità e gli effetti sotto il profilo di un eccessivo stigma imposto sulla persona, delle modalità di tutela del suo diritto alla riservatezza (eventualmente con la possibilità per la persona in età adulta di richiederne la cancellazione), della compatibilità con l'esercizio da parte della partoriente del diritto, garantito all'estero, di non essere nominata, delle ricadute in caso di trasferimento in un paese con legislazione più severa (la Turchia e la Malesia, ad esempio, perseguono penalmente la donna o i genitori che abbiano eseguito una GPA all'estero).

---

<sup>83</sup> È questa la proposta *de iure condendo* di Pezzini, 2017b, p. 94, per cui «l'esistenza del nome della madre biologica nelle attestazioni della nascita garantisce, ai due soggetti che ne sono stati protagonisti, il riconoscimento essenziale della relazione di gravidanza che li ha uniti ed è stata indispensabile al compimento del progetto riproduttivo».

Scontato, comunque, che le varie proposte *de iure condendo* oggi sul campo hanno allo stato scarse possibilità di successo, resta il tema del riconoscimento, *de iure condito*, di tale *relazione di gravidanza*. Posto che tale pratica resiste al divieto, ed è anzi in espansione, in Italia e nel mondo, si pone il tema delle modalità più indicate per affermare la rilevanza del ruolo della donna gestante nella procreazione e della protezione assicurabile, qui e ora, alla relazione fra il bambino e la donna che ha contribuito in modo così essenziale a metterlo al mondo.

Muovendo dalla ricostruzione del patto di gravidanza per altre come istituto di diritto di famiglia volto a creare un insieme, complesso, di relazioni familiari, alla relazione fra gestante e nato, a ben vedere, non può non riconoscersi natura *lato sensu* familiare. Non si tratta, invero, di dare efficacia ad un accordo negoziale illecito per il nostro ordinamento, ma di riconoscere che la *relazione di gravidanza*, in quanto relazione di fatto, incontra e verosimilmente merita, anche dopo il parto, la protezione assicurata dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani alla *vita familiare de facto*.

Come si è autorevolmente sostenuto, dato atto della straordinarietà della relazione sottesa alla gravidanza per altre e altri, occorre muoversi infatti nella prospettiva di «una *nuova concezione della parentela*» (Saraceno, 2017). La *relazione di gravidanza* che lega la gestante al nato non perde di significato e di rilevanza giuridica dopo il parto, ma permane nella realtà del minore come relazione di natura *familiare*. Tale relazione familiare di fatto, tale *parentela* (in termine giuridicamente atecnico, ma assai significativo), merita dunque di adeguata protezione già *de iure condito*, non come relazione genitoriale (la quale sarebbe imposta contro la volontà della donna e contro l'interesse superiore del minore), ma come *diritto di visita* (Laufer-Ukeles, 2013, 1254), il quale va assicurato, *anche contro la volontà dei genitori*<sup>84</sup>, nell'interesse del minore. Tale *diritto di visita e di contatto* implicherebbe, inoltre, il diritto del nato di *conoscere l'identità della donna* che ha contribuito a metterlo al mondo (come già accade nella prassi californiana), così da poterla contattare, e il diritto della donna ad avere conoscenza del luogo ove vive il minore e di mantenere, se lo vuole, una relazione di visita, secondo le modalità concordemente

---

<sup>84</sup> Da questo punto di vista la soluzione esegetica qui proposta va oltre l'idea per cui «l'intensità e i modi di questa relazione possono essere negoziati tra le parti ed evolversi col tempo» (C. Saraceno, 2017, p. 6) e la gestante potrebbe solo «concordare con i genitori intenzionali le modalità per essere tenuta presente nella vita del bambino» (Pezzini, 2017b, p. 111).

determinate con i genitori, o, in mancanza di accordo, secondo le determinazioni che saranno date dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore.

Tale soluzione esegetica non avrebbe soltanto il vantaggio di una verosimile praticabilità già in via interpretativa, senza necessità di intervento legislativo, ma avrebbe l'indubbio pregio di muoversi non solo nella sfera del simbolico, ma anche del concreto dipanarsi delle relazioni (fra la donna che ha generato il bambino e questi; fra la stessa e i suoi genitori; fra questi e il minore), ponendo finalmente al centro la donna che ha generato e assicurando, peraltro, il pieno rispetto della sua autodeterminazione, posto che il concreto esercizio del diritto di visita dipenderebbe comunque dalla donna (e non le sarebbe imposto, come accadrebbe, invece, se l'annotazione del suo nome nell'atto di nascita potesse essere ordinato anche contro la sua volontà, legittimamente espressa con la richiesta di non essere nominata, secondo le proprie leggi nazionali).

Tale prospettiva ermeneutica, inoltre, avrebbe il non trascurabile effetto di spingere le parti, sin dall'inizio e dunque già al momento della ricerca dei *partners* con cui intraprendere un percorso di GPA (gestante/genitori), a tenere conto che *ha così inizio una relazione che continuerà per tutto il corso della vita del nascituro e dunque della loro stessa famiglia*, con l'auspicabile rinuncia alla gravidanza per altre o altri da parte di chi non sia disponibile a consentire la continuità del rapporto fra il nato e la gestante e ad includere tale relazione nella propria rete di relazioni familiari<sup>85</sup>.

## Bibliografia

Auletta Tommaso, "Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia", in *Corriere giuridico* 2014, pp. 473 ss.

Baldini Gianni, "Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni", in *Vita notarile*, 2014, pp. 617 ss.;

Baldini Gianni, "La procreazione medicalmente assistita", in *Riflessioni di biodiritto*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 19 ss.

---

<sup>85</sup> In questo senso, Storow, 2015.

Baratta Roberto, “Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n.2, pp. 309 ss.

Basile Massimo, “I donatori di gameti”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, n.2, pp. 223 ss.

Bianca Mirzia, “Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, pp. 186 ss.

Bianca Mirzia, “L’unicità dello stato di figlio”, in Bianca Cesare Massimo (a cura di), *La riforma della filiazione*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 3 e ss.

Bugetti Maria Novella, “Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell’interesse del minore”, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 677 ss.

Bugetti Maria Novella, “Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità”, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 933 ss.

Caggia Fausto, “La filiazione da procreazione assistita”, in *Diritto civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2009.

Carbone Vincenzo, “Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso *Baby J.*”, in *Famiglia e diritto*, 1997, pp. 405 ss.

Cardaci Giacomo, “La trascrizione dell’atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, n.5, pp. 660 ss.

Carone Nicola, *In origine è il dono*, Il Saggiatore, Milano, 2016.



Casaburi Geremia, “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, in *Foro italiano*, 2014, I, cc. 3408 ss.

Checchini Bianca, “Anonimato materno e diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origini”, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 709 ss.

D’Amico Giacomo, “La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014”, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 663 ss.

D’Amico Marilisa, “L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, n.2, pp. 13 ss.

D’Avack Lorenzo, “Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico su quello genetico”, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 1999, pp. 1095 ss.

Di Stefano Marcella, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, in *GenIUS*, 2015, n.I, pp. 160 ss.

Falletti Elena, “Scambio di embrioni: la (seconda) ordinanza del Tribunale di Roma”, in *Quotidiano giuridico*, 27 maggio 2015.

Ferrando Gilda, “Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, pp. 393 ss.

Ferrando Gilda, “La filiazione e la legittimazione”, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 4, 2a ed., Torino, 1999, pp. 99 e ss.

Ferrando Gilda, “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis” in *Il corriere giuridico*, 2017, n.2, pp. 190 ss.

Gattuso Marco, “Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita”, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 5 luglio 2018a).

Gattuso Marco, “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40”, in *Giudicedonna*, 2017a ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)).

Gattuso Marco, “Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale”, in Buffone Giuseppe, Gattuso Marco, Winkler Matteo M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017b, pp. 266 ss.

Gattuso Marco, “La surrogazione di maternità o gestazione per altri (GPA)”, in Buffone Giuseppe, Gattuso Marco, Winkler Matteo M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017c, pp. 263 ss.

Gattuso Marco, “Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40”, in *Questione Giustizia*, 2018b, reperibile online al link: [http://questionegiustizia.it/doc/bambino\\_e\\_le\\_sue\\_mamme\\_gattuso.pdf](http://questionegiustizia.it/doc/bambino_e_le_sue_mamme_gattuso.pdf)

Gerber Paula, O’Byrne Katia, *Souls in the House of Tomorrow*, in Id. (ed.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, Londra-New York, 2015, pp. 81 ss.

Gervasi Mario, “Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli”, in [www.osservatoriocostituzionale.it](http://www.osservatoriocostituzionale.it), 2017, 1, 18 aprile 2017.

Giannecchini Ilaria, “La genitorialità delle coppie omosessuali nell’ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la common law dopo lo Human Fertilisation And Embryology Act 1990-2008”, in *GenIUS*, 2018, n.1, pp. 101 ss.

Jadva Vasanti, Blake Lucy, Casey Polly, Golombok Susan, “Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children

Understanding of Their Surrogacy Origins”, in *Human Reproduction*, 2012, n.10, pp. 3008 ss.

Jadva Vasanti, Imrie Susan, Golombok Susan, “Surrogacy Mothers 10 Years On: A Longitudinal Study of Psychological Well-Being and Relationships with the Parents and Child”, in *Human Reproduction*, 2015, n.10, pp. 373 ss.

Laufer-Ukeles Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption”, in *Indiana Law Journal*, 2013, pp. 1223 ss.

Lawrence Dale Elizabeth, “Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights”, in *Golden Gate University Review*, 1991, pp. 525 ss.

Long Joelle, “La Corte europea dei diritti dell’uomo censura l’Italia per la difesa a oltranza dell’anonimato del parto: una condanna annunciata”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, n.1, p. 103 ss.

Madeo Antonella, “La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità”, in *Diritto e procedura penale*, 2016, n.8, pp. 1085 ss.

Marchi Serena, *Mio, tuo, suo, loro*, Fandango, Roma, 2017.

Mendola Angela, “Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica”, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 319 ss.

Millbank Jenni, “Resolving the Dilemma of Legal Parentage for Australians Engaged in International Surrogacy”, in *Australian Journal of Family Law*, 2013, n.27, pp. 138 e ss.

Palazzo Antonio, “Surrogazione materna e interesse del minore”, in *Libero Osservatorio del Diritto*, n.1/2015.

Palmeri Giuseppa, “(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017a, n.12, pp. 1708 ss.

Palmeri Giuseppa, “Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex” in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017b, 3, 1, pp. 362 ss.

Patti Salvatore, “Lacune «sopravvenute», presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 347 ss.

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 2017a

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio del nome della madre’ nella gravidanza per altri” in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017b, pp. 91 ss.

Ponzanelli Giulio, “California e «vecchia» Europa: il caso del contratto di maternità surrogata”, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 337 ss.

Ruggeri Antonio, “La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte Edu”, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 659 ss.

Salanitro Ugo, “La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita”, in *Famiglia*, 2004, n.1, pp. 503 ss.

Salone Bartolo, “Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, n.2, pp. 158 ss.

Saraceno Chiara, “Dilemmi intorno alla maternità surrogata”, in *Giudicedonna*, 2017 ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)).

Sassi Andrea, “Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione”, in Sassi Andrea, Scaglione Francesco, Stefanelli Stefania, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. 4, UTET, Torino, 2015, pp. 3 e ss.

Sassi Andrea, “Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato” in *Diritto e processo*, 2017, pp. 263 ss. ([www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)).

Scalisi Vincenzo, “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, in *Rivista di diritto civile*, 2017, n.5, pp. 1097 ss.

Schillaci Angelo, “Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta”, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 4 luglio 2018a).

Schillaci Angelo “Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri”, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 aprile 2018), 2018b.

Schillaci Angelo, “Le vie dell’amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell’atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso”, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 1 novembre 2016).

Schillaci Angelo, “Oltre la «rigida alternativa» tra vero e falso. Identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018c, n.1, pp. 385 ss.

Sesta Michele, “Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 350 ss.

Stefanelli Stefania, “Accertamento della maternità nella gestazione per altri”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, n.2, pp. 7 ss.

Stefanelli Stefania, “Atto di nascita formato all'estero e bigenitorialità omosessuale: da Perugia un passo avanti verso il riconoscimento della filiazione intenzionale”, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 14 maggio 2018a).

Stefanelli Stefania, “Procreazione e diritti fondamentali”, in Sassi Andrea, Scaglione Francesco, Stefanelli Stefania, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. 4, UTET, Torino, 2015, pp. 79 e ss.

Stefanelli Stefania, “Procreazione e diritti fondamentali”, in Sassi Andrea, Scaglione Francesco, Stefanelli Stefania, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. IV, UTET, Torino, 2018b, pp. 93 ss.

Storow Richard F., “Surrogacy: American Style”, in Gerber Paula, O'Byrne Katia (ed.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, Londra-New York, 2015, pp. 237 ss.

Venuti Maria Carmela, “Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico” in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, pp. 280 ss.

Venuti Maria Carmela, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente”, in *GenIUS*, 2018, n.1, pp. 85 ss.

Villani Riccardo, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004.

Walstead Mary, “International surrogacy: arduous journey to parenthood”, in *Journal of Comparative Law*, 2014, pp. 298 ss.

Zatti Paolo, “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss.

Zatti, Paolo, “Maternità e surrogazione”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 197 ss.

# ACCORDI DI GESTAZIONE PER ALTRI, PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE\*

Giuseppa Palmeri

## Abstract

The contribute develops in three parts: the first one is dedicated to the individuation of those principles and rules that are the base of family law and filiation, with particular attention to what concerns the mechanism of parenthood imputation; the second part is directed to track the reference framework about criteria that has to preside over the fulfillment of the acts about body disposition; the third and last considers the gestation for others in a perspective that relegates the prohibition (actually in force in our set of rules) at the bottom, waiting for the examination of his theoretic admissibility.

The paper, in view of an overall evaluation of the Italian set of rules and of the principles based on the internal and supranational law, reaches the conclusion that would be desirable a re-thinking of the domestic legislator concerning the absolute prohibition of the gestation for others and an opening of the system towards an eventual enlargement of the parental figures, beyond the traditional paradigm, in the view of a declination of maternity, even in a legal level, in a plural way.

The chosen perspective takes account of the complexity of the relationships that establish in the reproductive and the parental paths as well as the asymmetry of gender in the procreative field.

## Keywords

Feminine subjectivity; Self-determination; Procreation; Maternity; Child's interest.

## 1. Premessa metodologica

Il tema della gestazione per altri (d'ora in avanti gpa), delicato e complesso, involge questioni sulle quali si confrontano da tempo i giuristi innanzitutto civilisti, costituzionalisti e internazionalisti<sup>1</sup>. Un tema che ruota intorno alla tutela dei diritti fondamentali, delle

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> Sebbene in dottrina sia tuttora aperto il dibattito in ordine alla indefettibilità del divieto assoluto di gpa sancito nel nostro ordinamento, ancora di recente la Corte costituzionale ha affermato l'elevato grado di disvalore che



relazioni familiari e di filiazione, degli atti di disposizione del corpo.

Ragione questa che induce a sviluppare il presente scritto in tre parti: la prima dedicata all'individuazione dei principi e delle regole che stanno oggi alla base del diritto di famiglia e della filiazione, segnatamente per ciò che concerne i meccanismi di imputazione della genitorialità; la seconda diretta a tracciare il quadro di riferimento in ordine ai criteri che devono presiedere al compimento degli atti di disposizione del corpo; la terza volta a considerare la gpa in una prospettiva che relega sullo sfondo il divieto attualmente vigente nel nostro ordinamento in vista della verifica della sua teorica ammissibilità alla luce dei principi fondanti di diritto interno e sovranazionale, con brevi cenni, per ragioni di spazio, alle ricadute che il compimento di una gpa, effettuata in Paesi in cui è ammessa, produce o può produrre in Italia rispetto alla posizione dei/delle bambini/e nati/e all'estero (e della stessa coppia intenzionale).

Con l'avvertimento iniziale che in questa sede non ci si soffermerà sui diversi tipi di gpa (di sola gestazione omologa o eterologa ovvero di concepimento e gestazione, ad esempio) e sulle differenti opzioni con cui essa può essere attuata (per spirito di solidarietà, dietro compenso, con rimborso delle spese), rinviandosi sul punto alla dottrina che ha efficacemente analizzato questi profili<sup>2</sup>.

---

in Italia riveste la surrogazione di maternità: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2, in *Corr. giur.*, 2018, 4, pag. 446, con nota di G. Ferrando.

Alcuni anni prima la Corte di cassazione aveva qualificato il divieto di pratiche di surrogazione di maternità di ordine pubblico, anche internazionale: Cass, 26 settembre 2014, n. 24001, in *NGCC*, 2015, I, pag. 235, con nota di C. Benanti, "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del nato", *ivi*, pag. 241.

Va tenuto presente che ad accedere alla gestazione per altri, ove consentita, possono essere tanto coppie eterosessuali quanto coppie omosessuali.

Nel dibattito recente v. le riflessioni di M. Gattuso (2017); *Id.* (2017, 271 e ss.); B. Pezzini (2017, 183); S. Niccolai – E. Olivito (cur.) (2017); G. Brunelli (2017, 78); F. Angelini (2017, 31); J. Long (2017, 145); V. Scalisi (2017, 1097); A. Ruggeri e C. Salazar (2017, 1). E ancor prima v.: C. Shalev (1992); I. Corti (2011); G. Cassano (2014); *Id.* (2016); A. Lorenzetti (2004); A. Renda (2015, 415 ss.); P. Zatti (2011, 3 e 61); G. Casaburi (2014); A. Palazzo (2015); M. Di Stefano (2015); M. Di Masi (2015); A. Valongo (2016, 131); S. Stefanelli (2015, 112); A. Madeo (2016, 1088); M. Dell'Utri (2010, 358); P. Zatti (2000, 488); A. Querci (2015, 1142).

<sup>2</sup> V. per tutti, M. Gattuso (2017, 2 e ss. e 15 e ss.); B. Salone (2014, 158); S. Stefanelli (2016); A. Querci (2015, 1146 e ss).

## 2. I criteri di imputazione della genitorialità

La premessa da cui partire è che la scelta di diventare genitori è considerata oggi espressione della libertà di autodeterminazione concernente la sfera privata e familiare (che include il diritto al riconoscimento della decisione di avere o non avere figli ed ancora di diventare genitore genetico ricorrendo a tecniche di pma); scelta protetta al livello costituzionale innanzitutto dagli artt. 2, 3 e 31 oltre che al livello convenzionale (dagli artt. 8, 12 e 14 Cedu nell'interpretazione loro data dalla Corte di Strasburgo) e europeo (arg. da artt. 7 e 9 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza).

Una libertà ampia, il cui esercizio può subire limitazioni soltanto se confliggente con interessi di rango pari o sovraordinato, non altrimenti tutelabili.

In questa cornice di riferimento vanno inseriti i criteri di imputazione della genitorialità e la gpa.

Fatta eccezione per l'istituto dell'adozione modellato, comunque, in Italia sulla falsariga della genitorialità naturale, il superamento della tendenziale unicità del parametro biologico nell'attribuzione della genitorialità, intimamente connesso al presupposto della naturalità della procreazione, è dovuto all'attuarsi di metodiche procreative «artificiali», che aprono la via al livello normativo alla scelta di fondare il rapporto di filiazione a partire dall'assunzione volontaria e consapevole della responsabilità genitoriale.

Le leggi che disciplinano la procreazione medicalmente assistita ricorrono a questo parametro nei casi di inseminazione eterologa e, ove ammessa, di maternità di sostituzione. Il risultato viene realizzato mediante le previsioni dell'anonimato dei donatori, della non assunzione da parte loro di diritti-doveri nei confronti del nato, dell'attribuzione della genitorialità alla coppia (o alla donna single) che ha attivato la metodica, della rinuncia alla maternità legale della madre di gestazione, accompagnata dal consenso del partner o del coniuge (ove esistenti).

Seppure con molte cautele, il criterio della responsabilità genitoriale intenzionale quale elemento di determinazione del correlativo *status* ha trovato ingresso anche nel nostro ordinamento oltre il caso dell'adozione, come attestano la l. 10 dicembre 2012, n. 219 (e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) di riforma della filiazione e la l. 19 febbraio 2004, n. 40 in

materia di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi pma).

Come si è già avuto modo di sottolineare in altra sede, all'interno del nostro sistema i criteri che danno luogo alla costituzione del rapporto di filiazione si sono diversificati nel tempo, nel senso che all'originario parametro basato sul dato naturalistico della procreazione, la cui deviazione veniva ammessa soltanto in funzione dell'adozione dei minori di età in stato di abbandono, si è affiancato, a pari titolo, il criterio dell'assunzione volontaria e consapevole della responsabilità genitoriale, a seguito di un percorso legislativo e interpretativo di diritto interno e sovranazionale, imperniato su alcuni principi cardine, primo fra tutti il migliore interesse del minore. Si pensi, per riprendere gli esempi sopra richiamati, alla l. 40/2004 e alla l. 219/2012 (e al d.lgs. 154/2013).

L'art. 9 l. 40/2004 nel prevedere che nell'ipotesi «di applicazione delle tecniche di tipo eterologo» (vietate nell'impianto originario della legge) «il donatore dei gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», unitamente al divieto per la madre di dichiarare la volontà di non essere nominata e per il coniuge o il convivente di esercitare le azioni volte a eliminare il rapporto di filiazione (rispettivamente l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'allora vigente art. 235 cod. civ., ora art. 243 bis, e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità di cui all'art. 263 cod. civ.), attribuisce la genitorialità alla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, prescindendo dal legame biologico con il nato<sup>3</sup>.

La legge di riforma della filiazione, nel porre una limitazione temporale all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità fissando in cinque anni il termine di prescrizione per il marito e per la madre, permette che l'attribuzione della paternità si cristallizzi anche

---

<sup>3</sup>La previsione dell'art. 9 nasce all'interno di una normativa diretta ad autorizzare esclusivamente le tecniche di procreazione omologa in funzione della risoluzione di problemi di infertilità e sterilità della coppia non altrimenti superabili, con conseguente divieto di ogni altra metodica (eterologa, *post mortem*, di maternità di sostituzione).

Come è noto, l'impianto originario della legge 40/2004 è, però, stato incisivamente modificato dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, da ultimo quello con cui è stata dichiarata l'illegittimità del divieto della procreazione eterologa medicalmente assistita, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o di infertilità assolute ed irreversibili: Corte cost., ord. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, I serie speciale.

ove sia assente una discendenza genetica con il figlio (unico soggetto legittimato ad agire in ogni tempo: artt. 243 bis e ss. cod. civ.)<sup>4</sup>. Il ristretto arco temporale cui sono soggette le azioni dirette alla demolizione dello *status* di filiazione quando esse siano esercitate da soggetti diversi dal figlio evidenzia come l'accertamento della verità biologica non può prescindere dall'apprezzamento dell'interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari, principio sotteso alla riforma del 2012-2013 e da ultimo ribadito dalla Corte costituzionale nella pronuncia 272/2017<sup>5</sup>.

In realtà, il criterio dell'attribuzione della genitorialità sulla base del consenso sembra essere affermato in via generale nella l. 40/2004 in cui all'art. 8 si stabilisce che i nati a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio e di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime. Un automatismo quest'ultimo non consueto in ambito di filiazione fuori dal matrimonio.

L'art. 8 deve, peraltro, essere letto in combinato disposto con l'art. 6 dove, a proposito del consenso informato, si prevede che i soggetti che accedono alle tecniche di pma debbano ricevere un'informazione dettagliata anche sulle relative conseguenze giuridiche.

Pur concordando sulla circostanza evidenziata in dottrina<sup>6</sup> che l. 40/2004 ha inteso riprodurre per imitazione il modello della filiazione naturale, anche se ha assunto come regola di

---

<sup>4</sup> V. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; Cass. 3 aprile 2017, n. 8617, in [www.italgiure.giustizia.it/sncass](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass). V. pure App. Trento, 23 febbraio 2017, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), in cui si legge «la incontrovertibile insussistenza di un legame genetico fra i due minori e il [padre non biologico: nda] (...) non rappresenta un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione accertato dal giudice [straniero: nda], dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondata sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata: l'importanza assunta a livello normativo del concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento giuridico al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite».

In dottrina dalla permanenza per il figlio della imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento si ritiene di potere dedurre la prevalenza accordata dal legislatore alla verità nell'interesse del figlio stesso: così G. Dosi, *Prove genetiche*, in *Lessico di Diritto di famiglia*, 2016.

<sup>5</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.1.1., in *Corr. giur.*, 4/2018, pag. 446 e in *Giur. cost.*, 6/2017, pag. 2970, con commento di S. Niccolai, e poi di A. Schillaci nel fascicolo 1/2018 della medesima rivista.

<sup>6</sup> V. B. Pezzini (2017, 105).

attribuzione della filiazione la progettualità genitoriale (art. 8) dando rilevanza all'intenzione rispetto al contributo genetico nel progetto riproduttivo, la conclusione cui giunge questa dottrina, ossia che dalla l. 40/2004 non riesce ad emergere un terzo modello di filiazione fondato sulla valorizzazione dell'intenzionalità del progetto genitoriale, non sembra pienamente rispondente al dato normativo. Se è vero che la logica della legge, nelle intenzioni più radicate, resta quella dell'imitazione del modello naturale, tuttavia le pieghe del sistema – divenute ancora più esplicite in seguito alla caduta del divieto di fecondazione eterologa ad opera della Corte costituzionale – riflettono lo spostamento dell'ordinamento verso forme di pura genitorialità intenzionale<sup>7</sup>.

In effetti, per quanto la l. 40/2004 regoli la vicenda procreativa «non naturale», peraltro tendenzialmente in funzione esclusiva del superamento della sterilità, e malgrado la devozione al paradigma tradizionale di famiglia (eterosessuale e monogamica) conduca il legislatore ad offuscare il momento della «non naturalità» ricalcando «lo schema di costituzione del rapporto genitori-figli [...] sul canone della imitatio naturae» (M.C. Venuti 2018, 92), tuttavia il criterio prescelto finisce per essere saldamente legato all'elemento intenzionale. La l. 40/2004 accentua marcatamente tale profilo rispetto a quello genetico-biologico, dando vita ad una genitorialità connotata dal tratto della volontarietà, che si aggiunge a quella fondata sul criterio della derivazione genetica-biologica di cui al codice civile<sup>8</sup>.

L'elemento volontaristico era insito pure nelle pieghe della disciplina codicistica, specie nell'ipotesi di filiazione fuori dal matrimonio in cui l'assunzione della genitorialità era, e continua a essere, legata all'atto di riconoscimento, ponendosi il problema della sua imputazione attraverso un differente criterio soltanto in assenza di esso. Come è noto, in quest'ultimo caso l'attribuzione giudiziale della paternità si fonda sulla corrispondenza

---

<sup>7</sup> In questo senso v. M. Gattuso (2017, 260 e ss).

<sup>8</sup> In questo senso da ultimo Trib. Bologna, decr. 6 luglio 2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), dove si afferma che la l. 40/2004 individua quale criterio di attribuzione dello status di figlio il consenso manifestato dai genitori nel momento in cui ricorrono alle tecniche di pma, prescindendo del tutto dal dato genetico. Il consenso è l'elemento assolutamente prevalente rispetto sia al dato genetico-biologico che gestazionale (v. punto 2Aa della motivazione).

Analogamente App. Napoli, 4 luglio 2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it).

genetica tra padre e figlio, mentre nel caso della maternità è data (prioritariamente) dalla dimostrazione dell'identità di chi si pretende essere figlio con colui che è stato partorito dalla donna che si assume esserne la madre. In questo senso si orienta l'art. 269 cod. civ., norma riletta oggi alla luce delle nuove prospettive aperte dalle tecniche mediche di procreazione (v. infra sub § 7, lett. b).

Nella direzione della preminente rilevanza dell'elemento volontaristico rispetto all'assunzione della responsabilità genitoriale si muovono pure le discipline che prevedono il diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, comma 1, dpr 396/2000)<sup>9</sup> e del/i genitore/i di chiedere termine per provvedere al riconoscimento prima che possa essere avviata la procedura abbreviata per l'adozione del figlio (art. 11, comma 2, l. adoz.).

D'altra parte, con riguardo alle azioni di stato la stessa giurisprudenza si è progressivamente allontanata dal *favor veritatis* in funzione della massima protezione dell'interesse del minore al mantenimento della propria identità, in qualunque modo acquisita, come attesta da ultimo la sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità<sup>10</sup>. In questa prospettiva deve pure leggersi

---

<sup>9</sup> Come è noto i giudici delle leggi hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. adoz. nella parte in cui non prevede un procedimento in grado di individuare e convocare la madre biologica al fine di verificare la sua persistente volontà di rimanere anonima dopo la scelta effettuata al momento del parto, qualora il figlio abbia proposto istanza per conoscere le proprie origini: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in Foro it., 2014, I, c. 4, con nota di Casaburi, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*.

Con riguardo al parto anonimo v. pure Corte Edu 25 settembre 2012, ric. 33783/09 Godelli v. Italia, in giustizia.it; Cass., sez. unite, 25 gennaio 2017, n. 1946, in Foro it., 2017, I, c. 477, con nota di Lipari, ove, per effetto della sentenza della Corte costituzionale 278/2013 viene affermato il principio secondo cui, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non essere nominata ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, con modalità procedimentali tratte dal quadro normativo e dal principio enunciato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

<sup>10</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., in cui si reputa non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 263 cod. civ. in base alla considerazione che il giudice nel corso dell'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio non matrimoniale – eccettuato il caso di azione esercitata direttamente da quest'ultimo – deve tenere conto dell'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*. Nella pronuncia, come si è detto, la Consulta ribadisce l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di

quell'orientamento interpretativo che non ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità esercitata da chi lo ha effettuato nella consapevolezza della sua non corrispondenza al vero (c.d. riconoscimento di compiacenza)<sup>11</sup>.

## 2.1. Segue. La rilevanza dell'elemento intenzionale

Il contesto «naturale» in cui il rapporto di filiazione è specificamente fondato sull'elemento volontaristico, prescindendo dall'esistenza di legami genetico-biologici tra genitori e figli, è quello dell'adozione, tanto della c.d. adozione piena (arg. da art. 27 l. 184/1983) quanto dell'adozione in casi particolari (art. 44). Quest'ultima disposizione, funzionale all'attuazione dell'interesse del minore alla formalizzazione dei legami affettivi instaurati con le persone che in concreto si prendono cura di lui, apre ad una vasta gamma di possibili «situazioni genitoriali», consentendo l'instaurazione di un rapporto di filiazione non soltanto in assenza di matrimonio ma pure a favore di una persona single ed oggi anche di una coppia omosessuale<sup>12</sup>.

Nell'ambito dell'istituto dell'adozione dei minori di età una specifica rilevanza riveste infatti l'art. 44, comma 1, lett. b), della l. 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozione in casi particolari del minore da parte del coniuge del genitore (genetico o adottivo) e lett. d) in caso di constatata impossibilità di affidamento preadottivo, disposizione questa, come è noto,

---

maternità (v. punto 4.2), indicandolo quale fattore ulteriore da tenere presente nella valutazione dell'interesse del minore, nel contemperamento di questo interesse con l'interesse pubblico alla verità. Per un primo commento, critico rispetto a tale ultimo profilo, v. G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in Corr. giur., 4/2018, pag. 449.

<sup>11</sup> In sede di merito cfr. Trib. Napoli, 11 aprile 2013, in Foro it., 2013, I, 2040; Trib. Roma, 10 ottobre 2012, in NGCC, 2013, I, pag. 349, con nota di G. Stanzione; Trib. Bologna, 18 febbraio 2010, in Contr. impr. 2010, pag. 547 con nota di F. Galgano; Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in Giur. it., 2009, 10/2009, pag. 2205, con nota di V. Carbone. Queste decisioni si discostano dal differente orientamento tradizionalmente seguito dalla Corte di cassazione volto a privilegiare il fattore verità rispetto all'interesse del figlio alla conservazione dello status conseguito per effetto di un atto consapevole di auto-responsabilità posto in essere dall'autore del riconoscimento.

<sup>12</sup> In questo senso si è orientata la giurisprudenza, facendo leva sui margini di elasticità dell'istituto per dare certezza e garanzia allo *status* di figlio del minore nato nell'ambito di famiglie omogenitoriali, specie in presenza di certificati di nascita rilasciati all'estero di cui si è chiesta la trascrizione in Italia, relativi a rapporti costituiti in forza di istituti non conosciuti o non ammessi nel nostro ordinamento giuridico.

invocata dalla dottrina e utilizzata dalla giurisprudenza per stabilire legami giuridici con il figlio biologico del partner della coppia *same-sex*. Alla lett. d) dell'art. 44 l. adoz. sembra rinviare lo stesso legislatore nella l. 76/2016 quando al comma 20 dell'art. 1, pur escludendo l'applicabilità all'unione civile delle disposizioni della legge sull'adozione, mantiene fermo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Con riferimento all'art. 44 l. adoz. si è osservato come a voler trovare un dato unificante che abbracci tutte le ipotesi contemplate, esso sarebbe da rinvenire non «nella situazione (negativa) di “carezza” di cure, ma in quella (positiva) di esistenza di relazioni significative già vissute in una dimensione familiare»<sup>13</sup>.

Al livello interpretativo si è, dunque, abbandonata l'anacronistica ricostruzione che mira a legare la responsabilità genitoriale esclusivamente al dato della generazione, certamente rilevante ma non esaustivo, mettendosi nitidamente in luce come lo stato giuridico dei figli non dipenda soltanto dalla verità biologica, ma sia legato anche a fattori sociali di responsabilità. Al riguardo si è ben puntualizzato che «all'unicità dello stato di figlio corrisponde una pluralità di “titoli” della filiazione: la generazione, l'adozione, l'assunzione di responsabilità verso il nato»<sup>14</sup>; pluralità di titoli riconosciuta dallo stesso legislatore.

Preme in questa sede rilevare come una questione risalente nel nostro ordinamento verte sulla presunta indisponibilità degli stati familiari, quale limite di ordine pubblico all'estensione dei poteri di autonomia privata, a lungo ribadita in sede interpretativa<sup>15</sup>. Tuttavia, una smentita in ordine all'asserita non incidenza dell'autonomia privata sulle scelte di natura esistenziale inerenti agli stati familiari sembra provenire dallo stesso legislatore nella l. 10 novembre 2014, n. 162 in materia di misure di negoziazione assistita e di semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio e nella l. 6 maggio 2015, n. 55 di modifica della normativa sullo scioglimento del matrimonio in vista di una riduzione significativa dei tempi

---

<sup>13</sup> G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in NGCC, 2/2017, pag. 174.

<sup>14</sup> Ancora G. Ferrando (2015, 260).

<sup>15</sup> In questo senso sono emblematici il dibattito che in epoca risalente ha riguardato la (in)validità degli accordi in vista del divorzio e l'orientamento monolitico tradizionalmente assunto in proposito dalla giurisprudenza.



per la proposizione della relativa domanda<sup>16</sup>.

In attuazione del dogma dell'intangibilità negoziale degli stati familiari la relazione genitoriale, per molto tempo, è stata incentrata sulla discendenza genetica, piuttosto che sulla, e indipendentemente dalla, assunzione di responsabilità connessa a un progetto procreativo e di cura collegato alla nascita di un bambino. Per quanto l'espandersi del sistema di protezione dell'infanzia – anche alla luce dell'emanazione di numerosi testi sovranazionali – abbia condotto gli ordinamenti ad accogliere quale principio guida in ambito di filiazione la responsabilità procreativa, la tendenza è rimasta quella di mantenere fortemente ancorato sotto il controllo dello Stato il momento costitutivo del vincolo, relegando sullo sfondo, e talvolta ignorando, il ruolo dell'autodeterminazione rispetto al processo procreativo.

I casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza evidenziano questa contrapposizione e le aporie di un sistema che nel professare la tutela forte dei diritti fondamentali della persona si irrigidisce di fronte a taluni atti o pratiche, al punto da sottovalutare, non adeguatamente considerare o persino violare interessi pienamente meritevoli di protezione perché espressivi di principi fondanti della convivenza civile e dell'impianto costituzionale, quali sono, ad esempio, quelli sottostanti al diritto di avere una famiglia, all'aspirazione alla genitorialità, alla libertà di autodeterminazione nella sfera privata e familiare, al mantenimento delle relazioni affettive di fatto, la cui soglia di tutela in concreto finisce per dipendere dal punto di bilanciamento di volta in volta raggiunto in sede applicativa.

Pur se non è possibile per ragioni di spazio approfondire il profilo della connotazione in termini di diritti fondamentali della genitorialità e della libertà di costituire una famiglia, quali momenti di realizzazione della persona, indipendentemente dalla forma familiare prescelta, dall'identità di genere e dall'orientamento sessuale, già alla luce delle scarse

---

<sup>16</sup> In base alle modifiche apportate dall'art. 1 della l. 55/2015, *Disposizioni in materia di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*, per la proposizione della domanda di divorzio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione giudiziale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato o dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. L'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta.

considerazioni sin qui svolte può constatarsi come dai principi fondamentali attualmente vigenti nel nostro ordinamento giuridico non può trarsi un divieto assoluto all'ammissibilità della gpa.

### 3. Gli atti di disposizione del corpo

Così come si è a lungo discusso della portata dell'autonomia privata con riguardo agli stati familiari, allo stesso modo la dialettica tra (in)disponibilità del corpo e autodeterminazione è stata oggetto di attenzione tra gli interpreti che per molto tempo hanno indagato il tema del rapporto tra la persona e il suo corpo.

Come è noto, il codice civile del 1942 prende in considerazione questa relazione da due punti di vista: da una parte, tutelando l'integrità fisica del soggetto dalle lesioni provenienti da terzi nel quadro della disciplina della responsabilità civile; dall'altra, vietando gli atti di disposizione del corpo quando determinino una diminuzione permanente della integrità fisica o siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 5 c.c.).

Nel sistema codicistico, imperniato sulle relazioni di natura patrimoniale, l'art. 5 prende in considerazione la persona nel rapporto con il proprio corpo, dando rilevanza alla volontà del singolo per scopi determinati e entro limiti precisi.

L'evoluzione scientifica, in particolare la possibilità di effettuare trapianti di organi tra viventi sollecitava, infatti, una specifica attenzione rispetto al tema degli atti di disposizione del corpo, specie in seguito al dibattito apertosi negli anni Trenta riguardante la controversia sorta in giurisprudenza della cessione a titolo oneroso di una ghiandola sessuale maschile (a scopo di trapianto) che aveva mostrato la rilevanza delle questioni implicate e sollecitato l'attenzione del legislatore.

A un primo progetto di impronta liberale (ove erano permessi gli atti che importavano un pregiudizio sul proprio corpo purché non in contrasto con la legge e la morale: art. 6 del Progetto preliminare del codice civile) ha fatto seguito la restrittiva formulazione dell'art. 5 c.c., più aderente alle istanze autoritarie dell'ordinamento corporativo. In questo contesto in cui sulla libertà del singolo prevalgono gli interessi della collettività e dello Stato erano

consentiti soltanto quegli atti che corrispondevano a modelli e a comportamenti predeterminati in via autoritativa.

L'entrata in vigore della Costituzione, imponendo una rilettura dell'art. 5 cod. civ., diviene uno snodo importante nella ricostruzione del sistema delle regole che devono presiedere agli atti di disposizione del corpo.

Alla luce delle norme costituzionali e dei principi in essa formulati di libertà, autodeterminazione e solidarietà (artt. 2 e 13 Cost.) la maggioranza degli interpreti, facendo leva sul valore fondante della dignità della persona (artt. 32, 36, 41 Cost. e poi art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ritiene superato il carattere d'indisponibilità dell'integrità fisica espresso nell'art. 5 cod. civ., così come originariamente inteso.

Il corpo viene considerato quale elemento inscindibile della persona fisica guardata nella sua unità e nella sua rappresentazione esteriore nel rapporto con gli altri<sup>17</sup>.

Oggi, sono ammessi atti che comportano una diminuzione permanente della fisicità purché espressivi di solidarietà sociale (la donazione del rene e di parti di fegato da vivente: l. 458/1967 e l. 483/1999), ovvero in quanto momenti di manifestazione della tutela della salute e dell'identità della persona o di attuazione di scelte procreative libere e responsabili (il cambiamento di sesso attuato anche attraverso il ricorso a interventi chirurgici di tipo demolitivo e ricostruttivo: l. 164/1982; la sterilizzazione volontaria, ad esempio).

Peraltro, l'estensione agli atti di disposizione del corpo dei limiti posti in via generale per i negozi a contenuto patrimoniale – la non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (arg. da artt. 5 e 1343 c.c.) – permette di (ri)modulare i concetti di illiceità e immoralità sulla base innanzitutto dei principi costituzionali.

La consapevolezza che le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume rappresentano parametri mutevoli e storicamente determinati, il cui significato va verificato in base all'assetto sociale di volta in volta riflesso nell'ordinamento giuridico, fa sì che siano

---

<sup>17</sup> Questa nuova visione del corpo conduce al superamento della logica proprietaria, tesa a considerarlo come una *res*, che per lungo ha intriso le trattazioni in tema di atti di disposizione del corpo.

attualmente considerati illeciti perché lesivi dell'ordine pubblico gli atti che obbligano la persona a comportamenti contrari ai principi fondamentali di dignità e di libertà e che la valutazione di immoralità, in passato legata principalmente alla sfera sessuale (prostituzione), venga ora riferita prevalentemente al carattere oneroso, cioè compiuto dietro corrispettivo, dell'atto di disposizione (v. in particolare l'art. 3, 2° co., della Carta di Nizza).

In dottrina si è messo in evidenza come risultino oggi superati i «due pilastri concettuali che un tempo sorreggevano l'art. 5 cod. civ., ossia a) il corpo visto come elemento esterno alla persona ed oggetto di un diritto a contenuto anche patrimoniale; b) il controllo sulla sua disposizione inteso come funzionale alla tutela di interessi sovraordinati dello Stato.

Le parole chiave del “moderno” statuto giuridico del corpo umano sono divenute quelle di autodeterminazione e gratuità»<sup>18</sup>.

Malgrado la correttezza di una simile constatazione deve rilevarsi come in Italia il processo di affermazione dei diritti della personalità, seppure contrassegnato dal progressivo riconoscimento di ampi spazi di operatività dell'autonomia privata, è stato condizionato da una dialettica che sovente ha privilegiato il momento del divieto e del limite rispetto a quello della libertà, specialmente con riguardo ad ambiti, quali la sessualità o l'inizio e la fine della vita, più intimamente connessi alla sfera della coscienza individuale.

Dialettica che induce, ancora in tempi recenti, a fare prevalere il momento del controllo e della coercizione sul corpo rispetto al diritto di autodeterminazione, attraverso il recupero di una sorta di etica di Stato che mira a circoscrivere gli spazi di apprezzamento del singolo, demandando integralmente all'ordinamento l'individuazione della portata e del contenuto di alcuni valori «prioritari» da preservare nell'interesse della società.

Al riguardo è sufficiente un solo esempio riguardante ancora una volta la l. 40/2004 e il complesso iter, anche parlamentare, che ha portato alla sua approvazione; una legge che, discostandosi dai risultati raggiunti al livello europeo ed anche al livello interpretativo interno, nella sua originaria formulazione ammetteva soltanto la tecnica dell'inseminazione artificiale omologa, circoscritta alle «coppie di maggiorenne di sesso diverso, coniugate o

---

<sup>18</sup> G. Resta (2011, 844).

conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5). Come si è già osservato, l'impianto proibitivo e sanzionatorio delle sue disposizioni è stato smussato, o meglio fortemente ridimensionato, dai numerosi interventi della Corte costituzionale.

Acquisita la consapevolezza che il principio di indisponibilità dei diritti della personalità viene a risolversi in una contraddizione e in un ostacolo al pieno e libero sviluppo della persona, non compatibile con i valori e i principi sanciti dal legislatore costituente e non giustificato dalla protezione di interessi di pari rango, l'attenzione degli interpreti si è ben presto focalizzata sui limiti opponibili al potere di autodeterminazione, coagulati oggi nel rispetto della dignità della persona, quale valore centrale nella nostra Costituzione e principio fondante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La dignità diviene il parametro di valutazione della liceità e ammissibilità di atti, pratiche e relazioni che chiamano in causa la persona, la sfera della sua affettività.

Nel rispetto di questo limite invalicabile, si registra l'apertura – nella prassi e in sede interpretativa – verso spazi sempre più ampi di autodeterminazione, alla quale, però, sempre più di frequente si accompagnano in sede legislativa momenti di diniego e preclusione di pratiche consentite dallo sviluppo tecnologico, in nome, lo si ripete, di una dignità individuale, il cui apprezzamento è rimesso al terzo (lo stesso legislatore, come accade nella pma).

Se volessimo individuare, senza tracciare il percorso sistematico di riferimento, i principi che pacificamente si ritiene debbano presiedere al compimento di atti di disposizione del corpo potremmo affermare che essi si identificano nella gratuità, autodeterminazione e affidamento che fungono da specifica garanzia della riconoscibilità dell'atto, della libertà e consapevolezza del consenso (che richiede una puntuale informazione) e della tendenziale revocabilità della volontà sino all'ultimo momento utile.

Principi questi affermati pure in ambito sovranazionale dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997 (ratificata in Italia con la l. 145/2001: c.d. Convenzione di Oviedo) e dalla Carta di Nizza.

### 3.1. Segue. Il corpo tra autodeterminazione e coercizione: la donna e la sfera procreativa

Con riguardo agli atti di disposizione del corpo, la dottrina più sensibile ha sottolineato come risulti difficile tracciare un unico, indistinto «statuto del corpo», prospettandosi rilevanti differenze, anche di disciplina, a seconda che si guardi al corpo della donna e a quello dell'uomo, al corpo delle persone capaci e di quelle incapaci, al corpo vivo e a quello morto, al corpo sano e a quello malato<sup>19</sup>.

Nel presente scritto l'attenzione si soffermerà sulla prima di queste distinzioni, a partire da una considerazione generale significativa per il giurista civilista. La nozione di capacità delineata nel codice civile del 1942, nella dicotomia tra capacità giuridica e di agire, complementare a quella di soggettività, presuppone l'idea di un individuo razionale e ragionevole, capace di rivendicare e azionare i propri diritti (individuo in realtà coincidente con l'uomo adulto). Idea questa che rispecchia gli assetti di potere all'interno della società all'epoca della codificazione, tanto che per un lungo periodo di tempo di questa soggettività non ha beneficiato la donna, relegata ai margini della rilevanza giuridica.

La tenuta di un sistema così congegnato inizia ad incrinarsi, se non a scardinarsi, quando entra in gioco la soggettività femminile e viene in rilievo il corpo delle donne, perché a partire da questo momento viene messa in discussione l'idea del soggetto neutro e astratto ed emerge una soggettività differenziata, storicamente situata, in relazione con altre e con altri.

Sul versante dei diritti individuali l'attenzione sulla libertà femminile si traduce nel diritto di autodeterminazione della donna sulla propria esistenza, sul proprio corpo e dunque anche sul processo procreativo rispetto al quale è evidente l'irriducibilità della differenza tra i sessi. Le questioni in tema di procreazione assistita prima e dopo la l. 40/2004 si insinuano lungo un percorso che passa dalla contraccezione e quindi dalla scissione della sessualità dalla riproduzione, alla depenalizzazione dell'aborto, alla maternità responsabile.

Gli ambiti in cui la soggettività femminile provoca un aspro conflitto di senso – come la riproduzione – sono subito apparsi difficilmente decidibili secondo i paradigmi di norme che, formalmente generali e astratte, sono state invece pensate e formulate a misura di un soggetto

---

<sup>19</sup> Cfr. S. Rodotà (2006, 80 ss.); Id- (2011, 54), ove si rinviene una ben più ampia tassonomia.

nelle cui caratteristiche le donne non si riconoscono, dando luogo a conflitti la cui soluzione è stata spesso affidata alla giurisprudenza.

La riappropriazione da parte delle donne del proprio corpo e della propria persona e la conquista di un ampio potere di autodeterminazione sulle scelte di vita si riflettono in maniera dirompente proprio in ambito familiare e si scontrano con soluzioni legislative anche relativamente recenti che, come è stato opportunamente osservato, guardano ancora al corpo della donna come luogo pubblico su cui legiferare e sul quale esercitare un forte potere di «disciplinamento»<sup>20</sup>.

D'altra parte il rapporto tra esperienza femminile e diritto è sempre stato piuttosto problematico.

Tutti gli ordinamenti giuridici, specie negli ultimi decenni, sono stati attraversati da tensioni e modificazioni provenienti da grandi fattori di mutamento sociale, tra cui quelli derivanti dalla soggettività femminile, capaci di incidere in maniera dirompente sulle dinamiche inerenti alla famiglia, al corpo, al lavoro, alle differenze culturali<sup>21</sup>.

Come si è accennato, la tematica della corporeità, specie negli ultimi anni, non soltanto ha fatto implodere la nozione di soggettività giuridica e messo in discussione lo stesso paradigma dell'uguaglianza, ma è divenuta il fulcro di molte questioni di bioetica.

Tra queste, cruciale resta quella dell'autodeterminazione.

Particolarmente contrastato è, infatti, il concetto di autodeterminazione riproduttiva, inteso come riconoscimento di una posizione singolare, unica, della donna in relazione alle scelte procreative. Le normative sull'aborto che si sono andate formando in tutto il mondo e che riconoscono, seppure in modo diverso, l'autodeterminazione femminile, vengono periodicamente rimesse in discussione. Si tende, inoltre, a negare l'autodeterminazione in materia di riproduzione assistita, e ciò in maniera radicale come è avvenuto in Italia nel corso

---

<sup>20</sup> S. Rodotà (2012, posiz. 1830 e-book).

<sup>21</sup> Pur se non è possibile in questa sede soffermarsi ad analizzare i singoli contesti, è sufficiente notare come la specificità femminile abbia immediate ricadute sul modo di atteggiarsi delle relazioni sociali e del diritto con riguardo all'uso del corpo, all'organizzazione della famiglia e del lavoro, anche in ragione dell'identità culturale di riferimento della donna (si pensi alle questioni insorte in conseguenza della poligamia, delle mutilazioni genitali femminili, dell'uso del velo).

del dibattito parlamentare sulla l. 40/2004, ovvero in relazione ad alcune metodiche più problematiche (quali ad esempio la fecondazione *post mortem*, la gpa), o a decisioni delicate come la scelta sulla sorte degli embrioni c.d. soprannumerari.

L'apparente neutralità del diritto confligge con la specificità femminile che conduce le donne a rivendicare (e in taluni casi ad avere riconosciuto) un ruolo differente rispetto a quello dell'uomo nella realizzazione (o non realizzazione) del processo procreativo e nell'esercizio del diritto ad una maternità cosciente e responsabile.

L'impossibilità dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alla donna sola e il divieto assoluto della gpa sono esempi evidenti della compressione, ancora attuale nel nostro ordinamento, dell'autodeterminazione femminile in campo riproduttivo, a tutela della quale è, però, intervenuta la Corte costituzionale anche con riferimento alla l. 40/2004<sup>22</sup>.

La normativa pensata dal legislatore con riguardo alla pma mette in evidenza, ancora una volta, la criticità di un sistema quale quello italiano che stenta a dare piena visibilità giuridica al «predominio» femminile in ambito procreativo e a prendere atto della necessità di guardare con occhi nuovi, e non condizionati da categorie e pregiudizi vecchi, alle potenzialità aperte dalla scienza e dalla medicina in campo procreativo al fine di individuare strumenti, regole, criteri inediti con i quali affrontare le nuove forme in cui si manifesta la genitorialità, nella consapevolezza che, nel rispetto di alcune garanzie essenziali, condotte sinora vietate possono essere ammesse in quanto rispondenti alle nuove dinamiche sociali e agli emergenti interessi di natura personalissima che connotano la vita delle persone.

---

<sup>22</sup> Si ricorda l'intervento della Consulta con cui è stata ritenuta illegittima la previsione della l. 40/2004 (art. 14, commi 1 e 2) che impone un unico e contemporaneo impianto degli embrioni, di numero non superiore a tre, senza prendere in considerazione la volontà della donna e l'eventuale pregiudizio per la sua salute: così Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

Altro ambito in cui la specificità femminile nella vicenda procreativa ha ottenuto il riconoscimento dei giudici delle leggi è quello dell'interruzione volontaria della gravidanza: così Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27 in [giuricost.org](http://giuricost.org).



#### 4. Processo riproduttivo e gravidanza

Prima di provare a svolgere qualche considerazione sui profili maggiormente problematici della gpa, non possono non mettersi immediatamente in luce il ruolo essenziale svolto dall'esperienza della gravidanza nella vita della donna e nella vita del/la nato/a, il rilievo della figura femminile della madre biologica e il ruolo asimmetrico che connota il processo riproduttivo per ciò che concerne donne e uomini<sup>23</sup>. Una relazione, quella che si sviluppa nei nove mesi di gravidanza, unica, assolutamente originale, nel corso della quale vi è un'intensa interazione/fusione delle due dimensioni che la connotano: quella femminile della madre e quella della persona in formazione. Una relazione che tuttavia coinvolge anche altri soggetti, innanzitutto il padre o, se guardiamo alle nuove tecniche, i futuri genitori intenzionali.

Proprio l'elemento fondante del processo riproduttivo, ossia la gravidanza, mette in evidenza la difficoltà, se non l'impossibilità, di assimilare o comunque accostare la gpa ad una forma più complessa di fecondazione eterologa, come invece in talune occasione tendono a fare dottrina e giurisprudenza<sup>24</sup>. Questa considerazione deve condurre a riflettere sulle regole da enucleare al fine di dare delle risposte che tengano conto dell'esperienza relazionale che sta alla base di un progetto che è insieme riproduttivo e genitoriale, che utilizza il ricorso alla tecnologia e che vede partecipi più soggetti non necessariamente tutti coinvolti contemporaneamente sia nel progetto riproduttivo che in quello genitoriale. Soggetti che però sono sin dall'inizio in relazione tra loro; relazione/interazione che non può essere ignorata dal diritto e che non può neppure sparire, divenire non visibile agli occhi dell'ordinamento giuridico e della specifica realtà sociale-familiare considerata.

---

<sup>23</sup> Sul punto v. le considerazioni svolte da B. Pezzini (2017, 195 e ss).

<sup>24</sup> Così, ad esempio, G. Baldini (2012, 29); V. Scalisi (2017, 1098). Per B. Salone (2014, 158), la maternità surrogata dal punto di vista fenomenico rappresenta una fattispecie composita che coniuga due momenti: quello della fecondazione artificiale con quello della «*locatio ventris*». Per la sua peculiarità la gpa assume una rilevanza autonoma, ragione che – secondo l'Autore – rende assai dubbia, in caso di violazione del divieto, l'estensione in via analogica delle soluzioni dettate dalla l. 40/2004 nei casi di fecondazione omologa o eterologa per l'attribuzione della maternità e per l'esercizio delle azioni di stato.

In sede interpretativa si è puntualmente rilevato come nella gpa si abbia una scissione tra progetto riproduttivo e genitoriale, progetti tuttavia tra loro integrati nel senso che l'assunzione del percorso di gravidanza nasce a partire da un percorso di altri di tipo genitoriale. La donna si determina in ragione dell'esistenza di un progetto genitoriale altrui, perché sa che ci sono altre persone che intendono prendersi cura del/la bambino/a che nascerà.

La messa a disposizione della propria persona non si esaurisce in un unico atto ma si sviluppa in diverse attività coordinate verso un unico fine, costituito dalla gpa che, quindi, si connota come atto di destinazione, realizzato in funzione dell'interesse altrui; l'esistenza di destinatari finali e di uno scopo finale sono gli elementi caratterizzanti la fattispecie<sup>25</sup>.

Volere inquadrare una simile situazione in una delle categorie tradizionali della civilistica italiana risulta estremamente difficile. Del tutto inadeguato è lo schema del contratto, qualsiasi sia il tipo di riferimento evocato dagli interpreti (donazione, prestazione d'opera, locazione, vendita), del tutto inadeguati sono i principi che regolano i rapporti di natura mercantile. Ma pure le figure consuete del diritto di famiglia non si prestano ad essere richiamate per la definizione delle relazioni che trovano fondamento nella gpa. In un simile contesto, ciò che può e deve farsi è individuare i principi, i valori, le regole, i criteri che possono orientare l'interprete in un momento, qual è quello attuale, in cui a causa del divieto espresso nella l. 40/2004 l'Italia è chiamata a confrontarsi con casi di gpa realizzati all'estero e conseguenti richieste di riconoscimento/trascrizione dei certificati di nascita rilasciati dallo Stato straniero; principi e regole che, in prospettiva futura, potranno orientare il legislatore laddove ritenga di ripensare al divieto sancito nella legge sulla pma.

Sotto questo profilo deve osservarsi, come si è provato a dimostrare nella parte introduttiva di questo scritto che, in linea astratta (stante l'attuale divieto), l'accordo di gpa può considerarsi espressione di interessi meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico – i diritti di costituire una famiglia e alla bigenitorialità, l'aspirazione a divenire genitori ove possibile anche genetici, il diritto al rispetto della vita privata e familiare – tutte

---

<sup>25</sup> In questi termini si esprime M.C. Venuti (2002, 265).

le volte in cui l'assetto di interessi in concreto configurato sia in grado di garantire adeguatamente la posizione delle parti coinvolte nella relazione, i loro diritti e le loro libertà fondamentali. Al contempo deve ritenersi, sempre alla luce delle considerazioni svolte e del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, che un'intesa di questo genere (attualmente giudicata illecita dal legislatore) non può però in sé considerarsi contraria all'ordine pubblico e al buon costume, così come oggi rispettivamente intesi, ossia quali regole e principi indefettibili dell'ordinamento giuridico e quali valori etici diffusi e condivisi nella realtà sociale nazionale ed europea, quando il modo in cui tale intesa è congegnata rispetta i criteri cui devono essere improntati nel nostro sistema giuridico gli atti di disposizione del corpo e garantisce la salvaguardia del migliore interesse del minore.

#### 4.1. Le questioni maggiormente problematiche in tema di gpa

Nel tentativo di delineare qualche possibile percorso interpretativo sembra opportuno, per maggiore semplicità espositiva, individuare innanzitutto le questioni maggiormente problematiche, che possono così riassumersi:

- a) ruolo della madre biologica, questione, questa, che investe il tema della scelta di divenire madre biologica per altri, dei possibili momenti di interazione/conflitto tra la madre biologica e la coppia intenzionale, dei presupposti in presenza dei quali l'accordo è meritevole di riconoscimento e tutela;
- b) rilevanza della partecipazione (genetica) dei genitori intenzionali;
- c) interesse del minore, profilo che per ragioni di spazio verrà in questa sede sinteticamente affrontato, anche perché oggetto di grande attenzione da parte degli interpreti e di numerose note decisioni della giurisprudenza, tendenzialmente sempre più omogenee e aderenti ai principi costituzionali.

a) Come si è avuto modo di mettere in rilievo nella precedente parte volta alla ricostruzione, per quanto rapida, dei criteri che devono stare alla base degli atti di disposizione del corpo alla luce del sistema dei valori in materia di persona e diritti fondamentali – e che possono riassumersi nei caratteri della libertà, integrità, spontaneità e piena consapevolezza del

consenso, gratuità, nonché conformità ai principi di autodeterminazione, dignità e solidarietà – la premessa da cui partire, anche nel caso di gpa, è che in presenza di una manifestazione di volontà pienamente libera e consapevole che riguardi il proprio corpo e che sia rispettosa dei valori e principi sopra richiamati, l'atto dispositivo deve essere consentito se non entra in conflitto con interessi di rango costituzionale indefettibili; cosa che non accade nell'ipotesi in esame non potendosi considerare il divieto contenuto nella l. 40/2004 costituzionalmente obbligato, essendo, al contrario, frutto di una scelta, fra diverse opzioni possibili, di politica del diritto del legislatore ordinario<sup>26</sup>.

Un volere non dipendente da nessun elemento, innanzitutto di natura economico-mercantile, è la prima condizione per attribuire visibilità giuridica ad una scelta che si configura come espressione del potere di autodeterminazione della persona; una scelta solidale che si caratterizza per interagire con un progetto più ampio, ossia quello legato all'assunzione della genitorialità da parte di soggetti diversi dalla donna che intende farsi carico della gestazione. Una progettualità, quella procreativa, voluta e condivisa con altre/altri che manifestano la volontà, anche in questo caso libera e consapevole, inerente ad una determinazione pure essenziale, ossia divenire genitori, in un sistema in cui oggi è possibile scindere nettamente i due profili. Il primo, quello procreativo, che comunque resta di dominio esclusivo della donna; il secondo quello genitoriale che può riguardare un uomo e una donna, una coppia di persone dello stesso sesso (generalmente maschile) ovvero, in astratto, anche la sfera di una persona sola che decide di attivare un percorso genitoriale mediante la collaborazione di una madre biologica.

Escludere a priori, attraverso divieti e sanzioni, la rilevanza della volontà della madre di gestazione trincerandosi dietro l'obiezione che la gpa sarebbe espressione dello sfruttamento della donna e della riduzione del corpo femminile ad una mera incubatrice o ancora che porrebbe al centro della riproduzione la trasmissione del legame genetico sulla falsariga di

---

<sup>26</sup> Sul punto v. in giurisprudenza Cass., 30 settembre 2016, n. 19588, in NGCC, 3/2017, pag. 372, con commento di G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, ivi, pag. 362.

V. pure Trib. Agrigento, 12 aprile 2017, n. 6892, in Articolo29.it.

posizioni e valori tipicamente maschili<sup>27</sup>, è un modo per negare in via generale la capacità di autodeterminazione femminile, che tradisce, ancora una volta, una visione paternalistica ed autoritaria diretta al controllo sul corpo della donna, considerata non in grado di scegliere in maniera consapevole il percorso da intraprendere, gli atti da porre, le relazioni da instaurare. Una concezione che in epoca non troppo distante da quella attuale ha condotto ad affidare ad altri i compiti di salvaguardia e a situare ai margini dell'ordinamento giuridico la donna in quanto soggetto fragile e vulnerabile; una valutazione, quella di debolezza, discendente da una visione maschile dei rapporti ed escludente, di sotto-ordinazione del sesso femminile, resa in origine possibile dall'impianto civilistico profondamente discriminatorio delle relazioni tra donne e uomini.

Escludere a priori che la gpa possa essere il risultato di una assunzione di volontà ponderata e pienamente consapevole, espressione della libertà della donna non più soggetta ad un potere esterno di controllo sul (suo) corpo e di governo sociale della funzione procreativa, contrasta con ciò che accade spesso nella prassi quando una donna si determina a una iniziativa del genere; peraltro, vietare in modo assoluto la gpa non risponde neppure a un interesse fondamentale dell'ordinamento italiano sulla base del testo costituzionale e delle normative sovranazionali di rango primario, in cui, come già sottolineato, il diritto di costituire una famiglia è declinato in modo assai ampio.

Un simile rigido approccio conduce, inoltre, a sottovalutare il percorso di radicale trasformazione compiutosi a partire da una lettura attenta dei principi di uguaglianza e di non discriminazione che ha portato lentamente, e sovente pure con evidenti contraddizioni, al

---

<sup>27</sup> Sotto quest'ultimo profilo v. S. Nicolai (2015), che propone una ricostruzione in termini di differenza di genere. L'Autrice, in apertura del suo lavoro, mette in evidenza come la rivendicazione «delle persone omosessuali» alla procreazione finisce per rendere irrilevante la differenza sessuale facendo riemergere, sotto l'egida universalizzante che neutralizza, l'aspirazione di tipo patriarcale diretta «a fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella “genitorialità”, appunto) e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità [...]» (pag. 8 e s.). Nicolai propone di accostarsi in termini di differenza sessuale al tema della maternità lesbica e della paternità gay, stante il conflitto che intorno al momento procreativo sussiste tra maschi e femmine. Conflitto di cui è espressione la maternità surrogata che «reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali»: la donna ridotta a mera dimensione biologica (la gestazione separata dalla maternità); la donna elevata a «santa» che dona il figlio a un'altra coppia (pag. 19 e s.)

riconoscimento, anche al livello legislativo (riforma del diritto di famiglia e della filiazione, introduzione del divorzio, i.v.g., consultori familiari, pma, unioni civili, ecc.), delle specificità individuali e per quel che qui interessa della specificità femminile con riguardo al corpo, alla maternità e alle scelte inerenti alla riproduzione. In questa prospettiva è sufficiente richiamare i principi della maternità cosciente e responsabile e dell'autodeterminazione in ambito procreativo che non possono che essere declinati in modo differente in capo alla donna rispetto all'uomo, in ragione del diverso ruolo rivestito dai due sessi nel progetto e nel processo riproduttivo.

D'altra parte, a garanzia della dignità e della integrità psicofisica della donna ed al fine di evitare lo sfruttamento della sua persona, è possibile congegnare un sistema puntuale di controlli di varia natura (amministrativa, medica, giurisdizionale), sia a monte che a valle, tesi a verificare la consapevolezza del consenso e la piena libertà della scelta, le modalità di attuazione della gpa, il concreto interesse della prole, come accade in molti ordinamenti in cui la pratica è ammessa<sup>28</sup>.

Una volta riconosciuto che non vi sono ragioni per negare in radice la possibilità di intese di questo genere e chiarito come esse siano ammissibili soltanto in presenza di un progetto condiviso frutto di scelte libere e consapevoli, a garanzia delle quali deve necessariamente porsi un principio di gratuità (in conformità con la previsione dell'art. 3, comma 2, Carta di Nizza)<sup>29</sup>, deve mettersi in luce come l'assoluta peculiarità del processo procreativo imponga che tutte le decisioni che riguardano la gravidanza siano rimesse alla determinazione della madre biologica. Durante la gestazione alla donna non possono essere imposte regole di

---

<sup>28</sup> A. Valongo (2016, 151), *de iure condendo* ipotizza tre fasi della procedura di gpa: la prima, anteriore al concepimento, in cui si forma l'atto complesso basato sulle dichiarazioni di volontà espresse per iscritto congiuntamente al medico da tutte le parti che concorrono alla gpa (donna gestante e aspiranti genitori sociali); la seconda, posteriore al parto, in cui viene resa all'ufficiale di stato civile la dichiarazione della partoriente di non volere essere nominata nell'atto di nascita, con indicazione del suo nome in un separato registro a tutela del diritto del minore a conoscere le proprie origini; la terza, di formazione dello status di figlio attraverso un provvedimento di controllo successivo dell'autorità giudiziaria, che secondo l'Autore, «avrebbe natura di condizione di efficacia dell'intero procedimento».

<sup>29</sup> In dottrina vi è chi ritiene compatibile la previsione di un compenso a favore della gestante, criticando le definizioni di gpa commerciale e gpa altruistica e la loro stessa distinzione. Sul punto v., per tutti, M. Gattuso (2017, 11) e la letteratura ivi indicata.

condotta ad opera dei futuri genitori intenzionali, essendo la madre biologica libera di autodeterminarsi sia sul se che sul come portare avanti la gravidanza; la volontà della gestante non può, infatti, essere coartata per ciò che concerne le decisioni relative alla propria persona (cure mediche, prosecuzione o meno della gravidanza, stile di vita).

Una questione di particolare delicatezza è quella che attiene al momento in cui la scelta di separare il processo procreativo dal processo genitoriale si stabilizza e diviene non suscettibile di mutamenti/ripensamenti rispetto al percorso intrapreso, ossia fino a che punto l'impegno assunto all'inizio del processo procreativo di condurre una gravidanza per altri possa considerarsi «vincolante» laddove la madre biologica in conseguenza del parto decida di svolgere anche il ruolo genitoriale.

Le soluzioni prospettate nei vari ordinamenti dove la gpa è consentita sono diverse, e vanno dall'ammissibilità del ripensamento della donna dopo il parto e dunque della sua individuazione come madre del/la nato/a, all'attribuzione della genitorialità alla coppia intenzionale in ragione della (originaria) rinuncia ai diritti-doveri parentali da parte della madre biologica e del marito/partner ove esistente e al preventivo accertamento dello status di filiazione ad opera dell'ordinamento di riferimento.

Anche sotto questo profilo, a volere ragionare sulla scorta dei criteri e dei principi vigenti in ambito di atti di disposizione del corpo, non vi è dubbio che deve essere ammessa la possibilità di ripensamento. Tuttavia consentire il consolidarsi della manifestazione di volontà soltanto a conclusione del processo procreativo, entro un lasso di tempo anche ristretto dopo il parto ma congruo per fare ponderare adeguatamente la scelta manifestata all'inizio del percorso gestazionale, come proposto in dottrina<sup>30</sup>, rischia di rendere incerte e

---

<sup>30</sup> B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, pag. 225, secondo cui la volontà materna nel suo incontro con il progetto dei genitori intenzionali è il frutto di un processo di formazione e perfezionamento che dura l'intero arco della gravidanza, dando vita ad una fattispecie a formazione progressiva. La volontà iniziale si perfeziona lungo il percorso e si completa all'esito dell'esperienza gestazionale.

L'Autrice individua nel principio del nome della madre il fulcro dell'eventuale disciplina giuridica della gpa. Indipendentemente dall'assunzione della responsabilità genitoriale, la madre biologica deve essere nominata «[...] per il riconoscimento dell'origine "da un corpo di donna" e per il riconoscimento di una esperienza relazionale che si è compiuta nell'arco dei mesi della gravidanza» (pag. 220). La proposta è di pensare a una

instabili le relazioni e di condurre ad una condivisione «imposta» del progetto genitoriale tra persone che in origine non hanno intenzione di avere in comune l'assunzione della responsabilità genitoriale (madre biologica e padre genetico-intenzionale, ad esempio) e finisce per mettere in ombra l'elemento della scelta dei genitori sociali, oggi valorizzato dal legislatore, elemento che dà inizio al procedimento procreativo.

Nella consapevolezza della complessità delle questioni in esame, ci si interroga sulla possibilità di fissare al momento dell'avvio del progetto procreativo-genitoriale la volontà dei soggetti coinvolti, nel senso di vincolare a tale consenso sia la determinazione della donna di portare avanti una gravidanza per altri sia quella della coppia che richiede la gestazione di assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del bambino che nascerà. Come prospettato da una attenta dottrina con riguardo al momento costitutivo dello status, alla gpa possono applicarsi – in via diretta ovvero facendo ricorso al procedimento analogico, a seconda delle diverse opinioni – le disposizioni dettate per il bambino nato a seguito di pma che ricollegano il momento costitutivo dello status al consenso, all'autoresponsabilità genitoriale<sup>31</sup>.

Ammettere un principio di libera revocabilità della volontà<sup>32</sup> finirebbe per rendere fragile il rapporto, meno ponderata la scelta iniziale, asimmetrica la relazione tra i soggetti coinvolti, perfino ipotizzabile il ripensamento anche da parte di coloro che intendono assumere il ruolo di genitori sociali e a cui è da imputare l'impulso dell'intera vicenda. Sotto quest'ultimo profilo, è da escludersi in ogni caso l'ammissibilità di un ripensamento da parte dei genitori intenzionali rispetto alla determinazione presa azionando la gpa. La certezza dell'assunzione

---

figura giuridica nuova, che garantisca alla madre biologica di essere presente nel progetto riproduttivo-genitoriale, di non essere cancellata anche se non assume la responsabilità genitoriale sul nato/a.

Anche S. Niccolai, (2015, 44 e ss.), – che vede nel divieto di maternità surrogata un principio ordinatore dell'ambito della filiazione, considerando ammissibile soltanto ipotesi di maternità solidale tra donne – ritiene che in ogni caso dovrebbe essere sancita la conoscibilità dell'identità della madre (biologica).

<sup>31</sup> Al riguardo v., per tutti, M. Gattuso (2017, 46 e ss.) L'Autore è critico in ordine alla possibilità di ammettere che la gestante possa ripensare alla scelta inizialmente compiuta (pag. 22 e ss.), così come esclude che con riferimento alla partoriente possa operare la previsione dell'art. 9, comma 2, della l. 40/2004 che le nega il diritto di non essere nominata (pag. 43).

<sup>32</sup> Conformi alla diffusa opinione della piena revocabilità del consenso della partoriente prima, durante e dopo il parto, fra gli altri, A. Valongo (2016, 152); B. Pezzini (2017, 225 e s.); A. Ruggeri e C. Salazar (2017, 146); R. Villani (2004, 166 e s.); V. Scalisi (2017, 1110 e ss).



della responsabilità genitoriale in capo alla coppia che dà inizio al progetto procreativo è una garanzia per la madre biologica che mette a disposizione la propria persona per consentire ad altri di avere un figlio, sapendo che in conseguenza del proprio atto, solidale e altruistico, è apprestata una idonea tutela giuridica al/la bambino/a che nascerà.

E tuttavia risulta difficile ipotizzare che mediante una disposizione di legge o un accordo negoziale un bambino possa essere «strappato» alla madre che lo ha partorito e che intende prendersi cura di lui, quando non vi sono ragioni per ritenere contrario al suo interesse una simile decisione.

Un dilemma, quello da sciogliere, di difficile soluzione in un sistema in cui oggi la genitorialità intenzionale ha pieno riconoscimento unitamente a quella genetica e biologica e che sollecita un'attenta e ponderata riflessione ai fini dell'individuazione della risposta meno tragica e maggiormente rispondente ai principi indefettibili del nostro ordinamento, nella auspicabile prospettiva di una rimediazione del divieto assoluto di gpa<sup>33</sup>.

Chi scrive, nella consapevolezza della rilevanza dell'esperienza della gravidanza e dell'interazione tra nascituro e madre biologica che connota il lungo periodo di gestazione, ritiene che proprio perché il processo procreativo costituisce momento essenziale, centrale e complesso del percorso che conduce alla nascita di un/a bambino/a, il ruolo della madre biologica che decide di accogliere la gravidanza quale esperienza relazionale ricca di implicazioni e valori deve, e non può non, essere reso visibile e riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

Qualunque possa essere la soluzione accolta in futuro dal legislatore rispetto al nodo cruciale qui prospettato, è di fondamentale importanza prevedere il mantenimento di contatti e relazioni fra tutte le persone che hanno partecipato ai progetti procreativo e genitoriale. Ciò significa valorizzare il momento riproduttivo, garantendo al nato la possibilità di avere coscienza del modo in cui è venuto ad esistenza e conoscenza delle proprie origini (sulla

---

<sup>33</sup> L'eliminazione del divieto assoluto di gpa porterebbe alla sua regolazione in conformità dell'attuale assetto del nostro ordinamento giuridico, con conseguente eliminazione del c.d. turismo procreativo ed elevata riduzione del rischio di sfruttamento della donna in condizione di debolezza e della negoziazione dello status di figlio. Inoltre, si giungerebbe ad una puntuale ed inequivoca garanzia della condizione del nato in seguito a gpa (attualmente eseguita all'estero nonostante il divieto di diritto interno: sul punto v. infra in questo § sub c).

falsariga della vicenda del c.d. parto anonimo); alla madre biologica, ove lo voglia, di essere consapevole dell'esito del proprio percorso riproduttivo in un'interazione con il nato e con i genitori intenzionali che a lei si sono rivolti per dare vita a una famiglia composta anche da figli. In questo senso una indicazione può venire dall'esperienza testimoniata dalla pronuncia del Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 (prima dell'introduzione della l. 40/2004) in cui si afferma che «non si può *rectius* non si deve escludere il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo, di partecipare nelle sue manifestazioni di vita e di tenerlo con sé per alcune ore al giorno»; decisione che mostra come in questa materia il punto di bilanciamento e di equilibrio imponga una visione plurale delle relazioni familiari, segnatamente della maternità e una valutazione caso per caso delle singole fattispecie<sup>34</sup>, nel rispetto dei principi indefettibili e dei prefigurati criteri cui devono conformarsi gli accordi di gpa.

b) Quest'ultima considerazione sembra particolarmente indicata per affrontare la seconda questione problematica, cioè quella relativa alla rilevanza del contributo genetico nell'articolato processo che si snoda attraverso la procreazione e l'assunzione della genitorialità. Ancora una volta vengono in evidenza la difficoltà di ricorrere a schemi e categorie consolidate in ambito civilistico e l'esigenza di muoversi per principi, sulla base di criteri chiari ma duttili che permettano di modulare la soluzione tenendo conto della specificità delle relazioni in concreto considerate e degli interessi emergenti.

Non vi è dubbio che il dato genetico fino a non molto tempo addietro non preso espressamente in considerazione perché ritenuto, quanto meno rispetto alla donna, inevitabilmente insito nella gravidanza e nel parto, sia oggi un elemento che merita un proprio riconoscimento specifico una volta che si è determinata la scissione tra maternità biologica e maternità genetica con la possibile separazione dei differenti profili (biologico, genetico e

---

<sup>34</sup> Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in Corr. giur., 2000, pag. 483, con nota di M. Sesta, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, e in Dir. fam. pers., 2000, pag. 706, con nota critica di L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*. Contr. Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in DeJure.

intenzionale) e dunque della presenza di più donne (tre o soltanto due) che assumono i diversi ruoli con riguardo alla maternità.

Proprio l'ampia varietà di situazioni che in concreto possono presentarsi induce a considerare, seppure in modo diverso, tutti i differenti apporti che entrano in gioco nel percorso riproduttivo e di genitorialità<sup>35</sup>.

Se appare certamente preferibile e condivisibile la scelta, anche legislativa, di non attribuire rilevanza giuridica al contributo genetico dei donatori nei casi di fecondazione eterologa rispetto alla quale la persona donatrice non intende assumere nessun ruolo genitoriale, una diversa prospettiva deve accompagnare la valutazione della singola fattispecie quando l'elemento genetico si muove insieme all'elemento intenzionale (caso frequente nelle coppie composte da due donne). In questa ipotesi esso riveste uno specifico rilievo che non può essere ignorato dal legislatore, e in generale dall'ordinamento giuridico e che, al contrario, deve essere positivamente apprezzato quale elemento costitutivo dello status di filiazione. Alla luce della attuale complessiva disciplina di rango primario e ordinario in materia di famiglia e filiazione, dei nuovi assetti sociali e delle possibilità aperte in ambito medico, è allora certamente condivisibile il percorso seguito dalla Corte di cassazione di valorizzazione dell'apporto genetico della madre intenzionale e di riconsiderazione della regola secondo cui madre è colei che partorisce, desunta dall'art. 269 c.c.<sup>36</sup>, proprio al fine di attribuire uno specifico rilievo al dato della discendenza genetica, in un caso in cui tra le due donne non vi era conflittualità bensì piena partecipazione ad un unico progetto procreativo e genitoriale<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Tra gli interpreti vi è chi ritiene in ogni caso preponderante il momento gestazionale, chi collega la maternità al dato genetico e chi, invece, privilegia l'elemento intenzionale. In dottrina si è pure suggerito di attribuire la maternità a colei che coniuga due dei tre profili (legame genetico, legame biologico, volontà).

<sup>36</sup> In ordine alla portata della previsione dell'art. 269 c.c. v. le considerazioni svolte da M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., pag. 95. Sulla perdurante centralità del parto per la determinazione della maternità nel diritto positivo v. J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, pag. 151.

<sup>37</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in NGCC, 3/2017, pag. 372, con nota di G. Palmeri, *Ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, ivi, pag. 362. I principi enunciati nella sentenza 19599/2016 vengono reiterati nella successiva decisione 14878/2017: Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in NGCC, 12/2017, pag. 1718, con nota di G. Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, ivi, pag. 1709.

Tutte le volte in cui si è in presenza di una «donazione» eseguita all'interno di un percorso procreativo comune con la propria compagna, l'assunzione della genitorialità deve essere riconosciuta tanto alla madre genetica quanto alla madre biologica, entrambe madri intenzionali<sup>38</sup>.

Tuttavia, in presenza della scissione del dato biologico e del dato genetico-intenzionale in taluni casi può determinarsi un lacerante conflitto tra le due donne che rievoca il dilemma già evidenziato sub a) in ordine a quale debba essere la madre cui imputare la responsabilità genitoriale; ritorna cioè l'interrogativo se la madre biologica debba comunque prevalere o se, come si ritiene preferibile, l'insieme degli elementi, discendenza genetica-intenzionalità genitoriale, possano condurre all'opposta soluzione in sede di bilanciamento degli interessi in concreto emergenti nella fattispecie considerata in vista del riconoscimento anche di tale maternità.

Il vero nodo si pone quando il dato intenzionale della genitorialità è del tutto sganciato dal legame genetico e biologico, dissociazione frequente nella prassi in ambito di gpa con riguardo ad uno dei componenti della coppia intenzionale. In quest'ultima ipotesi, pure in assenza di conflitto tra i soggetti coinvolti nel processo procreativo-genitoriale, la tendenza iniziale della giurisprudenza è stata di escludere il riconoscimento della genitorialità sociale e di considerare eventualmente ammissibile la successiva adozione del coniuge o del partner della coppia intenzionale.

Questa soluzione non appare coerente con il modo in cui è oggi congegnato il rapporto di filiazione, il cui fondamento è costituito dallo stato unico di figlio e dal principio della

---

In un diverso caso di alcuni anni prima, connotato invece da forte conflittualità, i giudici di merito non hanno ritenuto ravvisabile nella giurisprudenza costituzionale «una verità genetica della maternità contrapposibile a quella determinata dalla gestazione e dal parto: la verità da tutelare quanto alla maternità è sempre stata affermata in relazione alla gestazione e al parto»: Trib. Roma, 2 ottobre 2015, in *Pluris*.

La vicenda, che ha origine da uno scambio di embrioni avvenuto per errore medico, riguardava la richiesta dei genitori genetici di ottenere il riconoscimento dello status genitoriale nei confronti del minore nato in conseguenza dell'esito positivo della gravidanza della donna dell'altra coppia. Al riguardo si è già avuto modo di osservare come la decisione desti perplessità laddove non attribuisce alcun rilievo agli elementi genetico ed intenzionale ad esclusivo vantaggio del dato biologico del parto.

<sup>38</sup> Così come nei casi di gpa la genitorialità non può non essere riconosciuta in capo all'uomo che coniuga in sé il dato genetico e quello intenzionale.

bigenitorialità che sta alla base degli artt. 30 e 31 Cost. e innerva l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, gli artt. 3 e 8 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e al livello di normativa di rango primario gli artt. 5, 8 e 9 l. 40/2004 e l'art. 1 l. 54/2006; principio che si traduce nel diritto del figlio alla doppia figura genitoriale e, dunque, al mantenimento di relazioni costanti e continuative con ambedue i genitori, indipendentemente dal loro sesso (si pensi ai casi in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso ai sensi dell'art. 4, l. 164/1982) e dal loro orientamento sessuale, a meno che ciò sia contrario al suo interesse.

La crescente attenzione alla realizzazione in concreto dei preminenti interessi del minore ha indotto, da ultimo, la giurisprudenza a mutare il proprio orientamento al fine di garantire pienamente il diritto alla bigenitorialità<sup>39</sup>, giungendo in caso di gpa al riconoscimento della trascrivibilità dei certificati stranieri attestanti la co-genitorialità dei genitori intenzionali<sup>40</sup>, a prescindere dalla sussistenza in entrambi di legami genetici con il nato.

c) la gpa guardata dal punto di vista dei bambini pone, dunque, il problema del mantenimento in Italia dello status di figlio acquistato all'estero dal minore con riferimento ai genitori intenzionali pure in mancanza di una sua discendenza genetica da uno o da entrambi i genitori sociali, oltre che la questione del diritto alla conoscenza delle proprie origini<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> In questa direzione si muovono le recenti pronunce volte ad ammettere la compilazione dell'atto di nascita con l'indicazione del secondo genitore (dello stesso sesso) nei casi di bambini nati in Italia in seguito a pma eterologa. Così Trib. Bologna, decr. 6 luglio 2018, cit., in cui si puntualizza come la costituzione dello status di figlio per effetto del consenso prestato ai sensi dell'art. 8 della l. 40/2004 opera anche in presenza di tecniche di pma non previste o non consentite in Italia (punto 2Ab della motivazione). Il Tribunale reputa applicabile il criterio dettato dall'art. 8 alle coppie omosessuali, giacché una diversa interpretazione della regola posta nell'interesse della prole, darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento non consentita alla luce dei principi costituzionali di matrice interna e sovranazionale.

V. pure Trib. Torino, decr. 21 maggio 2018 e 11 giugno 2018, in *Articolo29.it*, in cui, nell'ambito di una domanda diretta ad ottenere l'integrazione dell'atto di nascita con il cognome del secondo genitore, incidentalmente si ammette la conformità all'interesse del minore della registrazione negli atti dello stato civile del certificato di nascita in cui l'ufficiale di stato civile ha attestato la co-genitorialità delle due mamme.

<sup>40</sup> Tra le decisioni più recenti v. App. Venezia, 16 luglio 2018, in *Articolo29.it*; Trib. Roma, 11 maggio 2018, in *Articolo29.it*; App. Trento, 23 febbraio 2017, cit.

<sup>41</sup> Per una prima ricognizione del diritto a conoscere le proprie origini cfr.: V. Scalisi (2017, 1112); B. Pezzini (2017, 220 e ss.); S. Niccolai (2015, 44); J. Long (2017, 156); A. Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pag. 250 e con specifico riguardo al parto anonimo v. S. Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni*

Come si è anticipato, per ragioni di spazio soltanto il primo profilo verrà qui sinteticamente affrontato, rinviandosi, peraltro, per una sua più ampia trattazione alle considerazioni formulate altrove<sup>42</sup>.

Il tema della trascrivibilità dei certificati di nascita rilasciati all'estero è stato oggetto di attenzione sia in dottrina che in giurisprudenza. L'orientamento maggioritario, in ambedue i contesti, è di permettere la trascrizione in considerazione dell'interesse del figlio alla continuità dello status genitoriale e alla salvaguardia del suo diritto all'identità personale e familiare.

A fronte di un simile approdo, diretto in sede di bilanciamento a considerare preminente l'interesse del minore, si registrano tuttavia soluzioni di ampiezza differente a seconda che la trascrizione sia consentita esclusivamente con riguardo al genitore geneticamente legato al nato, con eventuale successiva adozione da parte del/della compagno/a-coniuge<sup>43</sup>, ovvero sia ammessa con riferimento ad ambedue i genitori intenzionali.

All'esito di un lungo e articolato percorso interpretativo portato avanti dalla dottrina e dalla giurisprudenza (interna e sovranazionale) si è giunti a non considerare contraria all'ordine

---

*genetiche e tecniche di tutela*, in Riv. crit. dir. priv., 2000, pag. 571 ss.; M.R. Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in Giur. it., 2001, pag. 1768 e ss.; A. Palazzo, *La filiazione*, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2013, pag. 157 ss.; G. Ferrando, *Relazione introduttiva*, in Ead., G. Laurini (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Assago, 2013, pag. 12; E. de Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in Fam. dir., 2017, pag. 935 ss.; J. Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in NGCC, 2006, I, pag. 549 ss.; Id., *Adozioni e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in NGCC, 2014, I, pag. 289 ss.; T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in Corr. giur., 2014, pag. 473 ss.; G. Lisella, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in Dir. fam. pers., 2014, pag. 27 ss.; S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in Giur. cost., 2013, pag. 4031 ss.; S. Taccini, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in NGCC, 2014, pag. 405 e ss.

<sup>42</sup> V. da ultimo G. Palmeri (2018, 85 e ss).

<sup>43</sup> Ipotesi questa che offre minori garanzie al/la bambino/a, come attesta la considerazione che il ricorso all'adozione in casi particolari ai sensi delle lett. b) e d) dell'art. 44, l. adoz., oltre a non dare luogo ad una adozione piena (quantomeno nell'interpretazione tradizionale dell'istituto), sposta in avanti nel tempo la costituzione dello status genitoriale. Status non automaticamente collegato alla nascita e dipendente, invece, da una serie di elementi, quali l'iniziativa dell'aspirante adottante, il consenso del genitore, il provvedimento del giudice, che per ragioni svariate potrebbero non ricorrere (si pensi al caso dell'intervenuta rottura della relazione di coppia).

pubblico l'efficacia del provvedimento straniero in ragione dell'esigenza indefettibile della conservazione dello status familiare<sup>44</sup>. Il mantenimento della relazione genitoriale con la persona che si è assunta sin dall'inizio la relativa responsabilità (peraltro in conformità delle regole giuridiche vigenti nel Paese in cui è avvenuta la nascita) e il consolidamento della continuità affettiva sono funzionali all'attuazione piena del diritto all'identità personale e sociale del minore. Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione instaurato all'estero determinerebbe, infatti, un pregiudizio alla sfera giuridica del nato non soltanto sotto il profilo personale ma anche patrimoniale, in ragione della perdita di prerogative e di tutele che soltanto il permanere della bigenitorialità di diritto (e non soltanto di fatto) è in grado di assicurare (si pensi, per fare solo alcuni esempi, all'ambito successorio, sanitario e socio-assistenziale).

In definitiva, in presenza di un atto di nascita formato all'estero in conformità della normativa ivi vigente, dal quale risulti che in esito a metodiche di pma, pure non consentite dal nostro ordinamento giuridico, quali la gpa, il nato è figlio di due genitori (di diverso o di uguale sesso), deve riconoscersi piena rilevanza giuridica allo status del minore, pena la compressione dei suoi diritti fondamentali.

## 5. Brevi considerazioni conclusive

Le questioni sopra richiamate mettono in luce la complessità della materia e del punto di equilibrio da raggiungere che, tuttavia, dovrebbe condurre, alla luce di un vaglio complessivo del nostro ordinamento e dei principi fondanti di rango costituzionale, ad un'apertura anche rispetto ad un possibile allargamento delle figure genitoriali oltre il paradigma tradizionale, peraltro superato nella realtà dei fatti da già diffuse situazioni di genitorialità monoparentale e/o di interazione tra i soggetti che cooperano e prendono parte al complesso processo

---

<sup>44</sup> La prima sezione della Corte di cassazione ha da ultimo invocato l'intervento delle Sezioni unite allo scopo di fugare ogni dubbio in ordine alla portata della nozione di ordine pubblico internazionale: Cass., ord. 22 febbraio 2018, n. 4382, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it)

procreativo-genitoriale. Un'interazione consentita dall'articolazione della maternità e dalla possibilità che essa sia declinata, anche al livello giuridico, in modo plurale<sup>45</sup>.

Il vero scoglio per il giurista, chiamato a confrontarsi con gli svariati casi della vita reale, è costituito dal possibile (anche se non particolarmente diffuso, quanto meno negli ordinamenti in cui la scelta della madre biologica è davvero frutto di una manifestazione di volontà libera, consapevole e non condizionata dal bisogno economico) ripensamento della madre biologica in ordine alla (non) assunzione della responsabilità genitoriale; questione di difficile definizione perché incentrata sul conflitto tra soggetti (la coppia intenzionale e la madre di gestazione) che con modalità differenti hanno tutti contribuito al progetto procreativo-genitoriale, e la cui soluzione dovrebbe comunque rifuggire da prese di posizione ideologiche e consentire, ove possibile, la partecipazione, a diverso titolo e con differente modulazione, di tutti i genitori alla cura del/la figlio/a.

La prospettiva da cui muovere dovrebbe essere quella di una valutazione caso per caso che, a partire dalle garanzie e dalle cautele sopra indicate e preventivamente delineate, tenga conto dell'atteggiarsi della situazione concreta e della specificità delle interazioni/relazioni instaurate, in funzione del rispetto dei diritti fondamentali, della dignità della persona e della realizzazione dell'interesse della prole in attuazione del principio guida presente nella Costituzione in materia di filiazione, ossia il preminente interesse del minore alla cura e alla protezione.

## Bibliografia

Angelini Francesca, "Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso

---

<sup>45</sup> Contrario ad una simile soluzione sembra essere B. Salone (2014, 160), secondo cui la sostanziale «destrutturazione» dell'identità materna insita nella gpa, che inevitabilmente si ripercuote sull'identità del figlio, rende la pratica di dubbia compatibilità con il principio costituzionale della tutela della maternità, sancito nell'art. 31, comma 2, Cost.



giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in Nicolai Silvia e Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 31-53.

Baldini Gianni, *Riflessioni di biodiritto*, Cedam, Padova, 2012.

Brunelli Giuditta, “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in Nicolai Silvia e Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 77-90.

Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I e II, Giuffrè, Milano, 2011.

Casaburi Geremia, “Maternità surrogata”, in *Il libro dell’anno del Diritto*, a cura di Alberto Giusti e Francesco Macario, Treccani, Roma, 2016.

Casaburi Geremia, “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, in *Foro italiano*, 2014, I, cc. 3408 ss.

Cassano Giuseppe, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2000.

Corti Ines, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

Corti Ines, “La maternità per sostituzione”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1479-1494.

Dell’Utri Marco, “Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione”, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2, 2010, pp. 358-385.

Di Masi Maurizio, “Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania”, in *GenIUS*, n. II, 2015, pp. 214-225.

Di Stefano Marcella, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, in *GenIUS*, n. I, 2015, pp. 160-173.

Faraoni Alice Benedetta, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano, 2001.

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

Ferrando Gilda, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017.

Gattuso Marco, “Clausola generale di equivalenza e filiazione”, in Buffone Giuseppe, Gattuso Marco e Winkler Matteo Maria, *Unione civile e convivenza*, Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs 19 gennaio 2017 n. 5, 6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 219-336.

Gattuso Marco, “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40”, in *Giudicedonna*, 2017 ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)).

Long Joelle, “Di madre non ce n’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità” in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 145-159.

Lorenzetti Anna, “Maternità surrogata”, in *Digesto, disc. priv.*, Utet, Torino, 2017.

Madeo Antonella, “La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità”, in *Diritto penale e processo*, n. 8, 2016, pp. 1088-1095.

Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

Niccolai Silvia, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 3.

Palazzo Antonio, “Surrogazione materna e interesse del minore”, in *Libero Osservatorio del Diritto*, n.1/2015.

Palmeri Giuseppa, “Rapporti con i figli”, in Ferrando Gilda, Fortino Marcella, Ruscello Francesco (a cura di), *Legami di coppia e modelli familiari*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 85-109.

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 2017, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio del nome della madre’ nella gravidanza per altri” in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 91-118.

Querci Agnese, “La maternità «per sostituzione» fra diritto interno e Carte internazionali”, in *Fam. e dir.*, n. 12, 2015, pp. 1142-1157.

Renda Andrea, “La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio”, in *Europa e dir. priv.*, n. 2, 2015, pp. 415-467.

Resta Giorgio, “La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Giuffré, Milano, 2011, pp. 805-854.

Rodotà Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012.

Rodotà Stefano, “Il corpo giuridificato”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Giuffré, Milano, 2011, pp. 51-76.

Rodotà Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.

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.

Salone Bartolo, “La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatisti”, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, pp. 39-71.

Salone Bartolo, “Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004”, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, pp. 157-183.

Scalisi Vincenzo, “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, in *Rivista di diritto civile*, 2017, n. 5, pp. 1097-1114.

Sesta Michele, “La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale”, in *Corr. giur.*, n. 2000, pag. 488-495.

Shavel Carmel, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

Stefanelli Stefania, “Accertamento della maternità nella gestazione per altri”, in *BioLaw Journal*, 2016, n. 2, pp. 7-37.

Stefanelli Stefania, “Procreazione e diritti fondamentali”, in Sassi Andrea, Scaglione Francesco, Stefanelli Stefania, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. 4, UTET, Torino, 2015, pp. 79-175.

Valongo Alessia, “La gestazione per altri: prospettive di diritto internazionale”, in *Biolaw Journal*, n. 2, 2016, pp. 131-155.

Venuti Maria Carmela, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, in *GenIUS*, n. 1, 2018 pag. 85-100.

Venuti Maria Carmela, *Gli atti di disposizione del corpo*, Giuffrè, Milano, 2002.

Villani Riccardo, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004.

Zatti Paolo, “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3-70.

Zatti, Paolo, “Maternità e surrogazione”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 193-202.

# 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 altri<sup>1</sup>, 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 India<sup>2</sup>, la recente riforma portoghese<sup>3</sup>, oltre al tema della disciplina dell'attribuzione della genitorialità a seguito di sostituzione di maternità effettuate lecitamente all'estero da parte

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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*.

di ordinamenti che assumono una posizione proibizionistica assoluta, dimostrano in 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 giurisprudenziale<sup>4</sup> – 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» riproduttiva<sup>5</sup>. 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 nazionale<sup>6</sup>.

La prospettiva assunta è quindi quella della dinamica dei modelli, intesa quale fisiologica espressione della necessaria relazione tra istanze (sociali), regole (legislative) e casi

---

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

<sup>5</sup> 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).

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

(giurisdizionali), all'interno di una teoria del diritto e del rapporto tra fonti e poteri che 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 adatterà – 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 rientrino 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 normativa<sup>7</sup>, anche nel senso di chiarire la riconducibilità in termini giuridici della prima alle seconde<sup>8</sup>; 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 giudiziale<sup>9</sup> quanto amministrativa<sup>10</sup>, 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

---

<sup>7</sup> Come avviene in Grecia, Portogallo, Canada, Russia e Regno Unito.

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Come nei casi di Israele e Portogallo.

duale «divieto-regolamentazione» di tale pratica e dei suoi effetti) – un approccio «dinamico» fondato sulla natura dei modelli, distinguibili tra ordinamenti proattivi<sup>11</sup> 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.

---

<sup>11</sup> Secondo il Nuovo Dizionario Devoto-Oli, 2017, Mondadori, proattivo si intende «diretto a prevenire situazioni, tendenza a 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 altri<sup>12</sup>; dall'altro lato, il Codice civile e commerciale – nella versione riformata ed entrata in vigore nel 2015<sup>13</sup> – 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 soppresso<sup>14</sup>). 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»<sup>15</sup>, basato sulla definizione ampia di tecniche di riproduzione medicalmente assistita contenuta nella legge in materia<sup>16</sup>. 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 tribunali<sup>17</sup> 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 –

---

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

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

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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».

<sup>17</sup> 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. 8<sup>18</sup>) 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 portoghese<sup>19</sup>, 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»<sup>20</sup>. 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

---

<sup>18</sup> 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).

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

<sup>20</sup> 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)»<sup>21</sup>. 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 occasioni<sup>22</sup> 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 legislatore<sup>23</sup>. Analogamente, seppur a fronte di una esplicita scelta normativa operata dal legislatore in senso proibizionista, sembra essersi orientata la Corte costituzionale italiana<sup>24</sup>, oltre che – secondo un atteggiamento ormai consolidato – la Corte EDU<sup>25</sup>.

---

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

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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»).

<sup>25</sup> 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 irlandese<sup>26</sup>, 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 gestante<sup>27</sup> (in particolare, rispetto alla individuazione del momento entro cui esprimere la revoca del consenso<sup>28</sup> 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).

---

<sup>26</sup> 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».

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

<sup>28</sup> 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 nati<sup>29</sup>), evitando di affrontare anche pur tangenzialmente la questione relativa alla compatibilità con la CEDU delle discipline nazionali in materia di surrogazione di maternità<sup>30</sup>. 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 tematica<sup>31</sup>. 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

---

<sup>29</sup> Come nei citati casi *Mennesson e Labassee*.

<sup>30</sup> 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).

<sup>31</sup> 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»<sup>32</sup>.

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 2004<sup>33</sup>. 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 materia<sup>34</sup>. 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 maternità<sup>35</sup>; 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)<sup>36</sup>.

Tenendo presente l'esito giurisprudenziale del caso portoghese in termini di legittimità costituzionale<sup>37</sup>, 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

---

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

<sup>33</sup> 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 previsto dall'art. 12 della legge n. 40/2004, né tantomeno la natura assoluta di quest'ultimo.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Ivi, § 114.

<sup>36</sup> Sul punto, Margaria, 2018, 240.

<sup>37</sup> 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 incostituzionalità<sup>38</sup>; 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,

---

<sup>38</sup> 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 familiare<sup>39</sup>.

#### 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 evoluzione<sup>40</sup> – 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

---

<sup>39</sup> 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).

<sup>40</sup> 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»<sup>41</sup>: 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 gratuita<sup>42</sup>. Ribaltando le valutazioni svolte dalla High Court<sup>43</sup>, la Corte costituzionale

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Per un inquadramento, Slabbert, Roodt, 2013, 325-346.

<sup>43</sup> 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](http://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 status<sup>44</sup>. 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 surrogazione<sup>45</sup>. 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 finalità<sup>46</sup>: 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 committente<sup>47</sup>. La previsione di tale requisito, non previsto per la donazione di gameti all'interno della PMA<sup>48</sup>, 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 legislatore<sup>49</sup>.

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

---

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

<sup>45</sup> § 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».

<sup>46</sup> Ivi, § 286, in particolare nota 266.

<sup>47</sup> Ivi, § 286.

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

<sup>49</sup> 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 legge<sup>50</sup>. Il ritiro del consenso prima della fase individuata dal Tribunale, pertanto, implica l'applicabilità del criterio generale in materia di filiazione previsto dal codice civile<sup>51</sup>, 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

---

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

<sup>51</sup> 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 Cordoba<sup>52</sup>, 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 legislativo<sup>53</sup>. 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 utilizzate<sup>54</sup>.

---

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

<sup>53</sup> Ivi, 34.

<sup>54</sup> 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 costituzionale<sup>55</sup>. 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 privilegiato<sup>56</sup> 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 Portogallo<sup>57</sup>); o,

---

<sup>55</sup> Cfr. Italia, Portogallo e, seppur con caratteristiche diverse, Argentina.

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

<sup>57</sup> 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.

# LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELL'AUTODETERMINAZIONE RIPRODUTTIVA DELLE DONNE\*

Laura Ronchetti

## Abstract

This contribution aims at participating in the debate on pregnancy for others, by identifying the constitutional principles that can ensure full procreational autonomy to women.

## Keywords

Maternal surrogacy; Motherhood; Autodetermination; Procreation; Reproduction; Personal liberty; Right to health; Feminism.

## 1. Riproduzione, procreazione e produzione

Il tema «riproduzione e relazioni» è oggi sottoposto a nuove, ma anche rinnovate, tensioni.

La riproduzione della società consiste in una serie di lavori di cura delle cose e delle persone tradizionalmente svolta dalle donne a titolo gratuito, ma un ruolo determinante della riproduzione nel suo insieme è quello rappresentato dalla procreazione in sé<sup>1</sup>. Se è necessario operare una radicale trasformazione della divisione sessuale del lavoro (di cura<sup>2</sup> e non), che a mio parere non sarà mai soddisfacente se contemporaneamente non

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> Secondo Del Re (2012, 151-170), «una prima distinzione, alquanto rozza, si può fare tra lavoro domestico, lavoro riproduttivo e lavoro di cura. Il lavoro domestico è il lavoro elementare [...], quello che serve per sopravvivere, e cioè pulire, lavare, cucinare, fare la spesa etc.; chiamiamo lavoro di riproduzione il lavoro che serve a riprodurre “la specie”: non è solo fare figli, è crescerli, è creare le condizioni indispensabili per la continuità della vita, è occuparsi delle persone dipendenti. Il lavoro di cura ha a che fare con le relazioni, con la continuità dei rapporti, con l'affetto, con il sesso. Non sono esattamente separabili, s'intersecano e si sovrappongono, anche se hanno caratteristiche peculiari e sono costituiti da compiti che possono essere attribuiti – prevalentemente – a soggetti diversi».

<sup>2</sup> Fischer e Tronto (1990, 36-54), hanno prospettato una lettura politica e democratica della cura che ha molto a che fare con la qualità della vita che concorriamo a determinare. In Italia il pensiero femminista che propone «il “paradigma della cura” come un rovesciamento dei modi e delle forme del pensare e del vivere», come scrive Pomeranzi (2018), è espresso ne *La cura del vivere*, documento de *Il gruppo del mercoledì* (Bandoli, Boccia, Deiana, Gallucci, Paolozzi, Pomeranzi, Sarasini, Stella, Vulterini, 2011).

verrà ripensato il rapporto tra riproduzione sociale e produzione<sup>3</sup>, è del tutto imprescindibile un punto fermo che deve essere esplicitato e mai sottaciuto: solo il corpo della donna può procreare, cioè compiere l'insieme degli atti e dei processi che consentono di trasmettere la vita. Quest'asimmetria tra i sessi nella procreazione è, dal mio punto di vista, un punto di ancoraggio indefettibile per ogni riflessione sul tema.

È chiaro che gli uomini detengono un'altra capacità, essenziale e preliminare a quella procreativa, quella fecondativa<sup>4</sup>. Quest'ultima, tuttavia, non è mai autosufficiente, e si concretizza solo attraverso l'incontro con la simmetrica attitudine della donna. Una volta avvenuta la fecondazione, invece, solamente il corpo della donna può portare a termine il processo riproduttivo, donando vita attraverso il proprio corpo. È importante ricordare che neanche le nuove tecnologie consentono di prescindere dal corpo della donna per l'intero ciclo procreativo, ma solo per il momento fecondativo. Per tale ragione bisognerebbe parlare di tecniche di fecondazione e non di procreazione medicalmente assistita, come invece fa la legge n. 40 del 2004. L'ovulo fecondato infatti muore, anche se congelato, qualora non venga trasferito e non attecchisca nell'utero di una donna.

Solo il corpo della donna dunque può accogliere, proteggere e nutrire l'ovulo fecondato finché non sarà pronto a «venire al mondo», rendendosi fisicamente persona autonoma dal corpo materno (art. 1 c.c.)<sup>5</sup>. Per contro, accade solo alle donne di restare incinta e solo le donne non possono sottrarsi ad una gravidanza indesiderata.

L'intreccio indissolubile tra gestione del corpo femminile e riproduzione della società è alla base dei permanenti tentativi da parte dei pubblici poteri e della società stessa – che proprio per tale motivo può dirsi patriarcale – di regolare l'uso del corpo femminile, se non addirittura di sottrarre alle donne stesse l'autonomia sessuale e procreativa e la piena disponibilità sui propri corpi: la gestione del corpo della donna e del suo potere di

---

<sup>3</sup> Del Re (2008, 111) constata che «se la riproduzione degli individui è analizzata nell'arco della vita delle persone, risulta evidente che ciascuno di noi è stato prodotto da qualcuno e per parti non irrilevanti della vita è stato o sarà dipendente da qualcuno che si occupa della sua riproduzione e del suo benessere. Se si assume nell'analisi come fondamentale la riproduzione della forza lavoro si diverge radicalmente da ogni ideologia liberista che veda l'individuo esclusivamente nell'istante in cui è sano, adulto, vive da solo e basta a se stesso. Il partire dalla riproduzione degli individui mette in evidenza l'improponibilità scientifica di un'analisi dei rapporti sociali che si attesti sulle capacità produttive degli individui, escludendo la relazione e la riproduzione».

<sup>4</sup> Si ripercorrono qui alcuni passaggi del mio "Donne e corpi tra sessualità e riproduzione" (2006), versione ampliata di "Donne, corpo e diritto" (2007, 141-169).

<sup>5</sup> Si rinvia a Marella (2005).

procreare è funzionale al controllo sulla società che si riproduce attraverso il corpo femminile.

In questa direzione è impellente, non solo proporre un pensiero giuridico all'altezza della promessa dell'autonomia personale e collettiva, compresa quella delle donne, propria delle Costituzioni democratiche e sociali, ma pure ripensare alla base il rapporto tra riproduzione e produzione<sup>6</sup>: rapporto che ora, in un ordine globale dominato e schiacciato dalla deriva neoliberista, tutto riduce a merce, alla proprietà e all'iniziativa economica come diritto assoluto. Non si tratta più di fronteggiare solo una visione liberale costruita sulla infondata presunzione di individui indipendenti e proprietari, di sesso maschile, bianchi, eterosessuali e in buona salute, come ha fondatamente fatto il giusfemminismo finora, ma la sua radicalizzazione in cui, sull'altare del mercato ipercompetitivo, lo sfruttamento e il dominio sono giustificati come unico orizzonte e il profitto è inteso come diritto assoluto assistito a livello internazionale dall'azione di risarcimento. In questo quadro ogni vulnerabilità e qualsiasi forma di subalternità sono peccati da scontare e debiti da ripagare con alti interessi, se non con la morte: dal femminicidio alle «morti in mare»<sup>7</sup>, passando per le morti bianche.

La liberazione dagli impari rapporti di potere non può, oggi più che mai, che nutrirsi della capacità di intersezione tra i soggetti che pur da posizionamenti diversi – per ragioni di sesso, di genere, di origine geografica, di classe, di razzializzazione, di identità e/o orientamento sessuale – intendono agire in chiave di «antisubordinazione» (Pezzini, 2009; Pezzini, 2012, 15), rivendicando il diritto alla loro piena autonomia e, dunque, alla loro pari dignità sociale.

In quest'ottica, è necessario ripensare il concetto di autonomia: l'autonomia dovrebbe essere un concetto che esprime qualcosa di profondamente diverso dall'indipendenza che caratterizza il soggetto di diritto ipotizzato dal pensiero liberale e dal pensiero giuridico

---

<sup>6</sup> Si aderisce alla posizione assunta da Federici (2012, 92-107) di «difendere, a dispetto delle tendenze postmoderne, la [...] scelta di continuare a mantenere separate produzione e riproduzione [...] Che il lavoro riproduttivo sia essenzialmente “lavoro vivo” e lavoro intensivo è evidente soprattutto nella cura dei bambini e degli anziani non auto-sufficienti, che anche nei suoi aspetti più fisici, ha una forte componente emotiva, dovendo fornire un senso di sicurezza, consolare, anticipare paure e desideri. Nessuna di queste attività è puramente “materiale” o “immateriale”, né può essere frammentata, in modo da renderne possibile la meccanizzazione, o sostituita da un flusso virtuale di comunicazione on-line [...] Quello di cui necessitiamo è una lotta collettiva sulla riproduzione, che reclami il controllo sulle sue condizioni materiali e crei forme di lavoro riproduttivo più cooperative e meno soggette alla logica del mercato».

<sup>7</sup> Secondo i dati di *Save the children* «in base alle percentuali sugli arrivi via mare in Italia nel 2017, quasi 1 persona su 4 tra le vittime e i dispersi potrebbe essere una donna o un minore, ma sappiamo che nei naufragi sono proprio loro i più vulnerabili e il numero potrebbe anche essere maggiore».



dominante. Il pensiero giusfemminista offre gli strumenti concettuali per disvelare l'inganno di pensarsi in un continuo processo di acquisizione di indipendenza perché viceversa dalla nascita fino alla morte siamo gli uni dipendenti dagli altri, soprattutto dalle altre: si dovrebbe parlare di relazioni di interdipendenza quali uniche forme che consentono di pensare un concreto esercizio di autonomia<sup>8</sup>.

## 2. Quant'anni dalla legge n. 194 del 1978: riconoscimento giuridico dell'asimmetria tra i sessi nella procreazione

Partendo dal ripresentarsi di vecchie tensioni in tema di procreazione non è possibile non ricordare che proprio il 22 maggio di quest'anno si sono festeggiati i quarant'anni dell'approvazione della legge n. 194 del 1978, la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Questa ricorrenza consente di ricordare che, non solo non esiste un «racconto pacificato della maternità surrogata»<sup>9</sup>, ma neanche della «maternità» in sé.

Mentre fino al 1975 il diritto penale pretendeva di costringere la donna a portare a termine la gravidanza, con la legge n. 194 l'interruzione volontaria della gravidanza è ricondotta dal legislatore al «diritto alla procreazione cosciente e responsabile» e al riconoscimento del «valore sociale della maternità» nonché alla tutela de «la vita umana dal suo inizio». La depenalizzazione<sup>10</sup> di una pratica antica e di massa come quella dell'aborto in realtà era la rivendicazione principale del movimento femminista. Il diritto penale, infatti, ha da sempre svolto un ruolo cruciale nel criminalizzare i comportamenti delle donne non conformi al ruolo ad esse affidato dalla società: dal reato esclusivamente femminile di adulterio alla configurazione della violenza sessuale come reato contro la morale pubblica fino alla criminalizzazione dell'interruzione della gravidanza. Ciò che univa chi chiedeva la mera depenalizzazione e chi una nuova legge che garantisse la salute delle donne che intendessero esercitare autonomia sul proprio corpo fecondato era un modo nuovo di

---

<sup>8</sup> Si rinvia al mio *L'autonomia e le sue esigenze* (2018).

<sup>9</sup> Si prefigge «di smascherare quell'insidioso misconoscimento del diverso peso maschile e femminile nella riproduzione, che è sotteso a un racconto pacificato della maternità surrogata» (Olivito, 2017).

<sup>10</sup> Come giustamente rileva Jourdan (1993), la legge n. 194 è «ambigua» sotto questo profilo perché «mescola un residuo dell'antica criminalizzazione a una sostanziale depenalizzazione»: ha abrogato il reato di aborto *ex* titolo X del codice penale ma al tempo stesso «è reato non seguire le procedure previste dalla legge stessa». Si rinvia al *Documento sulla depenalizzazione* ripubblicato da *Noidonne* nel marzo 1993 e a Boccia, Tatafiore (1993).

concepire la maternità, «finalmente trasformata da processo biologico che cresce nel proprio corpo al di fuori della propria volontà in scelta umana e perciò libera e responsabile»<sup>11</sup>.

La legge n. 194 – nonostante tutte le sue ambiguità – segna un passaggio determinante nella ricostruzione giuridica della maternità anche perché riconosce e garantisce l'asimmetria dei sessi nella riproduzione del genere umano attribuendo solo ed esclusivamente alla donna la decisione di cosa fare del proprio corpo fecondato, la decisione su quel potere proprio ed esclusivo del corpo delle donne che è la capacità di procreare: la richiesta di IVG è fatta personalmente dalla donna (art. 12) e la relativa decisione è interamente affidata alla sua cosciente e responsabile scelta, alla sua totale autodeterminazione senza alcun obbligo di coinvolgere il marito né il padre naturale<sup>12</sup>. Alla fine del dibattito parlamentare sulla legge si è prevista la presenza «del padre del concepito, ove la donna lo consenta», mentre in una fase iniziale dell'*iter* di formazione della legge la donna non doveva consentire alla presenza, ma richiederla espressamente: nonostante questo non secondario scarto tra la presunzione dell'assenza dell'uomo e la mera possibilità dell'assenza del «padre del concepito», la donna per il nostro ordinamento giuridico è l'unica persona che decide del proprio corpo fecondato (Carettoni, 1981, 27).

È importante ricordare che chi si opponeva alla legalizzazione dell'aborto ricorreva anche all'argomento che in tal modo si aveva «una porta spalancata per sottrarsi alla responsabilità della paternità» (Carettoni, 1981, 27). Viceversa sono convinta che, come non esiste miglior difesa per l'embrione che il desiderio di maternità della donna che lo porta in grembo, non c'è miglior garanzia di partecipazione per l'uomo al processo procreativo se non il rispetto della sovranità della donna sul proprio corpo.

---

<sup>11</sup> Così Luciana Castellina, "Atti parlamentari dell'*iter* di formazione della legge n. 194 del 1978", ripubblicati dall'inserito de *il manifesto* del 18 maggio 2018.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. n. 11094 del 1998.

### 3. Procreazione e maternità libera e responsabile. *La mater semper certa est*, ma solo se vuole

Interrompere la gravidanza indesiderata è uno dei modi per consentire alle donne di godere del diritto fondamentale alla libera e responsabile scelta della maternità per garantire la quale, infatti, la bella legge n. 405 del 1975 incaricava i consultori di perseguire vari scopi, tra i quali in particolare: «assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile»; «la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti»; «la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento»; «la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso».

Si rivedeva così sotto nuova luce la capacità di procreare, «non più usata come uno strumento dall'uomo e dalla società, ma da lei utilizzata in base a una sua propria scelta» affinché la donna «non debba diventare madre contro la sua volontà, schiava e vittima della possibilità che le ha dato la natura di procreare» (Remiddi, 1976, 31). Nel manuale giuridico ora citato del 1976 peraltro si affrontava già la questione della fecondazione artificiale per la quale – pur richiamando le posizioni di chi la considerava «una nuova insidia contro la famiglia e il matrimonio» – si affermava che non vi era norma che la proibisse e che «sul problema su chi debba deciderla, non vi è dubbio che può essere solo la donna» (Remiddi, 1976, 42).

Maternità come scelta e non come destino sociale. Procreazione solo se desiderata per evitare donne prigioniere del loro stesso corpo. Fecondazione assistita dalla tecnica come potenziamento dell'autonomia procreativa delle donne, a prescindere dalla sessualità.

Come si colloca in questo nuovo paradigma della maternità il principio *mater semper certa est*?

*Mater semper certa est*<sup>13</sup> è un brocardo latino che – affatto nato per garantire alcun diritto della madre sui propri figli, giuridicamente sottoposti al *pater familias* tanto quanto la

---

<sup>13</sup> Di una «risignificazione costituzionale» di questo brocardo parla Olivito (2017, 24), per sottolineare il «rilievo costituzionale ascrivibile all'essere nato di donna», *ivi*, p. 25, che l'A. pone a fondamento, nell'interesse dei minori, del rifiuto di un nuovo intervento legislativo in materia di maternità surrogata e a favore della «rivalutazione» (*ivi*, p. 27) del divieto penalmente sanzionato «inteso nei termini di un divieto

madre – serve tuttora a fondare le presunzioni di paternità (incerta in natura e, quindi, in diritto presunta) in base ai rapporti matrimoniali intercorrenti tra la madre e il marito. Non esprime, almeno nella sua origine, alcuna primazia giuridica della donna nella procreazione né nella genitorialità. Viceversa, ha attribuito un nuovo significato a questo brocardo la scelta che il nostro ordinamento ha compiuto già a fine Ottocento di consentire alle donne di non diventare genitrici, garantendo alla madre, cioè colei che ha partorito, la possibilità di non essere nominata nell'atto di nascita (ora art. 2, l. n. 127/97): l'ordinamento riconosce che non tutte le donne che partoriscono intendono (per mille ragioni diverse) diventare madri, donne che non si assumono la responsabilità di «crescere» chi hanno partorito, vale a dire di inserirsi nell'ordine simbolico della madre (Muraro, 1991), perlomeno non nei confronti di quel/la neonato/a. Diritto questo, di sottrarsi alla maternità, tutelato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>. Sotto questo profilo la Corte costituzionale ha specificato peraltro che «non risultando il nome della partoriente – anche se si assuma *ex aliunde* essere coniugata – non è possibile individuare il marito della stessa, né rendere operativa la presunzione di paternità di cui all'art. 231 del codice civile» (sent. n. 171 del 1974), riconoscendo una radicale disparità tra i sessi anche nella costituzione del rapporto di filiazione (Piccinini, 1999, 78).

Nel nostro ordinamento giuridico la relazione generativa da indicare nell'atto di nascita consente di accompagnare l'atto di accertamento della nascita con il sorgere dello *status* di figlia/o: si tratta di una dichiarazione in cui l'elemento della libera espressione della volontà è particolarmente garantito, ancorché si presupponga corrisponda al vero, perché rappresenta «la cerniera tra l'evento biologico della procreazione e l'instaurazione di una completa relazione giuridica di filiazione» (Piccinini, 1999, 21). È vero che la riforma del 1975 ha introdotto il «diritto allo stato di figlio» eliminando alcuni limiti all'azione per la dichiarazione giudiziale, ma sempre in un contesto in cui i genitori in via di principio sono liberi di non riconoscere, anche se in costanza di matrimonio la madre assume

---

di intermediazione commerciale». Nelle presenti riflessioni il percorso di risignificazione di questo principio giuridico, sebbene accolga la definizione di Niccolai (2018), *Principio mater semper certa e divieto di surrogazione in dialogo, per riscoprire il valore del materno*, come «il primato materno e la libertà femminile nella procreazione», perviene viceversa a un posizionamento critico sul divieto assoluto della procreazione per altre/i e al tentativo di enucleare alcuni principi costituzionali inderogabili nell'alveo di una piena autonomia sessuale e procreativa delle donne.

<sup>14</sup> CEDU, caso Odièvre/Francia del 2003.

maggiori poteri qualora neghi il proprio nome, proprio perché il brocardo del *padre numquam* esprime l'idea della difficoltà di dimostrare la paternità.

Soltanto la donna che partorisce e riconosce volontariamente il neonato, dunque, diventa la *mater certa*, viceversa quella che partorisce ma non riconosce come figlio o figlia il neonato rifiuta o rinuncia a essere madre, almeno di quel/la figlio/a.

Dopo la rivoluzione che ha toccato la maternità negli anni Settanta con la sua caratterizzazione quale scelta libera e responsabile, e non come destino sociale, questo diritto riconosciuto alla donna partorienti assume una risignificazione: la donna non è costretta a «sentirsi» madre di qualcuno neanche quando porta a termine una gravidanza e «mette al mondo» una nuova persona. Al «fatto naturale» del parto si oppone il «fatto sociale» del rifiuto (o rinuncia) di quella maternità, a volte proprio in nome della volontà di essere madre simbolica di tante altre donne.

Da tempo, dunque, è lecito immaginare una donna che decide di portare a termine una gravidanza, partorire una nuova persona, ma non farle da madre. Giuridicamente, dopo la libertà di non risultare nell'atto di nascita, è l'istituto della adozione che ha modificato il concetto di maternità o, se vogliamo, è venuta maturando socialmente e giuridicamente la consapevolezza che accanto a chi non poteva o non voleva assumere le responsabilità della relazione madre/figlia vi era chi questa responsabilità voleva assumersi pienamente, pur in assenza della biologica relazione generativa: un'esperienza della maternità coltivata nei fatti da millenni che ha trovato una propria disciplina giuridica che, purtroppo, ha ingabbiato la madre nella dimensione della coppia unita in matrimonio e, dunque, eterosessuale.

Un passaggio successivo nella concezione sociale e nell'esperienza giuridica della maternità si è compiuto con l'avvento delle tecniche di fecondazione assistita che, innanzitutto, hanno consentito di prescindere dalla sessualità: infatti, nell'immaginario collettivo degli anni Ottanta le tecniche consistevano nelle «banche del seme» cui rivolgersi per ottenere gli spermatozoi necessari ad esaudire il proprio desiderio di maternità. Non c'era più bisogno di avere accanto un uomo e per di più fertile per divenire madre. In quel contesto la *Mater certa* era l'espressione de «il primato materno e la libertà femminile nella procreazione» (Niccolai, 2018): donne libere e responsabili che potevano decidere di interrompere la gravidanza, altrimenti di portarla avanti e fare la madre ovvero non riconoscere il nuovo nato come proprio figlio.

Il legislatore italiano è intervenuto «a gamba tesa» a ripristinare il presunto «ordine naturale delle cose»: la legge n. 40 del 2004 dichiara di disciplinare la *procreazione* medicalmente assistita e lo fa in un modo che è già stato dichiarato incostituzionale in quasi tutti i suoi profili critici, che verranno richiamati oltre. Il titolo della legge dedicato alla «procreazione» è fuorviante e trova come unico appiglio la previsione del reato di «maternità surrogata», senza alcuna altra previsione in materia, pure opportuna anche in un regime di divieto penale<sup>15</sup>. Il resto della disciplina, viceversa, verte sulla mera *fecondazione*. Con questo slittamento di significato si riduce il processo riproduttivo alla fase iniziale della fecondazione, l'unica fase che vede il ruolo dell'uomo rilevante quanto quello della donna, corrispondendo appieno all'intento del legislatore della legge n. 40 del 2004 di rendere la posizione dei sessi simmetrica nell'intera procreazione. Si tratta, infatti, di una disciplina quanto mai espressiva del tentativo delle norme giuridiche di sminuire e ridurre l'autodeterminazione delle donne in materia riproduttiva, sebbene dal desiderio di non maternità fino ad allora disciplinato con la legge n. 194 si passasse a regolare l'opposto: il desiderio di maternità.

Sin da subito, soprattutto, il desiderio in questione diventa, non di maternità, ma di genitorialità. Non solo si tratta di genitorialità basata sul c.d. paradigma eterosessuale, ma è evidente che il legislatore diffida apertamente della donna che non sia accompagnata in modo stabile da un uomo: a partire dalla legge n. 40 del 2004 l'accesso alla fecondazione assistita è consentito solo alle coppie, tra queste solo quelle eterosessuali<sup>16</sup>, e non alla donna in quanto tale (art. 5, l. n. 40 del 2004)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Precedenti progetti di legge in materia disciplinavano comunque le situazioni di maternità surrogata che nella concretezza della realtà sociale avessero dovuto presentarsi, anche in un regime di divieto penale. Si rinvia Piccinini (1999, 209 ss).

<sup>16</sup> Proprio l'asimmetria tra i sessi nella riproduzione è alla base di alcune disparità di trattamento tra coppie lesbiche e coppie gay. Un esempio di diritto diseguale è la *loi portant établissement de la filiation de la coparente*, entrata in vigore in Belgio nel 2015, che ha esteso alle coppie lesbiche il doppio rapporto di filiazione di nato da fecondazione assistita fin dalla registrazione all'anagrafe, disciplina prevista soltanto per le coppie di donne dal momento che in Belgio non è disciplinata la maternità «surrogata», l'unica che consentirebbe anche alle coppie gay (oltre a tutte le coppie eterosessuali la cui donna non sia in grado di portare avanti una gravidanza) di diventare genitori e, inoltre, genitore biologico almeno per uno dei partner. Su questa differenza fondante tra coppie lesbiche e quelle gay insiste Niccolai (2015), che legge nel «divieto di surrogazione di maternità» un «principio generale in materia di filiazione che protegge la qualità della relazione materna e il bene della genealogia femminile». A mio parere questa disparità non trova alcuna giustificazione costituzionale nelle procedure di adozione né nella c.d. *step child adoption*.

Mere ragioni di delimitazione della prospettiva mi inducono a non approfondire le riflessioni critiche sul «paradigma eterosessuale» emerso nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 138 del 2010 e 174 del 2014. Sulle problematiche connesse si rinvia *ex multis*, Schillaci (2014), Pezzini (2010); Veronesi (2007).

<sup>17</sup> In questa sede dedicata all'autodeterminazione della singola persona si critica il paradigma della coppia in sé per l'accesso alle tecniche.

Se la capacità fecondativa vede i due sessi condividere lo stesso ruolo nelle scelte e nelle responsabilità procreative, non può non rilevare il dato di fatto, incontrovertibile, che gli uomini non possono né iniziare né portare a termine una gravidanza né partorire. Questa differenza fondamentale, che emerge chiaramente nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza alla quale accede «la donna», nella disciplina sulle tecniche di fecondazione assistita perde del tutto rilievo giuridico, contrariamente a quanto previsto in altri ordinamenti (Regno unito e Spagna)<sup>18</sup>, che riconoscono l'accesso alle tecniche alla singola donna.

La madre sola, simbolo della «maternità indipendente», torna a essere trattata come «una reietta», se non dalla società, dalla legge<sup>19</sup>.

#### 4. Autodeterminazione riproduttiva delle donne

Il divieto — stabilito in Italia e non all'estero — di accesso alle tecniche di fecondazione assistita alla donna non in coppia (e tra le coppie, solo quella composta da persone di sesso diverso, con relative sanzioni fino ai 400.000 euro<sup>20</sup>) è un tassello utile per comprendere la ridotta dimensione e la sminuita forza normativa del principio di autonomia personale garantito alle donne nel nostro ordinamento. Ritengo, invece, che soltanto una prospettiva giuridica fondata sull'autonomia personale delle donne intesa come sfera costituzionalmente garantita dell'autodeterminazione sessuale e riproduttiva in stretta connessione con l'obiettivo dell'autorealizzazione possa essere all'altezza di una pari dignità sociale di tutte le persone nel nostro ordinamento<sup>21</sup>.

Sotto questo profilo, appare di massimo rilievo che nell'ordinamento italiano l'inviolabilità del corpo delle donne non sia ricondotta né dal legislatore né dalla Corte

---

<sup>18</sup> Cfr. Casonato, Frosini (2006). In Spagna dal 1988 può accedere alle PMA ogni donna maggiorenne con capacità d'agire e dal 2006 a prescindere dallo stato civile e dall'orientamento sessuale.

<sup>19</sup> Sulla figura della madre sola si rinvia a Muraro (2011).

<sup>20</sup> Recentemente il Tribunale di Pordenone, con ordinanza del 2 luglio 2018 (in *Articolo29.it*, con commento di A. Schillaci), ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli art. 5 e 12 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui limitano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, escludendo così le coppie di donne. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19599 del 2016, ha chiarito che una coppia «dello stesso sesso si trovi in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia stata diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile».

<sup>21</sup> Si riprendono di seguito le considerazioni tratte dal mio *L'autonomia e le sue esigenze*, cit.

costituzionale alla libertà personale, bensì alla tutela della salute psicofisica della persona: l'autodeterminazione delle donne nella procreazione è confinata nella sfera della tutela della salute psicofisica *ex art. 32 Cost.* senza alcun coinvolgimento della inviolabilità della libertà personale, fisica e morale, di cui all'art. 13 Cost. Il profilo della salute riproduttiva, dunque, in questo caso finisce per assorbire tutte le argomentazioni giuridiche, senza alcun rilievo riconosciuto alle implicazioni in termini di autodeterminazione procreativa.

Come è noto, l'art. 13 riconosce l'invioabilità della libertà personale, vale a dire l'invioabile libertà di disporre del proprio corpo. Chi insiste sulla indissolubilità del corpo dalla mente non ha dubbi, tuttavia, sull'impossibilità fisica, prima ancora che giuridica, di non leggere nella piena disponibilità sul proprio corpo anche una signoria sulle scelte che lo riguardano. Si è, infatti, complessivamente prodotta una «attrazione nell'art. 13 Cost. della stessa libertà morale»<sup>22</sup>.

La riscoperta del concetto di autodeterminazione<sup>23</sup> — che tanta fortuna ha avuto nel corso del Novecento nel linguaggio politico e nel diritto internazionale — si è manifestata, infatti, in tema di consenso informato da parte della persona sessualmente neutra che accede a cure mediche: in proposito la Corte costituzionale ha parlato di un diritto fondamentale all'auto-determinazione che è fatto discendere da una lettura combinata dell'art. 2 con l'art. 13 Cost. ricollegandolo a quello della tutela della salute *ex art. 32* (sent. n. 438 del 2008)<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Nania (1989), dove continua spiegando che «così da replicare alle modalità di interferenza nell'ambito privato che prescindano dal condizionamento fisico del singolo, ma ne inibiscano non di meno la facoltà di autodeterminazione».

<sup>23</sup> Antonini (2012) coglie, criticamente, il nesso tra l'affermazione dell'autodeterminazione e l'espandersi di «nuovi diritti» costruiti intorno ai desideri. Seppure è vero che il tema sollevato attiene all'uso delle tecniche nel potenziamento dei desideri, ma anche dei bisogni e delle esigenze, deve riconoscersi che esistono situazioni giuridiche che non sono affatto «nuove», ma semplicemente non sono state assistite dalle corrette garanzie giuridiche. Ci si riferisce in particolare alla tutela dell'identità personale della persona transgender che non voglia o possa portare a termine il percorso di transizione da un sesso all'altro, così come argomentato da Lorenzetti (2013) e, infine, riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2015.

<sup>24</sup> Corte cost., sentenza n. 428 del 23 dicembre 2008, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti). Nel *Considerato in diritto* la Corte costituzionale afferma che «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di *due diritti fondamentali della persona*: quello all'*autodeterminazione* e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del



Con questa sentenza, dunque, dalla centralità dell'art. 32 si passa a individuare la norma costituzionale che dovrebbe esprimere la garanzia specifica dell'autonomia personale nell'art. 13 della Costituzione in connessione con l'art. 2. È di particolare rilievo che, mentre nella citata sentenza del 2008 sul consenso informato sulle cure mediche proprio l'art. 13 in connessione con gli articoli 2 e 32 Cost. abbia fornito il fondamento costituzionale del diritto all'autodeterminazione, viceversa nelle vicende procreative l'interpretazione poggia sul solo art. 32.

Se varie norme della legge n. 194 del 1978 sono espressione del controllo, della verifica e del monitoraggio della salute psico-fisica della donna in grado di inibire l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>25</sup> — che è sempre più compromesso in Italia<sup>26</sup>, come all'estero<sup>27</sup> — la centralità dell'art. 32 Cost., infatti, ritorna con forza nella disciplina sull'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale<sup>28</sup> intese come terapie mediche<sup>29</sup> e non come bio-tecnologie<sup>30</sup>.

La Corte costituzionale, difatti, ha dichiarato incostituzionale la parte centrale della legge n. 40 del 2004 in cui il legislatore pretendeva di dettare<sup>31</sup> un protocollo sanitario unico per tutte le donne per l'accesso alla PMA: nel dichiarare illegittimo l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di massimo tre embrioni con il divieto correlato di eventuale crioconservazione degli embrioni, la Corte costituzionale preserva un'autonomia *ex art.*

---

paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione» [corsivi nostri].

<sup>25</sup> In questa direzione pesarono molto le parole della Corte costituzionale che ritenne «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e sulla gravità del danno e del pericolo che dovrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla» (sent. n. 27 del 1975).

<sup>26</sup> Cfr. Brunelli (2009). In Italia la questione investe in particolare l'uso e l'abuso dell'obiezione di coscienza sulla quale si rinvia a: Pugiotta (1992); Randazzo (2006); Grandi (2014).

<sup>27</sup> Cfr. Mancini (2013) per l'analisi, in chiave di diritto sessuato, della diversa impostazione statunitense rispetto a quella europea e delle loro imprevedibili sinergie nella direzione di un restringimento della libertà di aborto.

<sup>28</sup> Sui parallelismi della cultura giuridica sviluppatasi intorno all'interruzione volontaria della gravidanza e quella che poi ha ispirato la legge n. 40 del 2004 in una versione avversariale tra donna ed embrione si rinvia a Niccolai (2005).

<sup>29</sup> Secondo Giammarinaro (1996, 87), considerare legittimo il ricorso alle tecniche di riproduzione assistita «solo come terapia, non come scelta» porta alla conseguenza della «esclusione delle donne dal libero accesso alle tecniche» perché la sterilità diventa un problema di coppia.

<sup>30</sup> Si rinvia a D'Aloia (2005).

<sup>31</sup> Cfr. Manetti (2009).

32 Cost. che è essenzialmente quella del medico, della scienza medica, di valutare caso per caso le esigenze della paziente (sentenza n. 151 del 2009)<sup>32</sup>.

Con la decisione n. 162 del 2014 che ha dichiarato illegittimo il divieto di inseminazione c.d. «eterologa»<sup>33</sup>, invece, la Corte costituzionale introduce, accanto alla lettura incentrata sulla salute riproduttiva, anche quella dell'autodeterminazione. Non privo di significato giuridico, tuttavia, è che si tratti di autodeterminazione della coppia e non della donna: la sentenza afferma che «la scelta [...] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.», «poiché concerne la sfera privata e intima ed intangibile della persona umana [che] non può che essere incoercibile» e si caratterizza per «la libertà e volontarietà dell'atto».

Con questa sentenza, quindi, si è introdotto un elemento di autodeterminazione di cui ho lamentato l'assenza nella ricostruzione giuridica e in particolare costituzionalistica sulle vicende relative al corpo delle donne<sup>34</sup>. Si tratta, tuttavia, di un'autodeterminazione connessa, non alla autonomia procreativa della donna, ma al diritto della coppia alla formazione a una famiglia<sup>35</sup>.

Nella terza sentenza della Corte costituzionale in materia — la n. 96 del 2015, che ha dichiarato incostituzionale la legge n. 40 del 2004 nella parte in cui poneva l'indiscriminato divieto di accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili sebbene affette da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni — l'argomentazione torna ad essere tutta

---

<sup>32</sup> Corte costituzionale, sentenza n.151 del 2009, consid. in diritto 6.1., «la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico».

<sup>33</sup> Sull'accesso alla donazione dei gameti in Italia si rinvia alle analisi di Angelini (2015).

<sup>34</sup> Si rinvia al mio *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione* (2006).

<sup>35</sup> Come rileva D'Amico (2014) «il divieto di procreazione medicalmente assistita c.d. “eterologa” veniva, altresì, ritenuto lesivo del diritto all'autodeterminazione delle coppie in relazione alle proprie scelte procreative, pregiudicando in modo irragionevole il diritto della coppia di vedersi riconosciuto il diritto delle “giuste esigenze della procreazione”, enucleato dal Giudice costituzionale in occasione della fondamentale decisione n. 151 del 2009, e di fondare una famiglia».

incentrata sul diritto alla salute, sebbene il giudice rimettente facesse leva anche sul «diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative»<sup>36</sup> in riferimento all'art. 2 Cost.<sup>37</sup>. In questo quadro generale, è opportuno chiedersi quali siano gli ostacoli che impediscano di ricostruire in termini di autonomia delle donne — e non di mera tutela psico-fisica, sebbene anch'essa essenziale — tutto ciò che attiene alla procreazione. Ai fini delle presenti riflessioni, infatti, il profilo che, a mio parere, dovrebbe essere centrale è l'autodeterminazione sessuale e riproduttiva della donna, in una lettura combinata tra gli articoli 2, 3, 31 e 32 con l'art. 13. In particolare sarebbe opportuno riflettere sull'assenza dell'art. 13 nella riflessione giuridica sulla procreazione.

Tale preferenza per la sfera della tutela della salute a discapito di una costituzionalmente fondata sfera di autonomia sembrerebbe trovare quale unica spiegazione — inammissibile dal punto di vista costituzionale — nel fatto che il corpo «conteso» nella procreazione è quello femminile. Qui — proprio in tema di procreazione, dove l'asimmetria tra i sessi è radicale e non superabile — l'autodeterminazione delle donne non è presa in considerazione, riconducendo ogni forma di garanzia costituzionale alla salute psico-fisica.

## 5. Principi costituzionali dell'autodeterminazione delle donne nella procreazione per altre/i

Quali motivi possono spingere una donna a portare a termine una gravidanza, ma a non riconoscere il nuovo nato? Infiniti tanto quanto i vissuti di tutte noi. Si tratta di gravidanze indesiderate? Oppure la gravidanza era desiderata ma non altrettanto la responsabilità della maternità?

---

<sup>36</sup> Nella sentenza, n. 96 del 2015, nel Ritenuto in fatto è scritto: «Secondo il rimettente, la normativa censurata — non consentendo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie (come quelle innanzi a sé ricorrenti) che, pur non sterili od infertili, rischierebbero, comunque, di procreare figli affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili, di cui uno od entrambi i componenti della stessa risultano portatori — contrasterebbe, infatti, con il diritto inviolabile della coppia ad avere un figlio “sano” e con il diritto ad autodeterminarsi nella scelta procreativa».

Di «scelte procreative», richiamando la prospettiva dell'autodeterminazione, parla Liberali (2017).

<sup>37</sup> Come evidenzia Marella (2005), nella giurisprudenza comune civilistica nella disciplina della responsabilità civile in seguito ad aborto colposo emerge l'affermazione della autodeterminazione procreativa, valorizzando la garanzia offerta proprio dall'art. 2 Cost.

Qualunque donna abbia vissuto l'esperienza della gravidanza, del parto e della maternità potrà confermare quanto ambiguo – tra desideri e rifiuti – sia il rapporto prima con il proprio corpo fecondato e dopo con le proprie figlie/i. Siamo tutte e tutti nati da una donna e quante e quanti di noi non hanno vissuto tutta la complessità della relazione con la propria madre? Se non esistesse questa complessità non avrebbe motivo Muraro, nel ricostruire l'ordine simbolico della madre, di cominciare dal «saper amare la madre» (Muraro, 1991, 14). La madre però non è solo quella biologica, è anche quella affettiva e l'ordine simbolico della madre va ben oltre ogni determinismo biologico.

È possibile che una donna decida di essere fecondata con il preciso intento di affidare a persone che conosce colui o colei che ha messo al mondo? Una donna può decidere a chi affidare la nuova persona che partorisce?

Il nostro ordinamento ritiene che sia illecito e assiste questo divieto con norme di natura penale contenute nella legge che ha disciplinato l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita: la legge italiana vieta tale ipotesi in modo assoluto, ritenendo anzi che l'esercizio effettivo dell'autonomia riproduttiva vada presidiata da un divieto penalmente rilevante<sup>38</sup>. La subalternità nella quale molte donne vivono, soprattutto coloro la cui vulnerabilità è acuita anche da ragioni di origine, razzializzazione e classe, costituisce il fondamento del divieto penale a fini di protezione e tutela della autodeterminazione della donna, ancora prima che assuma rilievo qualunque motivazione in ordine al limite dell'«ordine pubblico» nell'interesse del nato<sup>39</sup>. Si tratta di divieto giustificato dalla difesa della maternità libera e responsabile dalla — innegabile e straripante — prepotenza della commercializzazione della vita e della riduzione dei corpi delle donne a mere incubatrici. Lo sfruttamento delle capacità procreative delle donne è senza dubbio una condotta grave, penalmente rilevante.

Un divieto assoluto che coinvolga qualunque possibilità di scelta da parte della donna di segno diverso<sup>40</sup>, tuttavia, rispecchia, a mio parere, l'incompiutezza di una costruzione

---

<sup>38</sup> Il divieto è penalmente sanzionato, ai sensi dell'art. 12, co. 6, l. 19.2.2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») con il termine «surrogazione di maternità»: «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».

<sup>39</sup> Si rinvia alla Suprema Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>40</sup> Grazia Zuffà, «Guardare il mondo con i nostri occhi» pubblicato nel numero di *Leggendaria*, n.115/2016, *Mamme mie* (dove sul tema interviene anche Caterina Botti «Riproduzione, soggettività e relazioni») constatava che «nel caso della maternità di sostituzione, può essere difficile parlare di autonomia in presenza di rapporti di denaro/potere spesso così svantaggiosi per molte donne. La difesa delle donne dallo

giuridica, e in special modo costituzionale, dell'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne. Si adattano a questa scelta le parole usate dalla Libreria delle donne di Milano in *Non credere di avere diritti* del 1987: vi si affermava che le donne che si «affidano allo strumento della legge [...] finiscono per delimitare i problemi di una categoria di donne, ovviamente le più svantaggiate, e presentarli come tipici della condizione femminile nel suo complesso. Questa operazione appiattisce le donne alla condizione più misera, nega visibilità alle loro scelte differenti come alle reali possibilità che hanno di cambiare la realtà a proprio favore, e in questo modo si nega l'esistenza del sesso femminile – esiste soltanto una «condizione femminile» in cui forse nessuna si riconosce veramente»<sup>41</sup>.

Eppure proprio chi, come Luisa Muraro, ha introdotto la relazione con la madre come fonte del diritto creando le basi concettuali per percepire tale divieto penale come invadenza, intromissione nell'autorità delle donne che proprio sul terreno procreativo si esprime in modo fondante, si oppone con determinazione alla procreazione per altre/i (Muraro, 2016). A mio avviso, invece, si perde in tal modo quell'accezione di «diritto sessuato» come il diritto che «si autolimita in presenza di autorità femminile» (Jourdan, 1993, 236).

In questa chiave ritengo più opportuno riprendere il posizionamento «sopra la legge» proposto da Lia Cigarini in favore del ricorso o dell'introduzione di nuovi principi costituzionali, come l'invulnerabilità del corpo femminile o la sovranità delle donne sul proprio corpo (Cigarini, 1992). Lo esprimeva bene proprio la riflessione giuridica riconducibile al pensiero della differenza sessuale: scriveva Giammarinaro che «a una donna non si può imporre di essere o non essere madre [...] di usare o non usare il proprio corpo a fini riproduttivi. Non lo può imporre una legge dello stato e non lo può imporre il contratto» (Giammarinaro, 1996).

Proprio tenendo conto e valorizzando questa impostazione, un'elaborazione giuridica che maturi i contenuti essenziali di un'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne

---

sfruttamento è l'argomento principe di chi propone la proibizione. Ma va ricordato che questa si colloca in una tradizione patriarcale in cui il corpo femminile è stato oggetto di normazione e divieti feroci, a iniziare da quello d'aborto. Ed è difficile che la libertà femminile possa avanzare fra prescrizioni e controlli. Per non dire che appare paradossale difendere l'opera di "corpo e di mente" della gravidanza, separandola dalla soggettività delle donne stesse».

Nel dibattito sull'attuale divieto assoluto parte della riflessione costituzionalistica si è espressa a favore di una disciplina legislativa in materia Brunelli (2017, 77 ss.), nonché Pezzini (2017).

<sup>41</sup> Libreria delle Donne di Milano (1987), in particolare pp. 71-72.

fonderebbe strumenti migliori, non solo a proposito del se, come, quando e con chi eventualmente procreare, ma anche in solidarietà con chi. Con un solido fondamento costituzionale in termini di autodeterminazione che abbracci tutti questi profili si potrebbe individuare una serie di diritti indisponibili che né il legislatore né tantomeno l'autonomia negoziale dei privati potrebbe derogare. Una visione, dunque, in cui rimane intatta l'asimmetria tra i sessi e in cui la donna che partorisce resta la *dominus* dell'esperienza della procreazione.

Questi contenuti indisponibili potrebbero coinvolgere, a titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, l'irrinunciabilità a decidere di interrompere la gravidanza divenuta indesiderata, come portare avanti la gestazione e, infine, se riconoscere o meno il nuovo nato/a nonché se mantenere in qualche modo relazioni con chi si è messo al mondo.

Se la dimensione dell'autonomia riproduttiva delle donne fosse ampiamente e costituzionalmente garantita in Italia, se si convenisse che esistono limiti invalicabili a garanzia all'autodeterminazione della donna nei suoi diritti riproduttivi che né il legislatore né la autonomia privata negoziale possono superare, ci si dovrebbe interrogare su un divieto posto in primo luogo alle donne. Seppur si ritiene che tale divieto sia posto soltanto all'intermediazione, non vorrei che si sottovalutasse che l'art. 12 della legge n. 40 del 2004 punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza [...] la surrogazione di maternità» e che l'interpretazione di una disposizione può cambiare nel tempo anche in senso regressivo, finendo per coinvolgere non solo i medici e i genitori intenzionali ma financo la donna che «realizza» una «maternità» per altri assumendosi la responsabilità della procreazione<sup>42</sup>.

Se tale divieto si presume che debba essere posto a presidio della vulnerabilità delle donne, sarebbe bene allora contribuire a una profonda revisione della tutela giuridica dell'autodeterminazione delle donne nella procreazione, non per aprire le porte all'autonomia negoziale del libero mercato e in libera concorrenza anche dei corpi delle donne, ma per espellere gli spazi del negozio giuridico a favore di un'autonomia costituzionalmente tutelata. Un'autonomia incentrata sulla consapevolezza

---

<sup>42</sup> Si ricorda che il testo in discussione al Senato nel 1996 prevedeva espressamente la pena fino a cinque anni anche per la gestante, come commenta Giammarinaro (1996, 91), e che il verbo «realizza» della legge n. 40 potrebbe ricomprendere anche la madre gestante.

dell'interdipendenza tra soggetti non indifferenti gli uni agli altri, non isolati nella loro presunta indipendenza, ma uniti da relazioni di solidarietà di cui si sentono responsabili. Un'autonomia che è possibile soltanto nel solco del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale, che presuppone limitare il mercato libero e in libera concorrenza e non l'autodeterminazione delle donne: il compito della Repubblica *ex art. 3, comma 2, Cost.* è quello di non creare e non far perdurare le condizioni materiali che potrebbero spingere una donna a portare avanti una gravidanza per altri e altre per sopravvivere, ma per consentire loro di farlo in piena autonomia e per la propria stessa autorealizzazione.

La Corte costituzionale incidentalmente ha detto che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sent. n. 272 del 2017) e chiosa la propria sentenza ribadendo l'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»<sup>43</sup>. Se con ciò si intende rendere indisponibile agli impari rapporti di forza economica il corpo delle donne inteso come «utero in affitto», oggetto della privatistica surrogazione, può comprendersi la definitività di tale giudizio. Eppure il resto della sentenza è dedicato al progressivo favore dell'ordinamento alla dimensione sociale e intenzionale della maternità e della genitorialità in genere, anche oltre la «verità biologica».

Un'altra Corte costituzionale, quella portoghese, con una recentissima sentenza<sup>44</sup> aggiunge alla riflessione sulla prevalenza dell'affettività sulla verità biologica un'altra riflessione: proprio quel rapporto unico e speciale che si crea tra la gestante e la nuova persona che verrà al mondo durante la gravidanza ma anche con il parto, che possono essere due esperienze meravigliose, può consentire di pensare che la gestazione in sé, scissa dai doveri della maternità, possa essere una scelta davvero libera e responsabile che una donna decide autonomamente di vivere per lo sviluppo della propria personalità e quella di chi accudirà la persona che ha messo al mondo.

Con la garanzia irrinunciabile del «diritto al ripensamento»<sup>45</sup> ricostruito dal Tribunale costituzione portoghese, una donna che adori l'esperienza della gestazione e del parto per

---

<sup>43</sup> In proposito di maternità surrogata Niccolai (2015) parla proprio di «capacità lesiva della dignità di ogni donna e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano». Condivide il profondo disvalore espresso dalla Corte costituzionale Angelini (2018).

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional, Acórdão n. 225/2018, Processo n. 95/17, in *tribunalconstitucional.pt*.

<sup>45</sup> Con lungimiranza Gianformaggio, in “Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?”, chiedeva «perché non consentire alla madre surrogata, in

esaudire il suo desiderio non potrebbe incontrare lo speculare desiderio di chi vuole essere genitore ma non può procreare?

Il perdurare del consenso della madre gestazionale è la condizione *sine qua non* del peculiare contesto relazionale della procreazione per altre/i: il perdurare del consenso della donna che si è impegnata a rinunciare al proprio ruolo materno riconosce la prevalenza del «rapporto gestazionale, tipicamente materno, sul rapporto biologico, tipicamente paterno» (Giammarinaro, 1996, 9-100) riaffermando sia l'asimmetria tra i sessi nella procreazione sia l'asimmetria inevitabile nelle relazioni tra la gestante e l'aspirante madre, tra la partoriente e gli aspiranti padri, etero o omosessuali che siano.

A me sembra che questa ipotesi non possa essere considerata una perversa espressione dell'autonomia femminile prigioniera dell'ideologia della desiderabilità senza limiti tipica del neoliberismo al punto da svuotare di ogni significato la propria dignità; manifestazione di una debordante visione proprietaria del proprio corpo. Accusa, quest'ultima, che peraltro gli obiettori dell'interruzione volontaria della gravidanza hanno sempre mosso in difesa della vita del nascituro.

Non sarebbe possibile viceversa dare credito, con precise garanzie costituzionali, all'esperienza dell'interdipendenza basata sulla solidarietà reciproca<sup>46</sup> nell'esercizio della propria autonomia riproduttiva? Si tratta per forza della riproduzione messa al servizio della produzione o la scienza giuridica dovrebbe vedersi impegnata nel tentativo di dare centralità alla riproduzione libera e responsabile?

L'assolutezza del divieto in Italia non finisce paradossalmente per favorire la delocalizzazione della procreazione laddove non esistono garanzie e dove davvero le donne sono ridotte alla schiavitù procreativa? È necessario rispettare l'asimmetria dei sessi nella procreazione, ma senza ridurre l'autodeterminazione riproduttiva delle donne. *Mettere al mondo il mondo* di cui parla Diotima è nel segno della risignificazione del mondo<sup>47</sup> ed è in questa direzione che Carla Lonzi diceva che «libera sessualità e libera

---

virtù del fatto che solo lei ha il prodotto del concepimento dentro di sé, la facoltà di attendere la nascita del bambino per rendere effettivo il suo consenso alla rinuncia del ruolo sociale che conseguirebbe al suo ruolo sociale?».

<sup>46</sup> Dà risalto al ruolo del principio giuridico di solidarietà nella maternità surrogata Brunelli (2017, 86-90).

<sup>47</sup> Diotima (1990). Ci si riferisce in particolare ad Adriana Cavarero che scrive, *ivi*, pp. 93 ss., «dire la nascita» e parla di gestazione; nonché a Luisa Muraro che parla, *ivi*, p. 62, di quel «desiderio femminile» senza il quale non ci sarebbe il mondo sebbene si debba evitare che la società patriarcale lo faccia «lavorare» in una «maniera servile e ingannevole» fino a quando, *ivi*, p. 69, non «sia possibile far coincidere [...] l'altro mondo del godimento femminile con questo mondo».



maternità devono trovare i loro significati all'interno della nostra presa di coscienza: solo così saremo sicure che la libertà di cui si parla è la nostra e non quella del maschio che si realizza attraverso di noi, attraverso la nostra più occulta oppressione» (Lonzi, 2010, 54). Nel farlo ricordiamoci che il «contratto sessuale» primario è quello matrimoniale, rigorosamente eterosessuale nel nostro ordinamento, nel quale sarebbe ingenuo non riconoscere che la riproduzione può costituire una pretesa maschile subita.

Come per ogni esercizio di autonomia anche nella sfera sessuale e riproduttiva si esige una presa di responsabilità di tutte e di tutti. La responsabilità per gli atti e i comportamenti tenuti caratterizza il concetto stesso di soggetto di diritto dotato della capacità di agire, una responsabilità da esercitare nei propri confronti, nei confronti delle altre persone e più in generale del contesto sociale nel quale si vive. La stretta connessione tra diritti e doveri inderogabili di solidarietà è talmente fondativa di un ordinamento propriamente costituzionale e della pensabilità stessa della persona fisica in un ordinamento che si pretende costituzionale, che certamente non può essere sottaciuta proprio in una sfera così centrale come quella della sessualità, della procreazione e della filiazione. È opportuno evitare, però, di restituire l'idea che proprio le donne debbano continuamente essere richiamate al ruolo di persone adulte dotate di consapevolezza e di responsabilità, insinuando il dubbio che (naturalmente) coltivino la tendenza a scappare dalle proprie responsabilità e ad essere avventate perché poco consapevoli delle conseguenze delle proprie azioni.

Cerchiamo, dunque, le garanzie costituzionali consone a consentire a ogni donna un sempre più pieno svolgimento della propria personalità, individuando i principi costituzionali che devono presidiare l'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne.

## BIBLIOGRAFIA

Angelini Francesca, “Bilanciare insieme 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.

Angelini Francesca, “Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 214 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa”, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1, 2015.

Antonini Luca, “Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali”, in D’Agostino Francesco (a cura di), *Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno U.G.C.I., Pavia, 4-5-dicembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 16.

Bandoli Fulvia, Boccia Maria Luisa, Deiana Elettra, Gallucci Laura, Paolozzi Letizia, Pomeranzi Bianca, Sarasini Bia, Stella Rosetta, Vulterini Stefania, “La cura del vivere”, in *Leggendaria*, suppl. settembre 2011.

Boccia Maria Luisa, Tatafiore Roberta, “Cancelliamo l’aborto dal codice penale”, in *Diritto sessuato? Democrazia e diritto*, n. 2, 1993, pp. 237 ss.

Botti Caterina, “Riproduzione, soggettività e relazioni”, in *Leggendaria*, n.115, 2016.

Brunelli Giuditta, “L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)”, in Brunelli Giuditta, Pugiotta Andrea, Veronesi Paolo (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III – *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009.

Brunelli Giuditta, “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in Nicolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017.

Carettoni Tullia, “Considerazioni teoriche sulla configurazione dell’uomo nella legge 194”, in UICEMP, *L’interruzione volontaria della gravidanza*, Nuova Guaraldi, Firenze, 1981, p. 27.

Casonato Carlo, Frosini Tommaso Edoardo (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.

Castellina Luciana, “Atti parlamentari dell’iter di formazione della legge n. 194 del 1978”, ins. de *il manifesto*, 18 maggio 2018.

Cavarero Adriana, “Dire la nascita”, in Diotima, *Mettere al mondo il mondo: oggetto e oggettività alla luce differenza sessuale*, La Tartaruga Edizioni, Milano, 1990, pp. 96-121.

Cigarini Lia, “Sopra la legge”, in *Via Dogana*, n. 7, 1992.

D’Aloia Antonio (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario Gruppo di Pisa, Parma, 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino, 2005.

D’Amico Marilisa, “L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa”, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

Del Re Alisa, “Produzione-Riproduzione”, in Aa.Vv., *Lessico marxiano*, Manifestolibri, Roma, 2008, p. 111.

Del Re Alisa, “Questioni di genere: alcune riflessioni sul rapporto tra produzione e riproduzione nella definizione del comune”, in *AG About Gender - Rivista internazionale di studi di genere*, Vol. 1, n. 1, 2012, pp. 151-170.

Diotima, *Mettere al mondo il mondo: oggetto e oggettività alla luce differenza sessuale*, La Tartaruga Edizioni, Milano, 1990.

Federici Silvia, *Il punto zero della rivoluzione. Lavoro domestico, riproduzione e lotta femminista*, Ombre Corte, Verona, 2012, pp. 92-107.

Fischer Berenice, Tronto Joan C., “Toward a Feminist Theory of Caring”, in E. Abel, M. Nelson (Eds.), *Circles of Care*, SUNY, Albany, NY, 1990, pp. 36-54.

Giammarinaro Maria Grazia, “Diritto leggero e autonomia procreativa”, in *La legge e il corpo, Democrazia e diritto*, n. 1 del 1996.

Gianformaggio Letizia, “Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell’eguaglianza?”, in Facchi Alessandra, Faralli Carla, Pitch Tamar (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 215.

Grandi Federica, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

Jourdan Clara, “194: un cattivo compromesso”, in *Diritto sessuato?, Democrazia e diritto*, n. 2, 1993.

Liberali Benedetta, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Giuffrè, Milano, 2017.

Libreria delle Donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg & Sellier, Milano, 1987.

Lonzi Carla, *Sessualità femminile e aborto*, in Id, *Sputiamo su Hegel*, et al., Milano, 2010, p. 54.

Lorenzetti Anna, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013.

Mancini Susanna, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, CEDAM, Padova, 2013.

Manetti Michela, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 2009.

Marella Maria Rosaria, “La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita”, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2005.

Muraro Luisa, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, La Scuola, Brescia, 2016.

Muraro Luisa, *L'ordine simbolico della madre*, Editori Riuniti, Roma, 1991.

Muraro Luisa, *Non è da tutti. L'indicibile fortuna di nascere donna*, Carocci, Roma, 2011, pp. 96-113.

Muraro Luisa, La nostra comune capacità d'infinito, in Diotima, *Mettere al mondo il mondo: oggetto e oggettività alla luce differenza sessuale*, La Tartaruga Edizioni, Milano, 1990, pp. 61-76.

Nania Roberto, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 33 ss.

Niccolai Silvia, “La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto”, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2005.

Niccolai Silvia, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, p. 25.

Niccolai Silvia, “*Surrogacy* e principio *mater semper certa* in dialettica, per riscoprire il valore del materno”, in Carmen Belloni, Amalia Bosia, Anna Chiarloni, Chiara Saraceno (a cura di), *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere. Atti del Convegno*, CIRSDe - Università degli Studi di Torino, Torino, 2018.

Olivito Elisa, “Una visione costituzione della maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale”, in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità*,

*filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

Pezzini Barbara, “Costruzione del genere e costituzione”, in Pezzini Barbara (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, vol. I, Studi*, Sestante, Bergamo, 2012, p. 15.

Pezzini Barbara, “Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?”, in Bin Roberto, Brunelli Giuditta, Guazzarotti Andrea, Pugiotto Andrea, Veronesi Paolo (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

Pezzini Barbara, “L’uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio antisubordinazione”, in Brunelli Giuditta, Pugiotto Andrea, Veronesi Paolo (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, vol. III – Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009.

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio nel nome della madre” nella gravidanza per altri” in Nicolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità, filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 91 ss.

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.

Piccinini Silvia, *Il genitore e lo status di figlio nel diritto di famiglia italiano*, Giuffrè, Milano, 1999.

Pomeranzi Bianca, “Sulla violenza. Ancora / Cura come resistenza allo spirito dei tempi”, in *DeA donne e altri*, 15 marzo 2018.

Pugiotto Andrea, “Obiezione di coscienza nel Diritto costituzionale”, in *Digesto Disc. Pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1992.

Randazzo Barbara, “Obiezione di coscienza (diritto costituzionale)”, in Cassese Sabino (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.

Remiddi Laura, *I nostri diritti. Manuale giuridico per le donne*, Feltrinelli, Torino, 1976.

Ronchetti Laura, “Donne, corpo e diritto”, in Marina Gigante (a cura di), *I diritti delle donne in Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 141-169.

Ronchetti Laura, “Donne e corpi tra sessualità e riproduzione”, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006.

Ronchetti Laura, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018.

Schillaci Antonio (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014.

Veronesi Paolo, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 205-207.

Zuffa Grazia, “Guardare il mondo con i nostri occhi”, in *Leggendaria*, n. 115, 2016.

## Sitografia

*Save the children*: [savethechildren.it](http://savethechildren.it), 16 maggio 2017.

## (Ri?)PENSARE LA MATERNITÀ\*

Joëlle Long

### Abstract

Surrogacy does not prompt a rethinking of the normative category of motherhood. Indeed, in the current Italian legal framework, «maternity» is defined as a relationship which necessarily involves a woman (being the biological giver of pregnancy and childbirth sufficient to establish this relationship), is asymmetric (since its content is determined mainly by the best interests of the offspring), but not exclusive (tolerating multiple «mothers» with different functions, e.g. birth mother and social mother). Thus, intended parents of children born abroad through a surrogacy arrangement could be recognised as legal parents, if the «maternal» relationship between the surrogate and the child is ensured a minimum recognition. And this occurs, for instance, when the country of origin stores information on the woman's identity and promotes the child's access to information about his or her birth origins. On the contrary, it is my belief that public policy should bar the recognition in Italy of foreign birth certificates that cancel tout court the birth mother.

### Keywords

Motherhood; Surrogacy; Birth; Public Policy.

## 1. La centralità della riflessione sulla maternità nella surrogacy

Mi pare che i relatori intervenuti nel convegno torinese del 25 maggio, così come la grande maggioranza dei giuristi che si esprimono oggi su questo tema complesso, concordino sul fatto che la maternità per surrogazione non possa di per sé e a priori considerarsi in contrasto con i principi fondamentali di diritto interno e sovranazionale<sup>1</sup> e che occorra in concreto valutare caso per caso le singole fattispecie di *surrogacy*.

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> Esempio l'affermazione di P. Palmeri in questo fascicolo, secondo cui «dai principi fondamentali attualmente vigenti nel nostro ordinamento giuridico non può trarsi un divieto assoluto all'ammissibilità della gestazione per altri». Le voci sono in gran parte di giuriste seppur di diversa formazione: cfr. S. Niccolai e E. Olivito, 2017; D. Danna, 2017; E. Lamarque, 2017. Decisamente favorevole mi pare invece S. Stefanelli, 2016, la quale valorizza la riflessione «a valle», sulle conseguenze della surrogazione di maternità e quindi considera prevalente l'interesse del minore al riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione che esiste nei fatti.



Le opinioni divergono tuttavia poi sull'individuazione dei *pertinent elements for distinguishing*: da un lato per la selezione delle fattispecie ammissibili *de jure condendo*, dall'altro per individuare il regime giuridico applicabile *de jure condito* alle situazioni che si presentano in concreto all'attenzione dei giudici. Un'opinione diffusa in particolare tra i civilisti in quanto espressione dell'attenzione alla relazione negoziale tra la gestante e i genitori d'intenzione individua la gratuità come tratto caratterizzante di ogni *surrogacy* ammissibile<sup>2</sup>. A mio avviso non si tratta tuttavia di una distinzione decisiva<sup>3</sup>: anzitutto perché non mi pare che l'esclusione della dimensione economico-mercantile garantisca di per sé l'autodeterminazione e la dignità della donna (individuate come interesse tutelato); la categoria appare poi assai fumosa se la si guarda in concreto (può per esempio parlarsi di gratuità nel caso in cui sia previsto un rimborso spese che garantisca una compensazione pecuniaria per la mancata produttività lavorativa durante il periodo della gravidanza? Come non considerare poi che la somma versata dai genitori di intenzione può non avere per gli stessi la valenza retributiva che però può rivestire in un diverso ambiente di vita?)<sup>4</sup>. Altri autori propongono di distinguere secondo l'ordinamento del Paese di origine, concentrando le concettualizzazioni sul «modello forte» californiano così come frutto della sistematizzazione del diritto vivente dopo la pronuncia della Corte Suprema *Johnson c. Calvert* del 1993<sup>5</sup>. Altri ancora pongono attenzione sulla necessità di tenere separato il piano delle considerazioni in astratto sulla legittimità della *surrogacy* e quello sulle conseguenze «a valle» della stessa quando già realizzata e dunque qualora si sia in presenza del minore il cui interesse al riconoscimento dello status familiare esistente *de facto* assume un peso spesso determinante<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. P. Palmeri in questo fascicolo. In giurisprudenza in questo senso già Trib. Roma 17 luglio 2000, *Fam. e dir.*, 2000, 151 la quale fonda la validità del contratto sull'assenza di motivi di lucro. Condanna senza appello la *surrogacy* commerciale sospendendo invece il giudizio su quella altruistica il Comitato Nazionale di Bioetica (18 marzo 2016).

<sup>3</sup> Ritengo a priori che il contratto non sia strumento idoneo a disciplinare i rapporti che nascono dalla *surrogacy*. Utili elementi di riflessione mi pare emergano *mutatis mutandis* dall'evoluzione dell'istituto dell'adozione, anch'esso originariamente fondato su un accordo tra le parti ma oggi pacificamente strumento di politica sociale presidiato anche penalmente da divieti di compravendita e intermediazione.

<sup>4</sup> Nell'impossibilità in questo breve intervento di analizzare a fondo la questione mi limito a ricordare che in un sistema quale quello inglese in cui l'assenza di onerosità dell'accordo è requisito legale le Corti sono poi in concreto assai flessibili nel vaglio dell'importo delle spese rimborsabili («reasonable expenses»), ben potendo per esempio le stesse consistere in una liquidazione anticipata e forfettaria e inclusiva dei mancati o ridotti guadagni da lavoro durante il periodo della gravidanza.

<sup>5</sup> Cfr. P. Palmeri in questo fascicolo.

<sup>6</sup> A. Lorenzetti in questo fascicolo e Eadem, 2015.

Personalmente concordo con quella parte della dottrina che individua in modo trasversale l'elemento decisivo della riflessione sulla *surrogacy* nella relazione tra la gestante e l'infante<sup>7</sup>. E si tratta di una relazione che non esito a definire «materna» poiché: a) ha una specificità legata al sesso (e non al genere); b) dà conto dell'elemento caratterizzante della tecnica di procreazione, cioè la presenza di una donna che accetta la fecondazione/l'impianto di materiale genetico altrui, porta avanti la gravidanza, partorisce e poi consegna il figlio al/ai genitori d'intenzione; c) recepisce le indicazioni del legislatore che nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 che parla di «surrogazione di maternità» e altrove qualifica «madre» anche la donna che rifiuta la genitorialità sociale (art. 30 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). Da qui peraltro la mia contrarietà alle spinte linguistiche a espungere il riferimento alla «maternità» dalla locuzione identificativa del fenomeno (penso per tutti alla locuzione «gestazione per altri» in auge anche grazie all'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo)<sup>8</sup>. Mi pare peraltro che proprio la prospettiva fondata sulla relazione materno-filiale, rispetto alla quale cercherò di portare un piccolo contributo nelle pagine che seguono, abbia il pregio di consentire una riflessione trasversale sulla *surrogacy*: *ex ante* perché contribuisce a costruire *de jure condendo* un modello ammissibile; *ex post* perché i principi individuati possono, attraverso il limite dell'ordine pubblico, impedire il riconoscimento in Italia di specifiche fattispecie di maternità per surrogazione che violino principi fondamentali del diritto familiare e minore<sup>9</sup>. In questo senso mi pare peraltro deponga – e il dato quantitativo non è di scarsa importanza visto anche il rilievo del consensus nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – il fatto che quasi tutti i Paesi che ammettono la *surrogacy* garantiscono, con modalità diverse, il ripensamento della donna ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Il riferimento è a B. Pezzini, in questo fascicolo e Eadem, 2017, 91.

<sup>8</sup> In questo senso anche E. Olivito, in E. Olivito e S. Niccolai, cit., 3 ss.

<sup>9</sup> Al contrario, oggi la tendenza della giurisprudenza sembra l'assolutizzazione dell'interesse del minore come un feticcio per escludere ogni valutazione della conformità ai principi fondamentali in materia di famiglia e minori degli atti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di filiazione tra persone residenti in Italia e bambini nati all'estero con surrogazione di maternità. Declinati solo come diritto relazionale del bambino (e dei genitori d'intenzione) alla «continuità degli affetti» e al riconoscimento dello status di filiazione validamente acquisito in un altro Paese, i *best interests* del minore estromettono dunque ogni esame di compatibilità degli effetti della fattispecie con altri «valori», per esempio l'interesse del figlio alla «conservazione del nome della madre. Per un approfondimento di tale riflessione si consenta il rinvio a *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in E. Olivito e S. Niccolai, *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 145 ss.

<sup>10</sup> Costituisce invece eccezione il modello «forte» californiano sui cui vedi M. Gattuso, in questo fascicolo.

## 2. *Quo vadis, Mater?*

È ben noto che nella maternità per surrogazione cooperino alla procreazione una pluralità di donne. Nella cosiddetta *surrogacy* tradizionale infatti l'embrione viene formato (naturalmente o artificialmente) con materiale genetico della donna che porterà avanti la gravidanza e (di solito) con gameti dell'uomo o di uno degli uomini che alleviranno l'infante: le madri possono dunque essere due, quella di gravidanza e quella di intenzione. Nella *surrogacy* gestazionale le donne coinvolte possono essere addirittura tre in quanto, per rendere meno intenso il rapporto tra la partoriente e il nato, l'embrione viene firmato con gameti di una donatrice diversa dalla gestante. Ma chi è legalmente la madre? Formulato in questi termini il problema mi pare mal posto perché sembra (culturalmente) presupporre che di madre ce ne possa e debba essere una sola. L'analisi dell'ordinamento vigente mostra invece la possibile compresenza di diverse figure «materne», cioè di donne legate al «figlio» da una relazione giuridica<sup>11</sup>. L'esempio più noto è probabilmente quello delle famiglie cosiddette ricomposte: chi adotti il figlio avuto dal coniuge da una precedente relazione (ex art. 44 lett. b legge 4 maggio 1983 n.184) infatti condividerà la titolarità della responsabilità genitoriale con il coniuge e (se presente) con l'altro genitore del minore. Lo stesso effetto hanno le altre fattispecie di adozione «in casi particolari» (art. 44 lett. a, c, d legge n.184/1983) e l'adozione del maggiorenne (artt. 291 ss. cod. civ.) che appunto inseriscono una nuova relazione giuridica di filiazione alla filiazione già esistente, come testimoniato dall'aggiunta del cognome dell'adottante al cognome dell'adottato. Un altro esempio è l'affidamento familiare, che attribuisce diritti e doveri identici che coesistono, sebbene per un periodo di tempo determinato, con quelli genitoriali (art.5 legge n.184/1983). Perfino nell'adozione piena, che sostituisce la filiazione di origine con la relazione giuridica filiale nei confronti degli adottanti, rimane un rapporto giuridico «minimo» con la famiglia di origine: pensiamo ai divieti

---

<sup>11</sup> Non può tuttavia essere sottaciuto che la multigenitorialità può divenire problematica se non sono chiari i diritti e i rapporti reciproci. Nel senso dell'ammissibilità di titoli costitutivi alternativi devono a mio parere essere lette le espressioni contenute in Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 19599 (in [Articolo29.it](http://Articolo29.it) con nota di A. Schillaci), secondo cui «non può validamente opporsi... il principio secondo cui, nell'ordinamento italiano, è madre *solo* colei che partorisce... con la conseguenza che non può esserlo anche colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la donazione dell'ovulo... il Collegio ritiene che tale impostazione debba essere *in parte* rimediaata... se è indiscutibile l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre, non si può negare l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico» (corsivi aggiunti).

matrimoniali, ma soprattutto al diritto dell'adottato di accedere alle informazioni sulle sue origini familiari e genetiche con conseguente ingerenza nel diritto della famiglia di origine alla riservatezza (art. 28 legge n.184/1983); talvolta poi è lo stesso giudice a disporre nella sentenza di adozione piena il mantenimento di rapporti *di fatto* tra minore e famiglia di origine dopo l'adozione (è il caso delle cosiddette «adozioni aperte»).

Insomma, non mi pare che si possa negare a priori efficacia in Italia a una fattispecie straniera di *surrogacy* che attribuisca la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale ai genitori d'intenzione, in conformità del resto con il trend ormai evidente sia nel diritto positivo sia nel diritto vivente e che privilegia la genitorialità intenzionale<sup>12</sup>. Se in tempi risalenti l'unico esempio era essenzialmente l'adozione, oggi possiamo pensare anche alla procreazione medicalmente assistita eterologa con donazione di gameti maschili o femminili o alla assunzione di responsabilità giuridica per un figlio non proprio mediante presunzione di paternità o riconoscimento<sup>13</sup>: in entrambi i casi il genitore sociale che pure non sia unito da un vincolo biologico con il nato ne diventa padre o madre (vd. art. 8 e art. 9 legge n. 40 del 2004 e art.244 e art. 263 cod. civ. In giurisprudenza vd. Corte cost.10 giugno 2014 n. 162 par. 6 secondo cui i figli nati da eterologa «hanno lo stato di figli... della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»). Questo non esclude però, come argomentato sopra, che (anche) la partoriente sia «madre». Anzi: mi pare che una pluralità di elementi impongano il riconoscimento di tale qualifica come espressione linguistica di una speciale relazione giuridica tra la donna e il nato<sup>14</sup>. Il riferimento normativo più frequentemente richiamato è l'art. 269 comma 3° cod. civ. che tuttavia è norma indubbiamente pensata dal legislatore non con la finalità di stabilire un criterio di attribuzione della maternità in caso di conflitto tra più donne ma di semplificare l'onere della prova della filiazione materna in un'epoca in cui vi era necessariamente coincidenza tra madre genetica e biologica e, di solito, madre di intenzione e il corpo della moglie era da tanti ancora concepito come proprietà maritale<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> In questo senso già E. Del Prato, 2001, 1035.

<sup>13</sup> Tale impostazione è stata rinforzata dal d. lgsl. 7 febbraio 2014 prevedendo l'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o di disconoscimento della paternità solo per il figlio (Art. 263 e art. 244, comma 5° cod. civ.).

<sup>14</sup> Non mi pare perciò che si possa parlare di una separazione tra gestazione e maternità: come accennato, la gestazione fonda di per sé «una maternità», intesa come legame giuridico particolare tra donna e nato e ciò sebbene sia pacifico che la donna ha diritto a rifiutare la genitorialità tramite l'istituto del parto anonimo.

<sup>15</sup> Sull'applicabilità di tale norma anche alle fattispecie di maternità per surrogazione cfr. per esempio U. Salnitro, 2010, 578; M. Sesta, 2010, 839; B. Solone, 2014, 178.

Purtuttavia, oggi il radicamento della filiazione nel parto è reinterpretato a tutela del figlio, come manifestazione del suo diritto a crescere nella famiglia di origine e a conoscere le sue origini. In quest'ottica, mi pare debba essere letto l'utilizzo dell'art. 269 per l'attribuzione della maternità in un noto caso di fortuito scambio degli embrioni da parte del personale di un centro di fertilità cui due coppie si erano rivolte per una fecondazione in vitro: secondo i giudici, l'interesse dei minori richiedeva nel caso di specie la «valorizzazione del legame simbiotico dapprima tra madre uterina e nascituri, e quindi tra la puerpera ed i neonati, oltre che [...] il loro inserimento [...] nel nucleo familiare formato dalla partoriente e dal coniuge» (Trib. Roma, ord. 22 aprile 2015)<sup>16</sup>.

Un argomento forte a favore della «maternità» della surrogata è inoltre a mio avviso rinvenibile nella disciplina della fattispecie del cosiddetto «parto anonimo»: come la «madre» (così, come già ricordato, la definisce l'art. 30 Dpr 396/2000) che dichiara di non voler essere nominata nella dichiarazione di nascita, infatti, la surrogata rifiuta al momento del parto la genitorialità sociale. Ora: la disciplina del parto anonimo è paradigmatica nel riconoscere al fatto biologico della gravidanza e del parto natura costitutiva di un rapporto giuridico che si concreta in un fascio di diritti e doveri reciproci. La partoriente ha, in quanto tale, il *diritto* di rifiutare *dopo* il parto (cfr. oltre alla fonte citata l'art. 4 lett. c n.4 Conv. L'Aja 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale) la costituzione del rapporto giuridico di filiazione e di mantenere l'anonimato verso chiunque, ivi compresa la prole (art. 30 Dpr 396/2000). Tuttavia, tale potere di «cancellazione» non è assoluto in quanto l'interesse del figlio può limitarlo. Il primo caso è che *nell'interesse del figlio* si eserciti un'azione giudiziale per la costituzione del rapporto giuridico di filiazione con la madre: si tratta di fattispecie assai rare perché nella pressoché totalità dei casi i minori vengono dichiarati in stato di adottabilità con procedura semplificata ex art. 11 legge n. 184/1983 e sono poi accolti come figli in un'altra famiglia<sup>17</sup>. L'altro è che il figlio adulto chieda di accedere alle

---

<sup>16</sup> Non è questa la sede per richiamare i contributi clinici ormai numerosi che riconoscono le connessioni biochimiche ed ormonali tra gestante e feto e il ruolo delle esperienze intrauterine nella vita e nelle relazioni del feto dopo la nascita.

<sup>17</sup> Il riferimento è alle azioni di reclamo nel caso figlio nato del matrimonio (per uno dei pochissimi esempio cfr. Trib. Parma 17 ottobre 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 221 (relativa all'esperibilità dell'azione di reclamo della legittimità) o dichiarazione giudiziale di maternità naturale (cfr. Trib. min. Roma 12 maggio 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 2018, con nota di A. Figone; App. Bari, 18 marzo 2016, consultabile online: [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it); Trib. Genova, 27 marzo 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 1070). In senso

informazioni sulle sue origini e, in particolare, all'identità di colei che lo ha generato: in questo caso la donna deve tollerare l'ingerenza nel diritto alla riservatezza derivante dal rintraccio e dall'interpello sulla persistenza della sua volontà di mantenere l'anonimato<sup>18</sup>. La gravidanza e il parto sono dunque di per sé fonte di obblighi per la donna in ragione del rapporto asimmetrico tra madre e figlio che giustifica l'attribuzione di una particolare (ma non necessariamente prevalente) protezione all'interesse del figlio. Sarebbe tuttavia errato dedurre *tout court* che esista un diritto del figlio al rispetto della vita familiare con la madre<sup>19</sup>. Come anche riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Odièvre c. Francia* non esiste una vita familiare qualora il figlio sia poi stato adottato da terzi, dovendosi infatti la relazione in tale caso ritenersi relativa invece alla vita privata intesa come identità personale del soggetto<sup>20</sup>. Da qui, per esempio, il fatto che non esista un diritto alla relazione tra madre e figlio cioè alla frequentazione, essendo la stessa rimessa alla volontà dei singoli interessati.

Quanto detto consente peraltro di rilevare la specificità femminile della questione. Se infatti è vero che la costituzione coattiva del rapporto in assenza di un rapporto giuridico di filiazione adottiva costituito verso terzi riguarda anche il padre biologico (con l'azione di reclamo o la dichiarazione giudiziale di paternità), nel caso della madre occorre riconoscere che la gravidanza e il parto rendono protagonista il corpo della donna. Da qui l'esigenza di contemperare l'interesse del figlio con l'autodeterminazione femminile: autodeterminazione che è massima nel caso in cui donna e figlio siano uniti nella gravidanza (pensiamo alla disciplina dell'aborto) e che scema poi, ma continua a rimanere determinante, con la scelta del parto anonimo che impedisce al figlio l'accesso all'identità della madre, salvo - come già detto - il caso in cui il figlio non sia stato adottato (e dunque siano ammissibili le azioni di stato) oppure lo sia stato ma la madre, opportunamente

---

contrario tuttavia Trib. Milano, 14 ottobre 2015 n. 11475, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) (che ritiene inammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che al momento del parto aveva dichiarato di non voler essere nominata).

<sup>18</sup> Il riferimento è alla sentenza Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 «nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ... - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

<sup>19</sup> Dell'esistenza di una vita familiare tra madre surrogata e minore parla invece Gattuso, in questo fascicolo. Non si tratta peraltro di una posizione isolata: cfr. S. Ashenden Samantha, 2013, pp.195-218.

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2002, in particolare parr. 28 e 29.

interpellata dal tribunale per i minorenni, decida di confermare il presidio del segreto rispetto al figlio, quantomeno finché la stessa è in vita.

Diverso è invece il caso della «maternità genetica» per la quale le questioni si pongono a mio modo di vedere in modo analogo a quanto avviene per la dazione di gameti maschili<sup>21</sup>, essendo - nelle parole della Cassazione - non potendosi negare «l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale» e che la trasmissione del «patrimonio genetico» sia decisiva «per lo sviluppo e per l'intera vita del nato»<sup>22</sup>. Non mi pare peraltro irragionevole la scelta del legislatore italiano di tutelare l'anonimato del donatore prevedendo che «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» (art.9 comma 3° legge 19 febbraio 2004, n.40), anche se appare verosimile un ripensamento nel quadro di un percorso generale che sta portando anche nell'adozione di minori a rimeditare la scelta della segretezza delle origini.

### 3. ...E quindi?

Come tradurre dunque in concreto le riflessioni summenzionate sulla specialità della relazione materna fondata sul dato biologico della gravidanza e del parto?

Un primo punto è, a mio parere, la necessità di stigmatizzare l'applicazione in via analogica a casi di *surrogacy* delle conclusioni raggiunte in tema di fecondazione assistita eterologa usata da coppie di donne<sup>23</sup>. Il dato riveste, a mio avviso, un notevole rilievo pratico in quanto proprio il richiamo (sempre più spesso tratteggio) alla giurisprudenza sull'eterologa a favore di coppie di donne consente ai giudici di superare l'esame dei profili di contrarietà all'ordine pubblico senza considerarne alcune componenti che potrebbero invece rivelarsi decisive in fattispecie di maternità surrogata<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Contra invece autorevolmente G. Oppo che ritiene che il dato rilevante sia quello genetico: Procreazione assistita e sorte del nascituro, in Riv. dir. civ.,2005, I, 104.

<sup>22</sup> Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 19599.

<sup>23</sup> In questo senso autorevolmente S. Niccolai, 2015, n.3.

<sup>24</sup> Un esempio di questo *transplant* argomentativo è dato dall'ampio e pressoché acritico utilizzo della sentenza di legittimità n. 19599/2016 da parte di App. Trento, 23 febbraio 2017 sulla trascrivibilità dell'atto di nascita di due gemelli nati in Canada con maternità per surrogazione.

In concreto poi nell'attuale quadro normativo di divieto di maternità per surrogazione e di valutazione giudiziale «a valle» di fattispecie straniere di *surrogacy* mi pare che un utilizzo meditato del limite dell'ordine pubblico potrebbe consentire di evitare l'efficacia in Italia di atti di nascita stranieri di minori nati all'estero con *surrogacy* che espungano il nome *della partoriente* e ciò salvo il caso in cui risulti (e l'onere della prova grava su chi chiede la trascrizione) che la madre abbia rinunciato *dopo il parto* a crescere il figlio e che il Paese di origine *conservi l'informazione sulla sua identità e promuova l'accesso del figlio a essa*.

È certamente vero che l'interesse generale all'irrinunciabilità *pre parto* al ruolo di madre sociale, nonché l'interesse individuale del figlio alla conservazione del nome della madre e all'accesso alle origini devono essere comparati e contemperati con l'interesse del figlio al rispetto della vita privata e familiare<sup>25</sup>. Quest'ultimo, tuttavia, risulta a mio avviso qui sufficientemente garantito dal riconoscimento del rapporto giuridico con il genitore genetico, di solito il padre<sup>26</sup>, e dal fatto che è possibile una successiva costituzione del rapporto giuridico di filiazione con l'altro genitore mediante l'istituto dell'adozione in casi particolari<sup>27</sup>.

La tesi proposta era del resto accolta in alcune isolate pronunce<sup>28</sup> e pare oggi l'approdo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nelle sentenze *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia* (entrambe del 26 giugno 2014) lo Stato convenuto è stato condannato per aver vietato la trascrizione degli atti di nascita di minori nati all'estero con *surrogacy* nella parte in cui riguardano il vincolo tra i bambini e il genitore (padre) genetico: tale rifiuto era infatti ritenuto integrare una violazione del diritto dei figli al

---

<sup>25</sup> La necessità di questa valutazione comparativa tra l'interesse concreto del minore e le esigenze di accertamento della «verità» costituisce la *ratio decidendi* di Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>26</sup> Sebbene non possa a priori ritenersi esclusa la possibilità che a ricorrere alla maternità surrogata sia una coppia di donne, una delle quali fornisce l'ovocita. L'ipotesi appare tuttavia poco probabile.

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 44 lett. b legge n.184/1983 (adozione del figlio del coniuge) se i genitori d'intenzione sono coppia eterosessuale coniugata o dell'art. 44 lett. d legge n.184/1983 (adozione per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo») se coppia dello stesso sesso o eterosessuale convivente. È certamente vero che se la prima tipologia di adozione è espressamente riconosciuta dalla legge, la seconda è stata riconosciuta in via giurisprudenziale solo a partire dal 2014: essendovi tuttavia oggi un trend nettamente favorevole all'uso dell'art. 44 lett. d per il riconoscimento giuridico di genitorialità sociali che non rientrino nelle altre fattispecie tipizzate dall'art. 44 mi pare che le due ipotesi possano essere avvicinate.

<sup>28</sup> Trib. Forlì, 25 ottobre 2011 (in *Dir. fam. e pers.*, 2013, 532 che però incentra la motivazione in negativo sulla mancanza tra la madre sociale e i minori della «necessaria relazione naturale e giuridica d'ordine parentale») e Trib. Agrigento, decr. 6 aprile 2017.



rispetto della vita privata sotto il profilo dell'identità personale<sup>29</sup>. Recependo tale orientamento, la *Cour de Cassation* ritiene ora trascrivibili gli atti di nascita stranieri di minori nati a seguito di maternità surrogata qualora indichino come padre l'uomo che ha fornito i gameti maschili e come madre la partorientente<sup>30</sup>; ha inoltre precisato che l'impiego all'estero della maternità surrogata non impedisce che possa essere pronunciata l'adozione da parte del marito del padre del minore così concepito<sup>31</sup>.

Nello stesso senso mi pare inoltre deponga l'evoluzione cui si sta assistendo in materia di adozione. Se è vero che secondo un consolidato orientamento è ammessa la trascrizione di atti di nascita stranieri di minori adottati che riportino il nome dei genitori adottivi come genitori (e talvolta anche il loro luogo di residenza come luogo di nascita del minore...)<sup>32</sup>, recenti approdi legislativi (per esempio la riforma dell'art. 28 legge n.184/1983 da parte della legge n.149/2001) e giurisprudenziali (pensiamo alle adozioni in casi particolari, alla citata giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul parto anonimo e alla prassi citata sopra sulle cosiddette adozioni «aperte») hanno determinato la crisi dell'adozione come trapianto del minore nella famiglia di accoglienza e cancellazione delle sue origini, a favore invece della valorizzazione del passato dell'adottato come elemento della sua identità personale. Da qui la necessità di una rimeditazione di alcune prassi dell'adozione, tra cui quella summenzionata relativa alla trascrizione di atti di nascita che indichino i genitori adottivi come genitori.

## Bibliografia

Ashenden Samantha, *Reproblematising Relations of Agency and Coercion: Surrogacy, in Gender, Agency, and Coercion* (ed. by Madhok, S., Phillips, A., Wilson, K., Hemmings, C.), Palgrave Macmillan, England, 2013, pp.195-218.

---

<sup>29</sup> Malgrado la Corte europea limiti l'esame alla vita privata dei bambini, l'effetto indiretto è tutelare anche la loro vita familiare, così come quella dei loro genitori d'intenzione. Uguale ragionamento può farsi (ma in negativo, stante il diverso esito della vicenda giudiziaria) nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (24 gennaio 2017). Per un approfondimento cfr. Poli in questo fascicolo.

<sup>30</sup> Cfr. da ultimo *Cour de Cassation*, sentenza n. 824 del 5 luglio 2017.

<sup>31</sup> *Cour de Cassation*, sentenza n. 826 del 5 luglio 2017.

<sup>32</sup> Cfr. Circolare Ministero dell'Interno 28 febbraio 2003 n. 6 «Trascrizione degli atti di nascita dei minori stranieri adottati all'estero da cittadini italiani».

Del Prato Enrico, “La scelta come strumento tecnico di filiazione?”, in *Familia*, 2001, pp.1035-1056.

Lamarque Elisabetta, *Navigare a vista. Il giudice italiano di fronte alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna.it*, 2017.

Lorenzetti Anna, “Coppie same sex e procreazione assistita: la progressiva decostruzione del modello familiare”, in Azzalini, *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e sfide*, Aracne, Roma, 2015.

Niccolai Silvia e Olivito Elisa, *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017;  
Danna Daniela, *Maternità. Surrogata?*, Asterios, Trieste, 2017.

Niccolai Silvia, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n.3.

Oppo Giorgio, “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 104  
Salnitro Ugo, *Legge 19 febbraio 2004*, in *Commentario dal Codice civile diretto da E. Gabrielli*, Utet, Torino, 2010.

Sesta Michele, “La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica”, in *Fam. e dir.*, 2010, pp.839-847.

Solone Bartolo, “Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata dopo la legge 40/2004”, in *BioLaw Journal*, n.2, 2014, n.2, pp.157-183.

Stefanelli Stefania, “Accertamento della maternità nella gestazione per altri”, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, pp.7-37.

# RIFLESSIONI ATTORNO ALLA MATERNITÀ SURROGATA: *CUIQUE SUUM?*\*

Anna Lorenzetti

## Abstract

The chapter analyses relevant issues regarding surrogate motherhood in the perspective of constitutional law. After a brief overview on the general issues, the author moves on to inquiring different positions and the conditions involved in the analysis the surrogacy.

## Keywords

Surrogacy; Motherhood; Gender analysis; Reproduction.

## 1. Cenni introduttivi

Nel ragionare di maternità surrogata dalla prospettiva giuridica, e in particolare dalla visuale che il diritto costituzionale consente di assumere, occorre avere contezza di come il tema sia ammantato da un'ambiguità di fondo cui concorrono le plurime implicazioni di matrice etico-sociale<sup>1</sup>. Al comporsi di questa ambiguità hanno certamente contribuito le polarizzazioni<sup>2</sup> che attorno al tema hanno preso vita e che tendono a leggere la questione in chiave oppositiva, ad esempio contrapponendo l'idea del *dono* che muoverebbe le donne nel portare avanti la gravidanza per altre e per altri, al sospetto dello *sfruttamento* che alla pratica sarebbe sotteso; vengono poi contrapposte, da un lato, la libertà e l'autodeterminazione della donna nell'assumere scelte che riguardano il proprio corpo, a quella che viene individuata come novella forma di schiavitù sulla donna stessa praticata da terze e da terzi; in chiave di approccio giuridico, vengono poi specificamente contrapposte la legittimità della pratica, cui conseguirebbe, in via necessaria il riconoscimento dei suoi effetti, all'obiettivo di introdurre il divieto con la moratoria internazionale. Queste polarizzazioni, confermate anche dalla diversità di lessico adottato

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> Su questi aspetti, v. D'Antuono, 2018.

<sup>2</sup> Così riconoscono Brunelli, 2017, 77; Pozzolo, 2016, 94; D'Antuono, 2018, 50 ss. La polarizzazione fra posizioni distanti si è profilata tanto sul piano teorico, da parte della dottrina che sul tema si è a lungo confrontata, tanto sul piano pratico, attraverso la distanza di posizioni assunte dal formante giurisprudenziale.

nel trattare di maternità surrogata<sup>3</sup>, andrebbero al contrario respinte nella nettezza di posizionamenti che restituiscono, per provare a recuperare quanto di comune vi è nella riflessione<sup>4</sup>.

Proprio il tentativo di dipanare le ambiguità che attorno alla questione si sono radicate e di riproporre la maternità surrogata come tema di possibile dialogo e non di scontro fra posizioni contrapposte ha mosso l'impostazione del convegno di Torino, non casualmente co-organizzato da CIRSDe – il cui acronimo sta per «Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere»<sup>5</sup> – e dalla rivista GenIus<sup>6</sup>, il cui nome è significativamente frutto della crasi dei termini *Gender* e *Ius*. L'obiettivo dell'incontro è stato infatti individuato in una riflessione che ponesse al centro la donna e il suo corpo, ma soprattutto l'aspetto relazionale che la gravidanza evoca, assumendo una prospettiva *della e sulla* maternità surrogata che non può essere archiviata.

## 2. La maternità surrogata fra diversi posizionamenti e punti fermi

L'obiettivo del dialogo e l'aver affrontato con decisione la prospettiva della gravidanza come relazione mi sembra consentano di riprendere le (radicali) diversità di posizionamenti sul tema e i punti fermi che, ragionando attorno alla maternità surrogata, occorre aver presenti.

Iniziando da questi ultimi, rappresenta senza meno un punto fermo l'esistente divieto legislativo, penalmente sanzionato nell'ordinamento interno – quale espressione della

---

<sup>3</sup> Si pensi non soltanto alle diverse espressioni utilizzate per indicare la medesima pratica – così, maternità surrogata, utero in affitto, gravidanza per altri/altre – ma anche per definire i protagonisti della vicenda, aspetto che denota la diversa valutazione del fenomeno. Si richiami qui chi definisce *madre* colei che conduce la gravidanza, rispetto a chi la appella invece quale *portatrice*, dunque sembrando disconoscere il valore del parto e della relazione materna che si è generata durante la gravidanza. Si pensi anche al diverso ambito semantico dell'espressione *genitori intenzionali* o *committenti*. Si pensi, ancora in termini più generali, alle espressioni *riproduzione* o *procreazione* entrambi oggetto di potenziali contestazioni, la prima poiché evocherebbe l'idea di ri-produrre qualcosa che già esiste, mentre con la riproduzione è una nuova vita che nasce, la seconda perché implicitamente rinvierebbe all'idea che si dà forma a una nuova vita per qualcun altro (pro-creare). Si veda sul punto il dibattito sviluppato nel corso del convegno *Mater Iuris*, svoltosi a Milano, il 29 novembre 2018.

<sup>4</sup> V. Pezzini, 2017a, 118. Così, ricorda l'importanza di evitare estremizzazioni disconoscitive della legittimità stessa dei fronti in antitesi, D'Antuono, 2018, 51, e riferimenti ivi contenuti.

<sup>5</sup> Il Centro è incardinato presso l'Università degli Studi di Torino, <https://www.cirsde.unito.it/it>.

<sup>6</sup> Si tratta di una Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere (reperibile online al link: [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

discrezionalità del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza<sup>7</sup> – di realizzare, organizzare o pubblicizzare, in qualsiasi forma, la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità<sup>8</sup>. Un secondo punto fermo che occorre tenere a mente è la oggettiva impossibilità di impedire ovunque la maternità surrogata, dovendosi onestamente considerare simbolica e non realistica la proposta di moratoria internazionale; è dunque un dato di fatto anche la possibilità che, violando il divieto posto dalla legge italiana ma agendo nell'ambito di ordinamenti in cui è lecito ricorrere a questa pratica, vengano al mondo bambini, con la conseguente doverosità di considerare lo stato di cose che si è prodotto e di offrire risposte giuridiche.

L'obiettivo del dialogo deve altresì prendere atto, né peraltro potrebbe non farlo, di come la maternità surrogata abbia generato un arroccarsi su fronti contrapposti, segnando un deciso rimescolamento di posizioni consolidate fra chi poteva dirsi «tradizionalista» e chi poteva dirsi «progressista» (Brunelli, 2017, 78). Al solo fine di un inquadramento e ammettendo la semplificazione di argomenti ben più strutturati (ai quali si rinvia per i dovuti approfondimenti), due sono le posizioni che si possono individuare: la maternità surrogata intesa come del tutto incompatibile con l'assetto costituzionale, in quanto lesiva del principio, dotato di copertura costituzionale, *mater semper certa*<sup>9</sup>; la legittimità del riconoscimento dei legami giuridici sorti grazie a questa pratica, finanche giungendo a ritenere illegittimo il divieto, in quanto ostacolo alla realizzazione del «diritto alla genitorialità» delle coppie impossibilitate, per varie ragioni, a procreare<sup>10</sup>.

Come appare evidente, si tratta di posizioni che faticano a dialogare e intercettare quelli che pure innegabilmente sono (o possono essere) dei punti di contatto. Per quanto non si ritenga necessaria (e forse anche neppure auspicabile) la forzata convergenza di posizioni distanti, è piuttosto lo schietto confronto l'obiettivo da porsi, in quanto capace di determinare l'uscita dalle secche che le polemiche sulla maternità surrogata hanno generato. Pare infatti che nel *richiedere* a chiunque si occupi del tema di posizionarsi necessariamente da una parte o dall'altra, si ottenga il solo obiettivo di perdere di vista il

---

<sup>7</sup> Corte cost. 162/2014; 229/2015; 84/2016.

<sup>8</sup> Così, art. 12, l. 40/2004, che prevede le sanzioni della reclusione da tre mesi a due anni e della multa da 600.000 a un milione di euro.

<sup>9</sup> V. le posizioni di Niccolai, 2017; secondo Olivito (2017) si tratta di un principio nel cui perimetro va mantenuto il dibattito sulla maternità surrogata; secondo Angelini (2017) si tratta di un principio di ordine pubblico; Tripodina, 2017.

<sup>10</sup> Si veda, *inter alia*, lo scritto di Marco Gattuso, in questo volume.

significato della riflessione giuridica chiamata a un confronto su temi e argomenti senza l'assunzione di attitudini preconcepite. Questa pare essere la ragione per la quale, ad esempio, sia la dottrina, sia ultimamente la stessa giurisprudenza, con modalità certamente non condivisibili<sup>11</sup>, nell'argomentare sul tema menzionino le sole posizioni a conforto o quelle di segno opposto ma prevalentemente in chiave di negazione e antagonismo, spesso rinunciando a decostruire più convincentemente i percorsi argomentativi utilizzati e mostrarne le debolezze.

Proprio in quanto la maternità ha un valore universale – nel senso che si tratta di un'esperienza relazione che riguarda, per forza di cose, tutte e tutti (Niccolai, 2017) – appare piuttosto necessario un tentativo che si sottragga alla *richiesta* di posizionarsi «a favore» o «contro» la maternità surrogata (Pozzolo, 2016, 94) e mandi a vuoto la illusoria costruzione della pratica come dicotomica e binaria (Olivito, 2017, 23), o ancora come «favola bella» o «favola brutta»<sup>12</sup>. Ciò che ne deriverebbe è, infatti, l'applicazione, a un tema articolato e complesso, di una logica semplicistica e semplificatoria, in grado di raggiungere il solo risultato di non riconoscere e di neutralizzare gli aspetti problematici della maternità surrogata che nessuna delle diverse posizioni può pienamente osservare, chiuse su se stesse nella propria dimensione retorica. Da un lato, si delinea una narrazione pacificata, una visione schiacciata sull'idea che ne possono trasmettere i «microscopi» del caso concreto; dall'altro, l'opposta visione che osservando, attraverso i «telescopi», il quadro di insieme (Tripodina, 2017, 133), così da evitare abusi (Rosani, 2017, 179), non pare però in grado di cogliere appieno la complessità della vita reale e dell'incerto del mestiere di vivere<sup>13</sup> che, comunque, al diritto chiede risposte e non chiusure ermetiche, anche laddove si generino vicende giuridiche a seguito di una violazione di legge.

---

<sup>11</sup> V. recentemente, la pronuncia del Tribunale di Pistoia che – espressamente richiamando quale dottrina due autori che hanno sostenuto argomentazioni conformi all'esito della pronuncia, senza dare affatto conto della divisione sul punto e delle argomentazioni di segno diverso elaborate – ha peraltro infranto la regola che vieta di citare autori, *ex art. 118, disp. att. cpc.*

<sup>12</sup> Questa espressione è stata coniata da Tripodina, 2017, 133, che riferisce di una doppia possibilità di narrare la maternità surrogata, appunto come «favola bella», effetto di solidarietà e di altruismo, determinata dalla volontà di donare l'esperienza di genitorialità a chi ne sarebbe escluso, o viceversa come «favola brutta», enfatizzando gli aspetti brutali della vicenda, come ad esempio, la scelta della donna in base alle sue caratteristiche, con una accentuata reificazione. La prima visione intende le madri surrogate come donatrici di vita, nel pieno esercizio della propria autodeterminazione, nella seconda ne sono enfatizzati i caratteri di schiavitù cui le donne sono ridotte.

<sup>13</sup> Si ricordi la nota espressione coniata dalla Corte costituzionale con la pronuncia 494 del 2002, in materia di figli nati da rapporti incestuosi.

Evidente pare la distanza di cui tenere conto se si considera la maternità surrogata in una prospettiva *concreta* che a che fare con una famiglia già composta, già sorta, un bambino già nato, con affetti (e legami giuridici) già consolidati, o in una prospettiva *astratta e teorica*, posto che le questioni trovano un assetto profondamente diverso nel bilanciamento<sup>14</sup>. Se la soluzione *concreta*, della *concreta* vicenda appare comunque doversi orientare verso l'esito ragionevole di un percorso che valuti – e prima ancora prenda atto – (del)la situazione fattuale, (del)la famiglia reale in cui il bambino si trova, con cui ha già generato legami giuridici o forse anche affettivi<sup>15</sup>, quando la riflessione muove su un piano generale, delle categorie dogmatiche cui occorre riferirsi, certamente più complessa appare la riflessione tanto più muovendo dalla nettezza delle «soluzioni» prospettate.

Parimenti, se si assume una angolazione antecedente o successiva alla nascita del bambino appare evidente come ne risulti spostato del tutto l'assetto del bilanciamento, imponendo una diversa analisi della vicenda. Così, nella prospettiva «a valle»<sup>16</sup>, dunque successiva alla nascita, o se si vuole *ex post*<sup>17</sup>, appare plausibile ammettere il riconoscimento giuridico non tanto della pratica *ex se*<sup>18</sup>, ma dei suoi effetti, in nome soprattutto della salvaguardia dell'interesse del bambino coinvolto, per quanto vadano rilevate posizioni critiche – tanto sul piano teorico, tanto nella giurisprudenza – nella misura in cui si genererebbe una sorta di dispotismo del fatto compiuto<sup>19</sup> e uno sdoganamento della maternità surrogata sulla cui valutazione di disvalore si sono nettamente espressi sia il legislatore<sup>20</sup>, sia la Corte costituzionale<sup>21</sup>. Se invece ci si pone

---

<sup>14</sup> L'eco del dibattito si è infatti presentata secondo un'analogia polarizzazione anche sul piano pratico. Senza potersi addentrare, in questa sede, nell'ardua opera di ricostruzione della giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale sul punto, basti pensare a come i giudici sono giunti a esiti diametralmente opposti, pure a fronte di vicende analoghe.

<sup>15</sup> Occorre peraltro tenere conto di come vadano differenziati i casi in cui i bambini siano nei loro primi giorni o nelle prime settimane di vita o contesti nei quali il legame familiare è certamente stato creato ed è solido.

<sup>16</sup> Sia consentito rinviare a Lorenzetti, 2015, in cui avevo rilevato la necessità di distinguere la prospettiva «a monte» e «a valle» della nascita del bambino, alla luce della profonda diversità di prospettive e dinamiche chiamate in causa.

<sup>17</sup> Niccolai, 2017, 191 ss., parla invece di *ex ante* ed *ex post*.

<sup>18</sup> Per questo infatti occorrerebbe comunque un intervento legislativo.

<sup>19</sup> Olivito, 2017, 22. Certamente, è da considerare l'aspetto per cui i giudici si sono tendenzialmente occupati delle vicende a partire da una nascita già avvenuta e da legami affettivi e giuridici già costituiti, sia pure all'estero, per cui difficilmente i percorsi argomentativi utilizzati nelle singole decisioni possono essere assunti come paradigma di valutazione in astratto di una pratica.

<sup>20</sup> È indubbio che prevedere una sanzione penale esprime il massimo disvalore da parte di un ordinamento.

<sup>21</sup> Così, v. Corte cost. 272/2017, che si è riferita alla maternità surrogata come a una pratica che mina «nel profondo le relazioni umane», anche in ragione «dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento

«a monte» della nascita devono necessariamente entrare in causa valutazioni diverse<sup>22</sup>, prima delle quali la discrezionalità del legislatore e i suoi eventuali limiti.

Sembra di doversi anche considerare la diversa possibilità di inquadrare la pratica della maternità surrogata nel contesto di un sistema di sanità pubblico o viceversa nell'ambito privato, posto che la gestione statale comunque presenterebbe garanzie di maggiore spessore, quanto meno nei termini di parità nell'accesso al servizio sanitario, attualmente non prevista nel ricorso a strutture straniere.

Sono poi le condizioni nelle quali si realizza la maternità surrogata a doversi considerare nell'affrontare il tema (Pezzini, 2017a, 94; Pezzini, 2019), anche in prospettiva *ex post*. Si pensi alla necessità (o comunque opportunità) di considerare la disciplina straniera nel cui contesto è originata la maternità surrogata qualora, ad esempio, nell'ordinamento di riferimento sia intesa quale transazione commerciale o sia a titolo gratuito, richiamando però quanto sopra precisato. Si pensi, ancora, alla possibilità per la madre gestante di modificare, in piena autonomia e libertà, i propri intendimenti tanto sull'arresto del legame (personale, ma di conseguenza anche giuridico) con il bambino nato dal suo corpo, quanto circa l'interruzione della gravidanza in caso di malformazione o di pluralità di embrioni fecondati, quanto ancora rispetto a eventuali sanzioni o penali previste per la modifica o la revoca del consenso (così come per le stesse condizioni del consenso)<sup>23</sup>. Ancora, può non essere indifferente neppure l'aspetto che distingue i casi nei quali il nome della gestante permane nei certificati di nascita o viceversa scompare, azzerando qualsiasi possibilità di futura partecipazione alla vita del bambino<sup>24</sup> e simbolicamente *cancellando*, nel senso più proprio del termine, la madre e qualsiasi possibilità relazionale futura con il progetto genitoriale al quale ha preso parte in modo determinante.

---

riconnette» al suo impiego. Secondo Chieffi, 2018, 16, il giudice delle leggi ha così censurato radicalmente la pratica, senza lasciare spazio a soluzioni alternative e intermedie, quali la maternità surrogata solidaristica.

<sup>22</sup> Secondo Niccolai, 2017, 214, la giusta collocazione del divieto di maternità surrogata è però *ex ante*, non quando il bambino è nato e cresciuto, ma quando ci si chiede se sia opportuno introdurre la surrogazione di maternità.

<sup>23</sup> Pezzini, 2017a, 97, fa riferimento all'incoercibilità dei comportamenti riproduttivi. L'autrice parla della necessità di una fattispecie a formazione progressiva che va costantemente verificata e che attraversa l'intera gravidanza non concludendosi tuttavia con la nascita (p. 95). Per questa via, l'autrice arriva a problematizzare l'uso del termine *ripensamento* per riferirsi alla modifica degli intendimenti della madre biologica rispetto ai genitori intenzionali, poiché ciò può esservi soltanto successivamente alla nascita, una volta venuta meno la condizione *duale* della gravidanza (Pezzini, 2019).

<sup>24</sup> Brunelli, 2017, 85, sottolinea come la cancellazione della madre porta a declassare la gravidanza a mero servizio gestazionale e a un oblio del parto.



### 3. Alla ricerca di un possibile dialogo

La via che si intende suggerire è piuttosto quella che accetta, senza remore, la complessità del confronto e del dialogo sul tema, pur se accompagnata dalla frustrante sensazione che il sistema giuridico e i suoi strumenti non siano bastevoli (o adeguati) per affrontarlo<sup>25</sup>; si tratta di una via, forse ancora un sentiero appena tracciato, che dovrebbe accogliere il dibattito come necessario stato di cose, a partire da alcune questioni-chiave, creando così le condizioni per una discussione che direttamente affronti, senza indugi, i punti maggiormente problematici.

Certamente, qualsiasi prospettiva *de iure condendo* andrebbe incardinata nel contesto di un complessivo ripensamento delle regole in materia di filiazione, così come di una valorizzazione della responsabilità relazionale, in modo da mettere a fuoco le condizioni delle relazioni (anche) fra gli adulti coinvolti nella vicenda<sup>26</sup>.

Per attivare spazi di dialogo, appare dunque necessario partire dalle condizioni, o se si vuole, delle numerose variabili che possono presentarsi nel ragionare attorno alla maternità surrogata e che spesso non sono considerate nelle polarizzate posizioni, contribuendo ad accentuarne le distanze, senza però leggerne i punti di possibile contatto<sup>27</sup>.

Un primo aspetto attorno a cui la variabilità di posizionamenti si delinea è articolato nell'intendere la maternità surrogata come realizzata dietro remunerazione o a titolo gratuito. Questa distinzione non può tuttavia essere semplificata nel ritenere la pratica compatibile con lo statuto costituzionale della persona quando non vi sia un corrispettivo e illegittima in presenza di una transazione commerciale<sup>28</sup>. Infatti, occorre avere presente come sia una distinzione foriera di equivoci e certamente labile nei suoi confini (Tripodina, 2017), in quanto pure negli ordinamenti in cui è ammessa a titolo gratuito e quale dono, è una regola ben facilmente aggirabile, attraverso prassi che ne svelano il

---

<sup>25</sup> Brunelli, 2017, 77-79. *Contra*, Niccolai, 2017.

<sup>26</sup> Così, Giuseppina Palmeri, in questo volume.

<sup>27</sup> D'Antuono, 2018, 61, considera la pluralità e diversità delle situazioni – soggetti, tempi, luoghi e storicità – in cui la maternità surrogata si colloca, nella consapevolezza che si tratta di una pratica che fa parte della realtà. Secondo l'autrice, che richiama Maggi, 2016, dopo l'asprezza delle contrapposizioni e delle «sgrammaticature» etiche e giuridiche, occorre costruire una grammatica del riconoscimento della pluralità, dei modi di pensare la libertà, dei modi di vivere generatività e famiglia, così da ammettere pluralità di discorsi, anche di segno opposto, che arricchiscano la molteplicità delle narrazioni.

<sup>28</sup> Rizzuti, 2015. D'Antuono, 2018, 53, sottolinea come la logica di scambio o quella del dono sono irriducibili se costruite in un rapporto di committenza e adempimento.

contenuto reale e dunque il portato di pratica commerciale<sup>29</sup>. Inoltre, al di là della complessità della verifica circa l'effettiva gratuità, a non convincere è il collocare nel contesto non mercantile qualcosa che, sul mercato, ha invece un (ingente) costo<sup>30</sup>, così come l'idea del lavoro di cura e delle attività connesse al femminile e alla riproduzione come qualcosa che, in ultima analisi, non ha un valore economicamente quantificato o quantificabile<sup>31</sup>. Un ulteriore aspetto da considerare, riguarda l'inquadramento dell'accordo fra la coppia cosiddetta intenzionale o committente e la madre gestante; vi è infatti la possibilità di inquadrarlo come contratto, con il rischio tuttavia che ne risulti modificata la percezione della vita e della persona, rendendo pensabile la loro mercificazione (Olivito, 2017, 23); peraltro, è da segnalare anche il carattere problematico di individuare la tipologia dell'ipotetico contratto, se cioè come prestazione d'opera o di servizio, rientrando quale peculiare prestazione «lavorativa», o se un contratto di scambio, con il discutibile profilarsi del sinallagma individuato nell'oggetto dello scambio, ossia il bambino<sup>32</sup>. Così, è stato ipotizzato che gli accordi di maternità surrogata vadano collocati in quella che è stata definita quale «zona grigia» lasciata all'autodeterminazione individuale, negoziale, ma non contrattuale, nella consapevolezza che si tratta di un dominio in cui difficilmente possono essere sindacati i motivi per cui una donna intraprende una gravidanza per altre o per altri<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Secondo Olivito, 2017, 19-22, la distinzione fra carattere altruistico e commerciale dell'accordo rappresenta uno spartiacque molto debole che peraltro non può essere misurato soltanto sulla prestazione della madre surrogata e sulla possibilità di remunerarla posto che, ad esempio, andrebbe verificato il costo delle attività di intermediazione. Si pensi, ad esempio, che nel Regno Unito, è prevista la gratuità della donazione degli ovociti, accompagnata però dalla possibilità, per la donatrice, di accedere a titolo gratuito alla crioconservazione, per cui potrebbe configurarsi uno scambio, un corrispettivo, non in termini di denaro, ma di scambio di beni/prestazioni, più che di una *donazione*. In generale, va ammesso come le formule altruistiche possono essere facilmente aggirate. Così, Olivito (2017) sottolinea l'importanza di tenere conto di come la logica del «dono» si riveli quale messaggio pacificato sul punto, caratterizzato però da una profonda ambiguità. Peraltro, secondo Niccolai, 2017, 216, non sarebbe comunque il carattere altruistico della prestazione della donna a impedire la costituzione di un mercato, per cui non avrebbe senso ammettere la pratica se altruistica. L'interrogativo dovrebbe piuttosto sorgere domandandosi se sia opportuna la creazione di un mercato attorno al corpo delle donne.

<sup>30</sup> Basti pensare al mercato che comunque attorno alla pratica della maternità surrogata è sorto.

<sup>31</sup> Ritiene che «Logica del dono in un contesto di rapporti intersoggettivi non significa però esclusione totale della presenza del denaro», D'Antuono, 2018, 53; Shavel, 1992, 166, ritiene legittima l'onerosità dell'accordo perché nel dare valore economico all'attività procreativa rappresenta «la massima manifestazione della libertà della surrogata». V. Pateman, 2015.

<sup>32</sup> Su questi aspetti, v. Marco Gattuso, in questo volume; Tripodina, 2017.

<sup>33</sup> Niccolai (2015, 215) fa riferimento a possibili accordi che passano da parto anonimo della donna, riconoscimento del nato da parte del padre naturale e sua adozione in casi particolare dal/la partner. Secondo l'autrice, infatti, il divieto della legge 40 non sarebbe assoluto ma limitato alle sole transazioni commerciali.

Preso atto dell'esistenza del divieto nel sistema interno, rivolto non alla pratica *ex se*, ma alla sua commercializzazione e pubblicizzazione, la questione del *se* e *come* intervenire *de iure condendo* in materia, è stata incentrata nelle diverse opzioni di politica legislativa astrattamente possibili, ossia lasciare in vita l'esistente previsione, eventualmente rafforzando il divieto, regolare diversamente o ancora rinviare all'ambito dell'incontro della volontà di privati, rimuovendo il divieto, senza però alcuna previsione espressa<sup>34</sup>. La necessità di un rafforzamento del divieto, attraverso l'introduzione della moratoria internazionale ed eventualmente di sanzioni anche per la coppia che vi ricorre, in chiave di deterrenza<sup>35</sup>, è stata individuata quale via per disincentivare il ricorso all'estero a tale pratica e il suo progressivo sdoganamento, per via giurisprudenziale, secondo la logica del «fatto compiuto» (Olivito, 2017, 22). Appare tuttavia importante non sottrarsi quanto meno al tentativo di problematizzare il senso di un divieto divenuto anacronistico a fronte della legittimità della pratica in altri contesti che rende sostanzialmente aggirabili le regole interne e che, inapplicabile *de facto*, ricade peraltro in maniera assai differenziata a seconda delle condizioni economiche della coppia che intende realizzare il progetto di genitorialità<sup>36</sup>. Ma posto che il divieto è nell'ambito, quello penale, connotato dal maggior disvalore, la sua rimozione impone di considerare nell'interesse di chi si potrebbe legittimare la surrogazione e quali siano i beni e gli interessi che il divieto attuale comprime (Niccolai, 2017, 216); l'introduzione di una diversa disciplina richiede, infatti, di valutare la necessità e la meritevolezza di superare la scelta dal legislatore del 2004 e dunque la valutazione del sopravvenuto interesse a tutela del quale si sta agendo; possibili risposte trovano ancoraggio nel principio di solidarietà<sup>37</sup>, nel principio di autodeterminazione femminile<sup>38</sup> e di autonomia e indipendenza della donna sul cui corpo,

---

<sup>34</sup> Pezzini, 2017a, 108. Secondo Chieffi, 2018, 33, è indispensabile l'introduzione di una disposizione di legge in grado di orientare l'attività ermeneutica dei giudici, anche al fine di ridurre i margini di oscillazione giurisprudenziale che provocano incertezze.

<sup>35</sup> V. Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata (reperibile online al link: [www.abolition-gpa.org](http://www.abolition-gpa.org)); Comitato nazionale di bioetica, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016; su cui v. Tripodina, 2017.

<sup>36</sup> Visto che attualmente si tratta di una pratica realizzabile soltanto all'estero e spesso a condizioni economiche non universalmente accessibili, il divieto nell'ordinamento interno impatta in modo profondamente differenziato rispetto alle condizioni economiche.

<sup>37</sup> Brunelli, 2017; Niccolai, 2017, 217, ritiene che la tenuta del principio di solidarietà valga fintanto che non si profili una minaccia per la felicità di un bambino già nato e che l'interesse di un bambino appena nato sia la separazione da chi ha condotto la gravidanza.

<sup>38</sup> Secondo Pezzini, 2017a, è soltanto la donna a poter compiere un progetto riproduttivo destinato a non avere seguito e continuità ma che confluisce con un altrui progetto genitoriale; *contra*, Niccolai, 2017, 227, secondo cui ciò va nel senso dell'universalismo svalutativo della relazione materna, quale fatto privato

comunque, ricade il divieto<sup>39</sup>, dunque in chiave antipaternalista<sup>40</sup>. Che sia negli interessi dei bambini<sup>41</sup> e delle donne<sup>42</sup> come *genus* è tuttavia complesso da motivare<sup>43</sup>, residuando la sola posizione di chi non potrebbe (ma vorrebbe) realizzare un progetto procreativo, dunque della coppia committente, che però si stenta a configurare come vero e proprio «diritto», dunque nei termini di pretesa azionabile a realizzare un progetto di genitorialità<sup>44</sup>.

Lo stesso richiamo ai principi costituzionali può risultare orientato dal posizionamento che si assume nel ragionare di maternità surrogata. Così, il principio personalista e la pari dignità sociale, richiamati a sostegno del divieto di maternità surrogata posto che ridurrebbero la donna e il suo corpo quale oggetto di un contratto da cui nasce un bambino (Olivito, 2017, 23), potrebbero essere altresì evocati a fondamento di una pratica in grado di realizzare il desiderio (diritto?) di divenire genitori in condizioni di pari dignità sociale<sup>45</sup>.

Parimenti, anche il canone dell'ordine pubblico può essere interpretato sia come argomento che vede la reazione difensiva dell'ordinamento interno nel vietare una pratica ritenuta lesiva dei principi fondamentali (Angelini, 2017, 37), sia quale elemento da rileggere nei termini di valorizzazione della continuità degli status, ammettendo, dunque, non la liceità della pratica, ma la possibilità di considerarne gli effetti giuridici<sup>46</sup>.

---

biografico della sola donna per la sola gravidanza di cui si discute, non come elemento universale in quanto riguarda tutti e tutte.

<sup>39</sup> V. lo scritto di Laura Ronchetti, in questo volume; Brunelli, 2017, 82.

<sup>40</sup> V. Marco Gattuso, in questo volume.

<sup>41</sup> Niccolai, 2017, 216 ss. Si stenta a individuare un fascio di diritti e libertà in chi ancora non sia persona e permane il dubbio circa la configurabilità di un suo interesse (assolutizzato) a crescere con chi ha violato la legge per realizzare un progetto procreativo o a mantenere un legame familiare con chi ha voluto la nascita, in assenza di partecipazione alla crescita della madre.

<sup>42</sup> Pozzolo, 2016, 95; Niccolai, 2017, 219.

<sup>43</sup> Un chiarimento è giunto dalla Corte costituzionale con la pronuncia 272/2017 in cui, con un *obiter dictum*, si è fatto riferimento alla maternità surrogata come pratica che «in modo intollerabile» offende «la dignità della donna». Sul punto, v. almeno, Angelini, 2018; Schillaci, 2018.

<sup>44</sup> Marco Gattuso, in questo volume.

<sup>45</sup> Sulla costruzione della genitorialità come diritto è in questa sede soltanto possibile rinviare alla copiosa dottrina che si è occupata del tema.

<sup>46</sup> Questo è l'esito cui è pervenuta la giurisprudenza, di merito e di legittimità che persino ha trattato indistintamente le modalità del concepimento, se a seguito del ricorso alla maternità surrogata o se mediante fecondazione eterologa. Occorre comunque tenere conto di come avanzare la richiesta di riconoscimento di legami giuridici nati a seguito di maternità surrogata non equivale a riconoscerne pienamente gli effetti giuridici, né a riconoscerne una legittimità nell'ordinamento interno. Restano ferme le criticità sul dispotismo del fatto, su cui, v. Olivito, 2017, 22.

In chiave di dialogo, occorre pure considerare come anche l'interesse del bambino, ovvero il criterio dei *best interests*<sup>47</sup>, possa essere invocato in una pluralità di prospettive; alla posizione che lo richiama per ammettere la produzione di effetti di una pratica, vietata in Italia ma comunque realizzabile all'estero, in nome della garanzia della continuità dello status messa a repentaglio all'ingresso nei confini nazionali<sup>48</sup>, si affianca l'ulteriore considerazione che lo invoca per vietare il riconoscimento dello status del bambino nato a seguito di maternità surrogata, in nome non (soltanto) dell'interesse *del bambino* – rispetto a cui comunque, sono stati sollevati interrogativi<sup>49</sup> – ma *dei bambini* astrattamente interessati dunque come *best interests of the children*<sup>50</sup>. Tuttavia, appare complesso risolvere il carattere intrinsecamente contraddittorio dell'uso del canone dei *best interests*, per propria natura strettamente agganciato alla *concreta* vicenda, di una persona *concreta*, sussumendolo come non riferito al bambino che di *quella* vicenda è in posizione focale, ma ai bambini intesi come «categoria» astratta e generale.

#### 4. Spunti conclusivi

Senza che sia possibile addivenire a una soluzione soddisfacente, così come permangono dubbi circa la legittimità di questa pratica, si confermano anche quelli sulla legittimità di un divieto, non tanto per l'oggettiva impossibilità di garantirne la tenuta<sup>51</sup> o per il

---

<sup>47</sup> Fa riferimento a una «formula magica», Lamarque, 2016, 100; a una «clausola taumaturgica», Lenti, 2016, 86 ss.; a un «feticcio per escludere ogni valutazione della conformità ai principi fundamentalissimi in materia», Long, 2017, 145.

<sup>48</sup> Ciò è da considerare l'effetto di una ambigua (ma inesorabile) gerarchizzazione fra diritti, in cui comunque prevale nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco (Brunelli, 2017, 87, che palesa il rischio di una tirannia di questo profilo rispetto alle altre situazioni costituzionalmente tutelate), anche nella rimozione della madre biologica (Pezzini, 2017a, 116).

<sup>49</sup> Tripodina, 2017, si interroga sul diritto di conoscere la propria origine; si domanda se sia interesse del bambino crescere con chi per averlo ha violato la legge, Anrò, 2017, 72. Secondo la Corte cost. 272/2017, la tutela del migliore interesse del bambino in presenza di maternità surrogata va bilanciata con l'esigenza di assicurare la prevalenza di un «interesse alla verità» di «natura pubblica», relativamente alle effettive origini biologiche del nato.

<sup>50</sup> Si tratta delle argomentazioni che avevano condotto all'esito del noto caso di Serena Cruz. Chiaro appare come serva verificare se si intende considerare la vicenda concreta, o l'ipotesi astratta e, dunque, se si tratti di considerazioni «a valle» o «a monte» della nascita del bambino.

<sup>51</sup> Brunelli, 2017, 81-82, rileva come quando una pratica è penalmente vietata ma il divieto non è in grado di arrestarla si verifica uno screditamento dello strumento penale, ridotto al simbolismo trasmesso dal divieto astratto senza che ne sia in alcun modo garantita la sua efficacia, con il rischio contrario del proliferare di un mercato clandestino e che trasmette anche una sorta di uso pedagogico del diritto penale. Picaro, 2018, 99, 160, in specie rispetto all'ordinanza di rinvio della Corte d'Appello di Milano che ha

nichilismo che questa pratica integrerebbe<sup>52</sup> o ancora in quanto trasmetterebbe una sorta di essenzialismo o determinismo biologico<sup>53</sup>. A risultare particolarmente problematico è piuttosto il carattere paternalistico e patriarcale che propala dal divieto; operando come dispositivo concettuale di un ordinamento che «gestisce», che «tratta» i corpi, in specie femminili, rischia inesorabilmente di mettere in discussione l'autodeterminazione e l'autonomia delle donne nelle proprie scelte<sup>54</sup> e palesa una costruzione inferiorizzante della capacità femminile, qualificando la donna come un «soggetto debole» (Pezzini, 2017a, 95). Non tutti infatti sono i corpi «trattati», poiché il divieto ricade sul *solo* corpo femminile, aprendo un alone ambiguo sull'intera riflessione, posto che sembrano riemergere argomenti che, nei decenni precedenti, avevano consentito la gestione dei corpi delle donne da una dimensione «altra», di supposta alterità (e dunque superiorità) del *soggetto* (maschio) decisore sulle identità e sui corpi (femminili) *oggetto* dell'altrui decisione. Proprio in quanto riproduce quel rapporto conflittuale fra donne e diritto (Ronchetti, 2007, 151), questa lettura appare senz'altro da problematizzare nella misura in cui ammetterebbe l'ingresso di valutazioni esterne e assolutizzate nelle scelte delle donne sul proprio corpo. Che sia il corpo femminile l'unico in grado di procreare appare ovvietà che non abbisogna di alcuna precisazione, ma la torsione che tale aspetto

---

condotto a Corte cost. 272/2017, faceva riferimento all'inquietudine del giudice per un divieto, la cui fragilità è direttamente proporzionale al peso crescente della sua impunita elusione. *Contra*, Niccolai, 2017, 229; l'autrice ritiene invece che mantenere il divieto di surrogazione nell'ambito del diritto penale significherebbe respingere la possibilità di concepire un mercato della persona umana, in quanto «beni» indisponibili dell'umanità. Iannello, 2018, 163, fa riferimento a un legislatore «scavalcato» dal binomio tecnica e mercato, senza riuscire a trovare una risposta alle opposte richieste. Peraltro, è una argomentazione da considerare per la china su cui pone, l'idea per cui il mancato rispetto dovrebbe o potrebbe condurre al suo superamento per via legislativa.

<sup>52</sup> Olivito, 2017, 24, ritiene che la maternità surrogata possa integrare una forma di nichilismo giuridico in cui il diritto si conforma – né potrebbe non farlo – quale strumento a servizio della *téchne* della riproduzione.

<sup>53</sup> Così, Brunelli, 2017, 82. Secondo Pezzini, 2017b, 207, l'essenzializzazione ingabbia la donna in una connotazione assolutizzante e totalizzante che la àncora inesorabilmente alla dimensione della gravidanza quasi potesse definirla interamente ed esaustivamente. Secondo Olivito, 2017, 25, questa posizione è da respingere poiché non si tratta affatto di relegare la genitorialità nelle strettoie dei legami biologici o di imbrigliare la donna in una maternità intesa come destino, quanto piuttosto del preservare il «come si viene al mondo», rimarcando il rilievo costituzionale dell'*essere nato di donna*, nel primario interesse del nascituro, quindi nei termini di preclusione alla contrattualizzazione del nascere tramite una gravidanza commissionata da altri. Sul punto, v. anche Pezzini, 2019.

<sup>54</sup> V. Laura Ronchetti, in questo volume; secondo Pezzini, 2017a, 94, negare *in nuce* la libertà della donna di autodeterminarsi nell'adesione a un progetto genitoriale altrui significa disconoscere a priori l'autonomia e la responsabilità della donna. D'Antuono, 2018, 62, ribadisce la centralità della riflessione nella prospettiva del conquistato controllo sui corpi la quale, in ogni suo tentativo di indebolimento, manifesta una regressione di civiltà che deve allertare etica e diritto.

manifesta nella rivendicazione di un «potere»<sup>55</sup> o nel rischio di subire una strumentalizzazione, ipotetica o reale<sup>56</sup>, appare questione di cui tenere conto nel parlare di maternità surrogata<sup>57</sup>. Infatti, proprio in nome della dignità delle donne – non delle sole donne protagoniste della vicenda nelle diverse vesti che possono assumere (committente, donatrice, gestante), ma del genere femminile in astratto – viene vietata<sup>58</sup> e riconosciuta come disvalore poiché contraria alla dignità delle donne<sup>59</sup>. La pratica stessa della maternità surrogata sottenderebbe, infatti, una visione svalutativa del femminile e della sua capacità generativa come qualcosa di «dato» di cui si può disporre, lasciando emergere il suo portato disciplinante, in quanto proiettata a conformare l'idea di una donna «ubbidiente» nel procreare per conto terzi (e terze), e ammettendo che anche l'esperienza della gravidanza possa essere oggetto di uno scambio, di un accordo, commerciale o meno (Niccolai, 2017).

Come queste argomentazioni siano interrogate dalle obiezioni di essenzialismo o biologismo rappresenta un punto non eludibile del dibattito. Infatti, si ritiene che l'ammettere pratiche di maternità surrogata significherebbe mettere in discussione il valore del «come si viene al mondo», dunque il rilievo costituzionale dell'essere «nato di donna» non nei termini del determinismo biologico, ma piuttosto della preclusione alla contrattualizzazione del nascere per commissione (Olivito, 2017, 24). Così, la stessa lettura universalista viene combinata con la maternità, perché se non *tutti* possono realizzare una gravidanza, *tutti e tutte* siamo però così stati generati (Niccolai, 2017, 224), senza che l'universalità debba necessariamente significare la progressiva sostituzione della maternità con la genitorialità (o con la bi-genitorialità), come pure è stato ammesso,

---

<sup>55</sup> Niccolai, 2017, specifica come la maternità surrogata prefiguri due dimensioni del femminile riflesse nei costrutti patriarcali, ossia la donna come volta alla riproduzione, o come «santa» poiché votata a donare la genitorialità a un'altra coppia.

<sup>56</sup> Si pensi alle posizioni che indicano nella maternità surrogata una nuova forma di schiavitù delle donne e mercificazione del corpo femminile; v. ad esempio, la voce di Sylviane Agacinski, filosofa femminista riportata in *Agacinski, femminista e socialista francese, contro l'utero in affitto: "Le madri surrogate sono le schiave moderne"* (reperibile online al link: [www.tempi.it](http://www.tempi.it)), 1.3.2014.

<sup>57</sup> Pezzini, 2017a, propone una analisi di genere nella gravidanza per altri.

<sup>58</sup> S. Niccolai, *Per la signoria e la libertà delle donne nella procreazione*, intervento al convegno *Maternità al bivio: dalla libera scelta alla surrogata. Una sfida mondiale*, Roma, 23.2.2017, Montecitorio, p. 1, richiamata da Angelini, 2017, 34; Niccolai fa riferimento alla surrogazione come regolazione eteronoma della gravidanza, contrario alla libertà femminile e contrario alla libertà di tutti, dunque come disvalore.

<sup>59</sup> Corte cost. 272/2017.

degradando la maternità a «mero fatto», ad «accidente»<sup>60</sup> di un percorso verso la realizzazione del progetto genitoriale.

Per queste ragioni appare centrale riportare al centro della riflessione sulla maternità surrogata, la donna, il suo corpo e la relazione che la gravidanza crea, richiamandone il carattere di esperienza relazionale complessa non riducibile al solo processo biologico<sup>61</sup>, ma segnata nel profondo da una condivisione corporea per cui non si può parlare della madre come di *qualcosa*<sup>62</sup> o di *qualcuno* distinto dall’embrione che in lei si sviluppa e inizia a esistere come persona solo dopo la nascita (Pezzini, 2017a, 191; Pezzini, 2019). Proprio a partire dal carattere relazionale della maternità, appare così necessario rivendicare la distinzione fra questa e le altre forme di procreazione assistita<sup>63</sup>, dipanando uno degli elementi di maggiore ambiguità sul tema<sup>64</sup>: la sua specificità non rende possibile inquadrarla come semplice tecnica medica, come *cura* alla sterilità, e coinvolge – elemento non secondario – una pluralità di soggetti tra i quali occorre definire i rapporti *prima, durante e dopo* la gravidanza (Brunelli, 2017, 85).

Sotto questo profilo, appare dirimente respingere l’idea che la gravidanza possa divenire uno strumento, un mezzo, per dare forma alla filiazione, dunque un periodo di tempo che, successivamente alla nascita, è da cancellare e azzerare, appunto quale «mero accidente», che con la nascita esaurisce il proprio compito, configurando il parto non come momento di avvio di una relazione ma, paradossalmente, di una sua rottura. Piuttosto, la gravidanza andrebbe intesa quale passaggio attraverso cui si strutturano una alleanza fra i generi e forme stabili, feconde, dialogiche, di interdipendenza<sup>65</sup>.

Così, se non la si osservi dalle polarità che istintivamente evoca, la maternità surrogata *deve* poter consentire una riflessione in grado di non banalizzare il rischio di neutralizzare le posizioni giuridiche e i ruoli coinvolti nella riproduzione, dunque il rischio di neutralizzare la differenza sessuale, aprendo a una visione neutra e indistinta dei generi

---

<sup>60</sup> V. App. Milano, 28.10.2016, che indica semplicemente quale stato di fatto la contemporanea nascita del bambino con altro bambino nato dalla stessa madre.

<sup>61</sup> D’Antuono, 2018, 54, ritiene che la maternità surrogata andrebbe inserita in un quadro giuridico proprio a partire dalla considerazione del ruolo delle relazioni.

<sup>62</sup> Si pensi ai riferimenti alla *carrier*, dunque alla portatrice, che trasmettono l’impressione di un approccio reificante alla donna gestante.

<sup>63</sup> Long, 2017, 148, criticamente, riferisce come questa tendenza non emerga dalla giurisprudenza, piuttosto appiattita nell’equiparare la maternità surrogata ad altre pratiche di procreazione assistita, come la fecondazione eterologa.

<sup>64</sup> Ambiguità reiterata dalla giurisprudenza che dichiara l’indifferenza per come è avvenuta la nascita.

<sup>65</sup> V. Laura Ronchetti, in questo volume.



(Pezzini, 2017a, 101). A confermare la presenza di simile rischio vi è il sempre più frequente uso del termine «genitorialità», in sostituzione di maternità e paternità; utilizzato per motivare che tutte le coppie hanno diritto di *fare* bambini, per quanto non tutte le coppie sono in grado di procreare al proprio interno<sup>66</sup>, questo aspetto evoca l'idea della genitorialità come *diritto*, rendendo pensabile che un bambino possa divenire l'oggetto di simile pretesa (Niccolai, 2017, 221-223). A doversi anche considerare nella pernicioso deriva che questa lettura rischia di innescare è il convitato di pietra della lettura antidiscriminatoria impostata sulla neutralizzazione delle differenze e in specie della differenza di genere che dunque occorre recuperare per arginare il superamento del valore della differenza (Niccolai, 2014).

In ragione del carattere universale e universalistico della maternità<sup>67</sup>, occorre dunque (provare a) ravvivare e riavviare il dibattito sulla maternità surrogata a partire dalla prospettiva di genere, unica in grado (quanto meno) di proporre la non impossibile quadratura del cerchio (Pezzini, 2017a, 118; Pezzini, 2019), tenendo conto sia dei profili critici sulla commercializzazione del corpo femminile, sia dell'autodeterminazione femminile nelle scelte che riguardano il proprio corpo, principio sul quale non si può arretrare per la china pericolosa in cui porrebbe questo e altri temi.

## Bibliografia

Angelini Francesca, “Bilanciare insieme 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, pp. 149-177.

Angelini Francesca, “Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.),

---

<sup>66</sup> Perché, ad esempio, dello stesso sesso e dunque impossibilitate alla procreazione per vie naturali, mediante un rapporto sessuale, ma anche in ragione di condizioni fisiche che generano sterilità o per un'età avanzata.

<sup>67</sup> Nel senso sopra precisato, quale esperienza relazione che riguarda, per forza di cose tutte e tutti.

*Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 31-53.

Anrò Ilaria, “Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di ‘abuso’ e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti Europee”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 55-75.

Brunelli Giuditta, “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 77-90.

Chieffi Lorenzo, “Nuove frontiere della medicina della riproduzione nel confronto tra alcune esperienze giuridiche. Ritardi e inadeguatezza della legislazione italiana”, in Id. (cur.), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano-Udine, 2018, pp. 9-35.

D’Antuono Emilia, “Portare al mondo, venire al mondo. La gestazione per altri tra interpretazione e conflitti”, in Chieffi Lorenzo (cur.), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano-Udine, 2018, pp. 49-66.

Iannello Carlo, “La maternità surrogata e il ruolo della legge: dal divieto generalizzato a un bilanciamento più mite?”, in Chieffi Lorenzo (cur.), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano-Udine, 2018, pp. 163-193.

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

Lenti Leonardo, “Note critiche in tema di interesse del minore”, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2016, pp. 86-111.

Long Joelle, “Di madre non ce n’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità” in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 145-159.

Lorenzetti Anna, “Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare”, in Azzalini Marco (cur.), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Aracne, Roma, 2015, pp. 103-129.

Maggi Lidia, “La grammatica della generatività”, in *Riforma*, 26.9.2016.

Niccolai Silvia, “Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio”, in *Dir. soc.*, 2014, pp. 313-353.

Niccolai Silvia, “Diamo alla maternità quel che le spetta” in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 191-234.

Olivito Elisa, “Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 3-28.

Pateman Carol, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti & Vitali, Bergamo, 2015.

Pezzini Barbara, “Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell’analisi di genere”, in *Rivista di Biodiritto*, in corso di pubblicazione.

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio nel nome della madre’ nella gravidanza per altri”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017a, pp. 91-118.

Pezzini Barbara, “Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017b, pp. 183-245.

Picaro Raffaele, “Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, co. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, in un contesto globale non armonizzato”, in Chieffi Lorenzo (cur.), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano-Udine, 2018, pp. 99-162.

Pozzolo Susanna, “Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista”, in *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016, pp. 93-110.

Rizzuti Marco, “Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale”, in *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2015, pp. 89-108.

Ronchetti Laura, “Donne, corpo e diritto”, in Gigante Marina (cur.), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 141-169.

Rosani Domenico, “L’equilibrio dell’ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 173-189.

Shavel Carmel, *Nascere per contratto*, Giuffré, Milano, 1992.

Schillaci Angelo, “Oltre la ‘rigida alternativa’ tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale”, in *Giur. cost.*, 2018, n. 1, pp. 384-393.

Tripodina Chiara, “C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di ‘ordine pubblico internazionale’ come varco per la realizzazione dell’‘incoercibile diritto’ di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)”, in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 119-141.

# IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI AL DIBATTITO SULLA GESTAZIONE PER ALTRI\*

Ludovica Poli

## Abstract

The case-law of the European Court of human rights puts some interesting insights into the debate on gestational surrogacy. In particular, it allows some considerations in a *de jure condendo* perspective and, more generally, insisting on the need to protect the children born through surrogacy, it pushes towards some kind of permissive regulation of this practice.

## Keywords

Gestational surrogacy; reproductive freedom; margin of appreciation; right to origins.

## 1. Introduzione

La gestazione per altri (GPA) rappresenta una tecnica di riproduzione assistita piuttosto controversa sotto il profilo giuridico. Non solo essa determina il «sovertimento della verità del parto» (Margaria, 2018, 198), dal momento che la gestante non è destinata ad essere né madre sociale, né madre giuridica del nato, ma contribuisce anche a frammentare la nozione di paternità<sup>1</sup>, e apre a forme di famiglia diverse dalla bigenitorialità eterosessuale, che in molti ordinamenti costituisce ancora un rigido paradigma.

Inoltre, stante la tendenza di molte coppie di recarsi all'estero per praticare la GPA e la diversa regolamentazione che essa riceve negli ordinamenti nazionali, essa tende a produrre legami famigliari che sono ricostruiti in modo molto diverso alla luce delle varie normative nazionali<sup>2</sup>. Le conseguenze giuridiche possono essere significative per

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> È in effetti possibile distinguere tra il padre genetico (ovvero chi ha donato il seme), il padre legale (l'eventuale coniuge della gestante), il padre d'intenzione o sociale, che si prenderà cura del bambino (Margaria, 2018, 199).

<sup>2</sup> Tale contrasto di fatto «hides a myriad of different State approaches which may vary even further depending upon the particular factual matrix of the case being considered»: Permanent Bureau della

tutte le parti coinvolte: in gioco, infatti, vi sono il riconoscimento della nazionalità del nato da GPA, come l'attribuzione della responsabilità genitoriale o l'identificazione di chi detiene obblighi di mantenimento nei confronti del bambino. Non a caso, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato sta valutando la predisposizione di uno strumento normativo che consideri nel dettaglio le problematiche sollevate in materia di filiazione dalle tecniche di fecondazione assistita, inclusa la pratica di cui si dice. Tuttavia, la definizione dei contenuti di un possibile strumento di diritto internazionale privato appare ancora molto lontana, non essendoci al momento, tra i membri del gruppo di esperti istituito dal *Council on General Affairs and Policy*, unanimità di vedute neppure sull'opportunità o meno di individuare un insieme di norme specificatamente dedicato ai casi di GPA<sup>3</sup>.

Ancora prima del piano giuridico, poi, la GPA pone molte questioni problematiche da un punto di vista etico, mettendo in discussione il significato della gestazione e della maternità ed aggiungendo elementi di tipo contrattuale a fatti (il concepimento e la nascita di un bambino) che sono stretta espressione della natura umana. Questo – è bene sottolinearlo – è un elemento diverso ed aggiuntivo rispetto alla questione, sottesa a qualunque forma di riproduzione assistita, della trasformazione di un processo determinato dalle leggi della natura in qualcosa che richiede l'intervento dell'uomo. Non a caso, una delle maggiori critiche mosse sul piano della bioetica alle procedure di fecondazione assistita si basa proprio su questo aspetto: «the artificiality is said to undermine the dignity of human life by moving away from traditional givenness of life to its commodification» (Evans, 1996, 5). La dimensione contrattuale, implicata dagli accordi di *surrogacy*, sembra aggiungere un elemento di complessità a questo quadro, imponendo di considerare la filiazione «as a matter of contract rather than status», laddove, tradizionalmente «the regulation of reproduction and familial relations bears the imprints of nation-building and social policies and as such is not simply a matter subject to individual negotiation» (Ergas, 2013, 120-121).

---

Conferenza dell'Aja, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 3C, marzo 2014, par. 148. Per un inquadramento della questione: Campiglio, 2009, pp. 589-604.

<sup>3</sup> Si veda il Report adottato a febbraio 2018, reperibile online al link <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, ultimo accesso 9 novembre 2018. Per un commento, McLeod e Botterell, 2014, pp. 219-235.

Il presente scritto, inserendosi nel solco tracciato dai contributi di Rochetti, Penasa e Palmeri, intende cogliere alcuni profili emersi dalle loro riflessioni e valutare il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nel dibattito relativo alla GPA, non solo in una prospettiva di genere, ma in termini più generali, dal punto di vista dell'etica della riproduzione e di una tutela effettiva dei diritti umani.

## 2. Autodeterminazione riproduttiva della donna tra tutela dei diritti umani, questioni di genere ed etica della riproduzione

Come emerge dal contributo di Laura Ronchetti, una questione centrale nel dibattito relativo alla GPA riguarda la posizione della gestante e la qualificazione del suo contributo ad un progetto genitoriale altrui come genuina espressione della sua libertà riproduttiva o, piuttosto, come scelta indotta dal bisogno economico o, ancora, da costruzioni/costrizioni culturali. La questione – pare a chi scrive – è inevitabilmente (ed inestricabilmente) legata alla natura onerosa del servizio prestato dalla *mère porteuse*. Su questo profilo si scontrano, com'è noto, visioni molto diverse. La stessa letteratura femminista è divisa tra chi ritiene che, sottoscrivendo un contratto di *surrogacy*, la donna ceda il controllo del proprio corpo (Damelio e Sorensen, 2008; Corea, 1985) e chi invece considera che la gestazione per altri possa e debba correttamente intendersi come una manifestazione del diritto al lavoro della donna e che, quindi, ogni tentativo di limitare la disponibilità di prestare servizio come gestante rappresenti un intervento «paternalistico» volto a limitare l'indipendenza economica femminile (Munyon, 2003, 717 ss.; Rimm, 2008-2009, 1452). Una prospettiva di genere, dunque, non contribuisce di per sé a chiarire la questione in termini definitivi.

Dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, sebbene si possa sostenere che la pratica di cui si dice consente di dare piena realizzazione, non solo alle aspirazioni genitoriali degli *intended parents*, ma anche al diritto all'autodeterminazione della donna, in molti considerano la maternità surrogata come uno strumento che si fonda su un'ineguaglianza di fondo tra le parti contraenti e che consolida le disparità (Rimm, 2008-2009, 1445; Brugger, 2011-2012, 671; Bromfield e Smith Rotabi, 2014, 128;



Allan, 2014)<sup>4</sup>. La dimensione internazionale che essa assume, poi, non può che amplificare queste inuguaglianze: secondo alcuni, infatti, a rendere possibile il turismo riproduttivo sarebbero, di fatto, «the underlying global inequalities between geographic regions and their residents and local inequalities among residents based on gender, class, race, and ethnic hierarchies» (Ikemoto, 2009, 277).

Sotto il profilo dell'etica della riproduzione, poi, se qualcuno sostiene che l'ammissibilità della GPA a titolo oneroso vada valutata alla luce dell'equità del compenso corrisposto alla gestante (Wilkinson, 2016), non manca chi ritiene che la dimensione dello sfruttamento della gestazione per altri risieda comunque «in the twin wrongs of commodifying that which should not be commodified and of exploiting another human being» (Dickenson, 2017, 131-665). Sarebbe dunque la mercificazione della riproduzione - ovvero l'assegnazione di un valore monetario e la subordinazione alle logiche del mercato di un'esperienza così intima e inestimabile come la gestazione - a renderla inaccettabile dal punto di vista etico (Voigt e Laing, 2010, 253). Seppur con l'astensione di illustri nomi<sup>5</sup>, il Comitato nazionale di bioetica ha condannato la GPA quale «ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive», ritenendo in particolare che la gestazione per altri a titolo oneroso sia «un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»<sup>6</sup>.

La questione, dunque, è particolarmente dibattuta.

La Corte europea non si è mai occupata direttamente di autodeterminazione riproduttiva della donna in materia di GPA, ma il tema trova eco nella giurisprudenza relativa alla sterilizzazione forzata, da una parte, ed all'interruzione volontaria di gravidanza, dall'altra. Se - occorre precisare - in nessuno dei due ambiti tematici, è riscontrabile un'analisi approfondita di questa dimensione (che peraltro ha una piena specificazione in altri trattati)<sup>7</sup>, è possibile comunque individuare qualche elemento di riflessione.

---

<sup>4</sup> Sull'impatto del turismo riproduttivo su questioni di genere, vedi anche Donchin, 2010, 323-332.

<sup>5</sup> Si tratta di C. Flamigni, C. Caporale, D. Neri e G. Zuffa.

<sup>6</sup> Comitato nazionale di bioetica, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, mozione del 18 marzo 2016, reperibile online al link [http://bioetica.governo.it/media/170978/m17\\_2016\\_surroga\\_materna\\_it.pdf](http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf), ultimo accesso 9 novembre 2018.

<sup>7</sup> Si tratta, in particolare, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, il cui art. 16.1(e) garantisce alle donne il diritto di determinare liberamente il numero dei figli e la distanza tra gli stessi. Tale diritto è altresì garantito a vantaggio delle persone disabili dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, all'art. 23.1.b.

Per quanto riguarda i casi relativi alla sterilizzazione forzata (per lo più sollevati contro la Slovacchia da donne appartenenti alla minoranza rom)<sup>8</sup>, la Corte ha pacificamente riconosciuto che – in assenza di consenso da parte dell’interessata – la sterilizzazione rappresenta un’interferenza nel godimento dei diritti garantiti dall’art. 8 CEDU, poiché essa non solo incide sulla salute riproduttiva della donna, ma può avere diverse ripercussioni sulla sua vita privata e familiare<sup>9</sup>. Inoltre, per la Corte, tale pratica rappresenta altresì una violazione dell’art. 3 CEDU costituendo «a major interference with a person’s reproductive health status»<sup>10</sup> ed incidendo «on manifold aspects of the individual’s personal integrity including his or her physical and mental well-being and emotional, spiritual and family life»<sup>11</sup>. Pur non riferendosi esplicitamente all’autonomia riproduttiva della donna, la Corte significativamente sottolinea che la sterilizzazione «concerns one of the essential bodily functions of human beings»<sup>12</sup>.

Quanto poi all’interruzione di gravidanza, anche senza riconoscere un vero e proprio diritto all’aborto, entrambi gli organi di Strasburgo hanno espresso la necessità di dare precedenza alla tutela dei diritti ed interessi della madre (in particolare, quando la sua vita o salute siano in pericolo) rispetto alla tutela del diritto alla vita del feto, nonché dell’interesse del padre alla nascita del figlio.

In particolare, pur non escludendo che il nascituro possa considerarsi titolare dei diritti garantiti dall’art. 2 CEDU<sup>13</sup>, la Commissione prima e la Corte poi hanno stabilito che «the “life” of the foetus is intimately connected with, and it cannot be regarded in

---

<sup>8</sup> Corte europea dei diritti umani, *K.H. a altri c. Slovacchia*, ricorso n. 32881/04, sentenza del 28 aprile 2009; *V.C. c. Slovacchia*, ricorso n. 18968/07, sentenza del 8 novembre 2011; *N.B. c. Slovacchia*, ricorso n. 29518/10, sentenza del 12 giugno 2012; *I.G., M.K. e R.H. c. Slovacchia*, ricorso n. 15966/04, sentenza del 13 novembre 2012.

<sup>9</sup> *V.C. c. Slovacchia*, par. 143.

<sup>10</sup> *Ivi*, par. 106.

<sup>11</sup> *Ivi*, par. 106.

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 106.

<sup>13</sup> Corte europea dei diritti umani, *Boso c. Italia*, ricorso n. 50490/99, decisione del 5 settembre 2002, par.1.

isolation of, the life of the pregnant woman»<sup>14</sup>, e che «if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests»<sup>15</sup>.

La dimensione dell’autodeterminazione riproduttiva della donna emerge con un poco più di evidenza in un caso in cui la Corte è stata chiamata ad esprimersi sulle doglianze sollevate dal compagno di una donna che, per ragioni di salute, aveva interrotto una gravidanza senza la sua approvazione. Anche se la Corte non si concentra esplicitamente sulla dimensione del diritto al controllo del corpo della donna, nel far prevalere le scelte di questa sulle (pur legittime) aspirazioni di paternità dell’uomo, evidenzia come sia proprio la donna «the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination»<sup>16</sup>.

Nonostante le premesse da cui muove la Corte in materia di aborto paiano più che mai corrette, è tuttavia da segnalare come le conclusioni a cui giunge non siano del tutto soddisfacenti. La Corte infatti decide in modo molto diverso a seconda che sia chiamata ad esprimersi sul divieto di aborto in sé, quale possibile violazione della CEDU, oppure sugli ostacoli (posti, in particolare, dal diffuso ostruzionismo da parte del personale sanitario) al ricorso all’interruzione di gravidanza, quando questa sia consentita dall’ordinamento interno. Solo in quest’ultimo ordine di casi (*Tysiqc c. Polonia*<sup>17</sup>, *R.R. c. Polonia*<sup>18</sup> e *P. & S. c. Polonia*<sup>19</sup> e con riferimento alla terza ricorrente nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*<sup>20</sup>), la Corte ha ravvisato una violazione del diritto al rispetto della vita privata. Nell’unico caso in cui la Corte si sia espressa sul divieto di aborto in sé – *A., B.*

---

<sup>14</sup> Commissione europea dei diritti umani, *W.P. c. Regno Unito*, ricorso n. 8416/78, decisione del 13 maggio 1980, par. 19. Per la Commissione: «if Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the “unborn life” of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman», *ibidem*.

<sup>15</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Vo c. Francia*, ricorso n. 53924/00, sentenza del 8 luglio 2004, par. 80.

<sup>16</sup> *Boso c. Italia*, cit., par. 2. La decisione è peraltro in linea con la giurisprudenza precedente: Commissione europea dei diritti umani, *W.P. c. Regno Unito*, cit., par. 27; *H. c. Norvegia*, ricorso n. 17004/90, decisione del 19 maggio 1992, par. 4.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tysiqc c. Polonia*, ricorso n. 5410/03, sentenza del 20 marzo 2007. Si veda Viviani, 2008, 406 ss..

<sup>18</sup> Corte europea dei diritti umani, *R.R. c. Polonia*, ricorso n. 27617/04, sentenza del 26 maggio 2001, su cui Osti, 2011, 963 ss..

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti umani, *P & S c. Polonia*, ricorso n. 57375/08, sentenza del 30 ottobre 2012. Per un commento: Crivelli, 2013, 252 ss..

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *A., B. e C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010. La donna era stata costretta a recarsi nel Regno Unito per procedere ad aborto poiché la prosecuzione della gravidanza non le avrebbe consentito la somministrazione di farmaci chemioterapici di cui necessitava.

e *C. c. Irlanda*, con riferimento alle prime due ricorrenti<sup>21</sup> – essa ha invece escluso la violazione dell’art. 8 CEDU. Sulla incredibile deferenza che la Corte manifesta rispetto al sistema valoriale irlandese ci si è già soffermati altrove (Poli, 2017, 189 ss.): è dunque sufficiente in questa sede ricordare che per la Corte resta nella discrezionalità dello Stato decidere a quali condizioni consentire l’interruzione di gravidanza, godendo le autorità statali di un ampio margine di apprezzamento in materia<sup>22</sup>.

Sulla base dell’analisi proposta, appare del tutto improbabile che la Corte possa contribuire al dibattito sul significato della GPA come strumento per realizzare la piena autonomia riproduttiva delle madri gestanti. Non solo perché – a parte qualche sporadico riferimento (sempre indiretto) al corpo femminile, operato attraverso il richiamo dell’importanza della riproduzione come funzione organica dell’essere umano – manca, nella giurisprudenza citata, un approfondimento di questa dimensione, ma anche e soprattutto perché è presumibile che, in una questione tanto controversa, la Corte possa agilmente trovare nel margine di apprezzamento uno strumento per non prendere posizione.

Questa considerazione non deve però far pensare che l’intervento giurisprudenziale della Corte non abbia alcuna rilevanza in materia di GPA. Il ruolo della Corte risulta invece centrale, non solo perché le sue decisioni hanno conseguenze pratiche evidenti rispetto alle scelte di natura etica che i singoli ordinamenti compiono in materia di gestazione per altri, ma anche perché sembra possibile trarre qualche indicazione dalla giurisprudenza EDU in una prospettiva *de iure condendo*.

### 3. Un margine di apprezzamento (solo apparentemente) ampio

In linea con le riflessioni compiute da Simone Penasa sul significato del ricorso al giudice come canale normativo alternativo al legislatore, occorre evidenziare che le decisioni adottate dalla Corte europea in materia di maternità surrogata, pur

---

<sup>21</sup> Le donne si erano recate nel Regno Unito per procedere ad interruzione di gravidanza, non potendo accedere a tale pratica in Irlanda, dal momento che la prosecuzione della gestazione non rappresentava un rischio per la loro vita.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema, tra gli altri: Cosentino, 2015, 569-589; Malovic, 2015, 505-511.

riconoscendo la più ampia discrezionalità alle autorità nazionali rispetto all'ammissibilità o meno della pratica di cui si dice, hanno effetti importanti sugli ordinamenti interni spingendo - di fatto - verso un'apertura rispetto a questa pratica.

Nei casi in cui ha avuto modo di confrontarsi con pratiche di *surrogacy*, la Corte non ha mai considerato la pratica in sé, evitando così di interrogarsi direttamente sulla sua compatibilità con i diritti umani fondamentali e lasciando alle autorità nazionali il compito di dipanare il groviglio etico e giuridico generato dall'intreccio di desideri individuali, esigenze pubbliche e sentimenti morali che ruotano intorno alla GPA. La Corte si è limitata così a valutare l'impatto delle scelte legislative restrittive operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica. Appaiono di particolare interesse le decisioni relative al rifiuto di trascrizione in Francia di atti di nascita di bambini concepiti e nati negli Stati Uniti<sup>23</sup> e le due sentenze, di Camera e Grande Camera, sull'allontanamento dalla coppia di genitori intenzionali di un bambino nato in Russia con *surrogacy* doppiamente eterologa (in cui cioè entrambi i gameti provenivano da donatori)<sup>24</sup>. Dalla lettura di queste decisioni emerge come la Corte operi una distinzione molto netta tra la posizione dei genitori e quella dei figli, la cui esistenza dipende dalla scelta dei primi di aggirare i divieti nazionali in materia di GPA. Così, se la decisione – operata dai genitori – di muoversi contro i dettami normativi è oggetto di una certa riprovazione da parte dei giudici di Strasburgo, la Corte non rinuncia a tutelare in ogni caso la posizione dei minori nati da GPA.

Quanto alla posizione dei genitori, talvolta la Corte si limita a evidenziare come gli stessi abbiano autonomamente deciso di violare la normativa interna<sup>25</sup>, talaltra si sofferma a ponderare il significato di tale scelta e l'impatto che la stessa assume rispetto alle rivendicazioni dei ricorrenti. Nella decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, in particolare, per i giudici, l'interruzione del rapporto tra i coniugi ed il bambino, determinato dall'allontanamento disposto dalle autorità italiane, era la conseguenza dell'incertezza giuridica sullo status del minore determinata dagli stessi ricorrenti, che avevano agito *contra legem*<sup>26</sup>. Proprio questa incertezza avrebbe

---

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 luglio 2014; *Labassee c. Francia*, e ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 luglio 2014.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, seconda sezione, ricorso n. 25358/12, sentenza 25 gennaio 2015; Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017.

<sup>25</sup> *Menesson c. Francia*, cit., par. 99; *Labassee c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>26</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera, par. 156.

compromesso, sin dall'origine (ovvero ancor prima che emergesse la completa estraneità genetica del bambino dalla coppia) le prospettive per i coniugi Campanelli di instaurare un rapporto stabile con il bambino<sup>27</sup>.

Tuttavia, la Corte dimostra di considerare sempre e comunque l'interesse superiore del minore come principio guida fondamentale in grado di funzionare quale contro-limite all'ordine pubblico (Tonolo, 2015, 207).

In *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia*, per esempio, pur non avendo ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU ai danni dei genitori (valutando in particolare che le difficoltà pratiche derivanti dalla mancata trascrizione degli atti di nascita non potessero considerarsi insormontabili e che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti)<sup>28</sup>, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata rispetto ai figli delle due coppie. La mancata trascrizione dell'atto di nascita, infatti, era destinata a produrre uno stato di incertezza giuridica con ripercussioni negative sulla possibilità per i minori di ottenere la cittadinanza francese e di esercitare pienamente i diritti di successione<sup>29</sup>. Inoltre, considerando il legame genetico sussistente, in entrambe le coppie, tra i figli e il padre, la Corte ha ritenuto contraria all'interesse dei bambini una misura che impediva il riconoscimento giuridico di una realtà biologica<sup>30</sup>. Anche nella decisione assunta dalla Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, poi, la posizione del minore sembra aver determinato la *ratio decidendi* dei giudici di Strasburgo: come se nell'impossibilità di esprimersi direttamente sulla posizione del bambino, essi trovassero modo di tutelarne gli interessi, attraverso la posizione dei genitori d'intenzione (Poli, 2015, 7 ss.).

L'aspetto più rilevante di queste decisioni riguarda, come si è anticipato, le conseguenze pratiche che esse determinano rispetto alle scelte etico-politiche compiute in materia di GPA dagli ordinamenti interni. Pur non assumendo alcuna posizione sulla surrogazione di maternità, ed anzi a tratti prendendo le distanze dalle azioni dagli *intended parents*, la Corte (mossa dall'intenzione di tutelare la posizione dei nati da GPA) finisce per imporre agli ordinamenti interni di riconoscere effetti legali all'esito di tale pratica realizzata all'estero. Se questa dinamica è criticabile per qualcuno – si pensi alla

---

<sup>27</sup> *Ivi*, par. 211.

<sup>28</sup> *Mennesson c. Francia*, cit., par. 87-94; *Labassee c. Francia*, cit., par. 66-73.

<sup>29</sup> *Mennesson c. Francia*, cit., par. 96-98; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75-77.

<sup>30</sup> *Mennesson c. Francia*, cit. par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 79.

posizione espressa dai giudici Raimondi e Spano nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza di Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*<sup>31</sup> – occorre osservare che si tratta, in realtà, di qualcosa di inevitabile. Il progresso scientifico sostenuto dall'accettazione diffusa (se anche non unanime) dal punto di vista etico dei suoi risultati è infatti destinato a produrre posizioni giuridiche soggettive che sono fortemente meritevoli di tutela. Una regolamentazione attenta, ma non del tutto preclusiva, appare dunque l'unica via per garantire tutti i soggetti coinvolti. Anche in questa direzione, la giurisprudenza della Corte offre qualche spunto di riflessione.

#### 4. In prospettiva *de iure condendo*: il legame genetico come condizione *sine qua non* e il diritto alle origine «biografiche»

Sono in particolare due i profili che paiono suscettibili di essere approfonditi attraverso l'analisi della giurisprudenza EDU e che ben emergono dallo scritto di Giuseppa Palmeri.

Il primo riguarda la presenza di un legame genetico con almeno uno dei due genitori di intenzione come condizione essenziale al riconoscimento della legittimità della GPA. Senza dubbio la rilevanza del dato biologico emerge, *a contrario*, dalla decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, in cui la completa estraneità genetica del bambino dalla coppia di *intended parents* è stata determinante per escludere la sussistenza della violazione lamentata. Per la verità, l'argomentazione sviluppata dai giudici si basa sull'impossibilità di riconoscere un legame familiare tra il bambino ed i ricorrenti stante il breve periodo di tempo della coabitazione dei tre e non per l'assenza di un legame di consanguineità<sup>32</sup>. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza precedente, è

---

<sup>31</sup> La decisione della maggioranza non sarebbe condivisibile, per i due giudici, perché essa nega di fatto la possibilità allo Stato di non riconoscere alcun effetto alla pratica della maternità surrogata: «s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une "vie familiale", il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour»: Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, seconda sezione cit., par. 15.

<sup>32</sup> Tale legame, in effetti, per la Corte non è necessariamente imprescindibile, ben potendo sussistere, per esempio, una «vita familiare» meritevole di tutela tra l'adottato e l'adottante e finanche tra un minore e la famiglia affidataria. Deve però notarsi che si tratta, in questi casi, di situazioni previste e regolate dalla legge nazionale.

plausibile ritenere che, in presenza di un legame biologico, la Corte avrebbe deciso diversamente, ritenendo sussistente (e meritevole di tutela, quanto meno nell'interesse del minore) un legame di vita familiare.

Inoltre, è anche evidente che la Corte ha inteso prendere posizione contro la GPA doppiamente eterologa, che consente, tra l'altro, di aggirare la normativa in materia di adozione internazionale. Così, la Corte ha considerato l'allontanamento del minore dalla coppia ed il suo affidamento ai servizi sociali, quale misura necessaria in una società democratica perché rispondente al bisogno di tutelare non solo il minore nel caso di specie, ma più in generale tutti i bambini rispetto a pratiche illecite, incluso lo *human trafficking*<sup>33</sup>. Pur senza giungere alle conclusioni dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, autori di un'opinione concorrente, secondo cui proprio quel bambino era stato vittima di traffico di esseri umani<sup>34</sup>, la Corte ha chiaramente dimostrato di guardare con preoccupazione alle possibili derive del riconoscimento degli effetti di un contratto di gestazione per altri in assenza di legami genetici e di riconoscere la prevalenza dell'interesse pubblico alla tutela dei minori sull'opportunità di assecondare il desiderio dei ricorrenti, pur legittimo e condivisibile, di realizzarsi attraverso l'esperienza della genitorialità.

Un secondo aspetto riguarda un tema di cui oggi si discute non solo con riferimento alla GPA, ma anche ad altre tecniche di fecondazione medicalmente assistita che prevedano il contributo di un terzo rispetto alla coppia di genitori (fecondazione eterologa o donazione di embrioni)<sup>35</sup>. Si tratta del diritto di conoscere le proprie origini biologiche e/o biografiche e, dunque, di risalire ai dati rilevanti dei donatori di gameti (o finanche embrioni) e della madre surrogata.

Da un punto di vista medico, si può facilmente immaginare l'importanza che può avere la storia clinica dell'ascendente genetico per la salute dell'individuo nato attraverso tali tecniche, ma la rilevanza della tracciabilità delle origini è questione ben più articolata.

La Corte – che non si è mai espressa sul diritto alle origini degli individui *donor-conceived* o dei nati da GPA, ma si è occupata della questione in materia di riconoscimento di paternità e di identificazione della madre biologica in caso di parto

---

<sup>33</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera cit., par. 197 e 202.

<sup>34</sup> Opinione concorrente dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera cit., par. 6.

<sup>35</sup> Per una più ampia riflessione, sia consentito rinviare a Poli, 2016, p. 43 ss..



anonimo – ha chiarito che chi ricerca i dati relativi ai propri ascendenti genetici è portatore di un interesse essenziale a ricevere le informazioni atte a ricostruire un aspetto centrale della sua identità, da cui deriva anche la capacità di stabilire relazioni con altri, entrambe manifestazioni del diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU<sup>36</sup>. Questo legittimo interesse si estende anche alla possibilità di ricevere altre informazioni «necessary to know and to understand (...) childhood and early development»<sup>37</sup>, come evidenziato nel caso *Gaskin c. Regno Unito*, relativo ad un individuo affidato in tenera età ai servizi sociali che desiderava avere accesso al fascicolo formato al momento della sua nascita.

Avrebbe senz'altro, dunque, un fondamento convenzionale il diritto a conoscere le proprie origini rivendicato da individui *donor-conceived*: tale diritto, si badi bene, non attiene solo alle origine biologiche/genetiche, ma riguarda tutte le circostanze rilevanti della nascita, inclusi i dati relativi alla *mère porteuse* nei casi di GPA<sup>38</sup>. Rispetto a questa dimensione, peraltro, non varrebbero le critiche mosse da chi sostiene la necessità di mantenere l'anonimato dei donatori di gameti, ritenendo che l'insistenza sul dato genetico derivi da un'eccessiva idealizzazione del DNA, come il luogo dove l'identità ed il sé trovano definizione (Nelkin e Lindee, 2004, 49)<sup>39</sup>. È ovvio, infatti, che la dimensione relazionale della gestazione, assente nel semplice conferimento di materiale biologico, fornisce una chiave di lettura ulteriore e più completa del diritto alle origini.

## 5. Considerazioni conclusive

Senza alcun dubbio, le tecniche di riproduzione artificiale hanno cambiato «not only our way of reproducing but also our view of what human reproduction is (or should be)» (Mori, 1996, 99). Si tratta di una rivoluzione senza precedenti e senza punto di ritorno

---

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti umani, *Mikulić c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, sentenza del 7 febbraio 2002, par. 64.

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti umani, *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989, par. 39.

<sup>38</sup> Sull'importanza di conoscere le modalità del concepimento in caso di *surrogacy*: J. Wallbank, 2002, 271 ss..

<sup>39</sup> Sul rischio che la ricerca delle proprie origini non sia determinata da un reale bisogno, ma da un desiderio «costruito» e «legittimato» dalla legge: Turkmendag, Dingwall e Murphy, 2008, p. 291.

(Robertson, 1996, 5). Evidentemente, non solo non è possibile, ma non è neanche auspicabile fermare o frenare questi sviluppi della scienza medica. È altrettanto impensabile omologare i diversi sentimenti etici che fanno di noi «stranieri morali»<sup>40</sup>. Pertanto, l'unica via percorribile sembra essere quella di una normativa che contribuisca ad identificare le condizioni essenziali rispetto alla praticabilità della GPA e, con un buon grado di esaustività, a prevedere le (e a rispondere alle) possibili pretese giuridiche soggettive di tutti i soggetti interessati.

Il contributo offerto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo al dibattito sulla GPA è rappresentato da una lettura *human rights based* di una questione complessa in cui è difficile tracciare un confine chiaro e preciso tra pretese individuali meritevoli di tutela, considerazioni di genere ed etica della riproduzione. La risposta di Strasburgo ai tanti quesiti che la GPA pone è senza dubbio solo parziale e assai frammentaria, ma la prospettiva dei diritti umani impone di considerare la pratica di cui si dice a partire dalla concretezza della dimensione individuale dei protagonisti di queste vicende: *in primis* i nati da GPA e le gestanti.

## Bibliografia

Allan Sonia, “Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches and Suggestions for Change”, Working Paper, 2014, reperibile on line al link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2431142](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2431142), ultimo accesso 9 novembre 2018.

Bromfield Nicole F., Smith Rotabi Karen, “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations”, in *Global Social Welfare*, 2014, pp. 123-135.

Brugger Kristiana, “International law in the gestational surrogacy debate”, in *Fordham*

---

<sup>40</sup> «*Moral strangers are persons who do not share sufficient moral premises or rules of evidence and inference to resolve moral controversies by sound rational argument, or who do not have a common commitment to individuals or institutions in authority to resolve moral controversies*»: Engelhardt, 1996, p. 7.

*International Law Journal*, 2011-2012, pp. 665-697.

Campiglio Cristina, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

Corea Gena, *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, Perennial Library, New York, 1985.

Cosentino Chiara, “Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-lasting Dispute with State Sovereignty in ECHR Jurisprudence”, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 569-589.

Crivelli Elisabetta, “‘P. e S. c. Polonia’: la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all’aborto legale e l’applicazione pratica della legge”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 252-256.

Damelio Jennifer, Sorensen Kelly, “Enhancing autonomy in paid surrogacy”, in *Bioethics*, 2008, pp. 269-277.

Dickenson Donna, “The Commodification of Women’s Reproductive Tissue and Services”, in Francis Leslie (Ed.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 118-140.

Donchin Anne, “Reproductive tourism and the quest for global gender justice”, in *Bioethics*, 2010 pp. 323-332.

Engelhardt Hugo Tristram, *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1996.

Ergas Yasmine, “Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy”, in *Emory International Law Review*, vol. 27, 2013, pp. 117-188.

Evans Donald, “Creating the child”, in Evans Donald, Pickering Neil (Eds.), *Creating the Child: The Ethics, Law, and Practice of Assisted Procreation*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pp. 3-10.

Ikemoto Lisa Chiyemi, “Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services”, in *Law & Inequality*, 2009, pp. 277-309.

Malovic Nedim, “Access to Abortion Services in the Council of Europe: A Critical Analysis of Women’s Reproductive Rights”, in *European Human Rights Law Review*, 2015, pp. 505-511.

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

McLeod Carolyn, Botterell Andrew, “A Hague Convention on contract pregnancy (or ‘surrogacy’): avoiding ethical inconsistencies with the Convention on adoption”, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2014, pp. 219-235.

Mori Maurizio, “Is hand of policy to reproduction preferable to artificial intervention?”, in Evans Donald, Pickering Neil (Eds.), *Creating the Child: The Ethics, Law, and Practice of Assisted Procreation*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pp. 99-110.

Munyon Jessica, “Protectionism and Freedom of Contract: The Erosion of Female Autonomy in Surrogacy Decisions”, in *Suffolk University Law Review*, 2003, pp. 717-744.

Nelkin Dorothy, Lindee Susan, *The DNA Mystique. The Gene as a Cultural Icon*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004.

Osti Alessandra, “L’interruzione di gravidanza nella sentenza R.R. c. Polonia”, in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 963-966.

Poli Ludovica, “Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 189-212.

Poli Ludovica, “Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale”, in *GenIus*, 2016, pp. 43-55.

Poli Ludovica, “Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale”, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2015, pp. 7-28.

Rimm Jennifer, “Booming baby business: regulating commercial surrogacy in India”, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008-2009, pp. 1429-1462.

Robertson John, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, Princeton, 1996.

Tonolo Sara, “Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, pp. 202-209.

Turkmendag Ilke, Dingwall Robert, Murphy Thérèse, “The removal of donor anonymity in the UK: the silencing of claims by would-be parents”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, pp. 283-310.

Viviani Alessandra, “Aborto terapeutico e diritto all’integrità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani”, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, pp. 406-410.

Voigt Cornelia, Laing Jennifer, “Journey into Parenthood: Commodification of Reproduction as a New Tourism Niche Market”, in *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 2010, pp. 252-268.

Wallbank Julie, “Too many mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child”, in *Medical Law Review*, 2002, pp. 271-294.

Wilkinson Stephen, “Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements”, in *Journal of Applied Philosophy*, 2016, pp. 125-145.

# SURROGAZIONE DI MATERNITÀ E DIMENSIONI DELLA DIGNITÀ: ALLA RICERCA DI UN PARADIGMA

Angelo Schillaci

## Abstract

A legal approach to surrogacy raises a number of complex and delicate issues that directly affect self-determination and relations concerning the very origin of human life. Besides, it implies different approaches to human dignity, as it is revealed by the comparison of different regulations and judicial decisions on the matter. On this ground, the Author discusses the most common approaches to surrogacy, trying to construe an alternative paradigm suitable to overcome polarizations through a more sensitive approach to the concrete dimensions of self-determination in relation with others and, as a consequence, a full acknowledgment and protection of all the actors (woman, intended parents, child).

## Keywords

Surrogacy; Dignity; Self-determination; Comparison.

## 1. Premessa

Il dibattito sulla surrogazione di maternità ha conosciuto negli ultimi anni, in Italia e non solo, un progressivo inasprimento di toni e una crescente polarizzazione delle diverse posizioni su premesse inconciliabili tra loro. A partire dalla stessa denominazione del fenomeno<sup>1</sup>, un approccio giuridico alla surrogazione evoca, come noto, questioni delicate

---

<sup>1</sup> Che non è pacifica, riscontrandosi al riguardo diverse ipotesi, non di rado collegate - come è stato osservato in dottrina (Olivito 2017, pp. 3-4) a ben precise opzioni interpretative: così, denominazioni quali *affitto d'utero* o *utero in affitto* - di cui fanno sovente uso i sostenitori di posizioni violentemente contrarie - devono essere decisamente rigettate in quanto, per un verso, riducono la donna ad un organo del suo corpo, peraltro facendone oggetto di una transazione commerciale (di «brutale sineddocoche che rimuove la donna in quanto soggetto» ha parlato, condivisibilmente, Pezzini 2017a, p. 194) e, per altro verso, si muovono in un orizzonte di dichiarata stigmatizzazione dell'esperienza della surrogazione e delle relazioni cui mette capo. All'opposto estremo, si trova la denominazione di *gestazione per (altre e) altri* (e, più raramente, *gestazione per sostituzione* o *gestazione di sostegno*), particolarmente adatta a descrivere, nella loro oggettività e senza implicare il riferimento ad alcuna precomprensione del fenomeno, le esperienze di surrogazione: di tale denominazione, tuttavia, viene talora denunciata la portata eccessivamente neutralizzante (Olivito 2017, p. 4), specie sotto il profilo dell'occultamento del legame tra surrogazione e relazione materna, o ancora l'attitudine a ridurre il processo gestazione a «processo oggettivato e “disincarnato” dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica» (Pezzini 2017a, p. 194). Accanto ad essa, è stata proposta in dottrina la

e complesse, che incidono direttamente su relazioni e sfere di autodeterminazione che si collocano all'origine della vita stessa.

Più che rimanere polarizzato su assoluti, il dibattito sulla surrogazione di maternità ha certamente «necessità di essere alimentato e di non arretrare di fronte alla complessità»<sup>2</sup>: pur muovendosi su un terreno impervio, frastagliato, plurale e non pacificato, esso deve considerare senza semplificazioni o infingimenti la molteplicità di situazioni di vita che sono alla base delle esperienze di surrogazione, ma anche i rischi (e le connesse esigenze di porre limiti e controlli efficaci) implicati dalle inevitabili dinamiche di potere e conflitto potenziale che si annidano nell'intreccio tra dignità, libertà, solidarietà, tecnica e mercato specificamente mobilitato dall'esperienza della surrogazione di maternità.

Proprio la coscienza delle complessità così sommariamente tratteggiate - anche nella misura in cui esse si traducono in una pluralità di modelli di regolazione, come mostra la comparazione<sup>3</sup> - impone di evitare il ricorso ad assoluti non negoziabili<sup>4</sup> e non di rado indulgenti, sull'uno e sull'altro fronte, verso troppo semplici e astratte generalizzazioni. Così, ad esempio, assimilare la surrogazione di maternità ad una forma di schiavitù o ad una forma di contrattualizzazione della nascita *a fini commerciali* (e talora addirittura alla compravendita di minori) - così come esaltarne acriticamente le virtù, magari secondo un riferimento poco sorvegliato ai concetti di autodeterminazione, solidarietà e dono (i quali certo rilevano, come si vedrà, nella fattispecie, ma non possono essere assunti quali strumenti di neutralizzazione della complessità) - non solo ostacola il confronto ma non consente di problematizzare adeguatamente gli itinerari che la surrogazione può tracciare

---

denominazione di *gravidanza per altri*, che pare egualmente descrittiva del fenomeno e senza dubbio più adeguata a restituire la sostanza delle relazioni mobilitate dalla surrogazione, ed in particolare la «irriducibilità della gravidanza come esperienza umana relazionale» (Pezzini 2017a, p. 201; la denominazione di *gravidanza per (altre e) altri* è accolta, in questo volume, da Gattuso). Più risalente la formula di *maternità per sostituzione* (Corti, 2000): nel testo si farà prevalentemente uso, tuttavia, dell'espressione *surrogazione di maternità* (che presenta una leggera sfumatura di significato rispetto alla formula *maternità surrogata*, ponendo la prima l'accento sulla dinamica della surrogazione, e la seconda sulla maternità come oggetto della surrogazione medesima), sia per coerenza con la scelta effettuata in sede di impostazione del convegno da cui questo volume prende le mosse, sia perché - allo stato - surrogazione di maternità è la denominazione accolta dall'ordinamento italiano (cfr. art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40).

<sup>2</sup> Così, seppure nel quadro di una ricostruzione generale diversa da quella qui accolta Olivito 2017, p. 5.

<sup>3</sup> Per un quadro comparativo v. ad es. Trimmings e Beaumont 2013, nonché Gattuso e Penasa in questo Volume.

<sup>4</sup> Come avverte assai condivisibilmente Brunelli 2017, specie alle pp. 79 ss.



e seguire, nella diversità di esperienze e di modelli di disciplina e soprattutto nell'intreccio, *in concreto*, di dignità, libertà e relazione<sup>5</sup>.

Sullo sfondo di simili polarizzazioni stanno, a ben vedere, alcune alternative di principio relative, in particolare, al rapporto tra libertà e dignità o, più esattamente, ai limiti dell'autodeterminazione che possono derivare dalla combinazione tra autonomia, relazioni, solidarietà e, appunto, dignità. Più in profondità, le diverse dimensioni della dignità - e le diverse comprensioni di essa - incidono sulla stessa articolazione dei paradigmi attorno ai quali, come vedremo, può essere organizzato giuridicamente il complesso assetto di relazioni cui mette capo la surrogazione.

## 2. Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità nella giurisprudenza recente

D'altro canto, la divaricazione tra i significati della dignità è emersa con nettezza, di recente, nella giurisprudenza relativa alla surrogazione di maternità: si pensi, in modo particolare, alle diverse posizioni assunte, al riguardo, dalla Corte costituzionale italiana<sup>6</sup> e dal Tribunale costituzionale portoghese<sup>7</sup>, seppure in fattispecie differenti ed in presenza di un diverso quadro normativo di riferimento.

In particolare, la Corte costituzionale italiana è stata investita del giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. - relativo all'impugnazione del riconoscimento di figlio per difetto di veridicità - in fattispecie di nascita avvenuta all'estero a seguito di surrogazione di maternità, con attribuzione della responsabilità genitoriale alla madre e al padre di intenzione, e rinuncia della gestante ad assumere la maternità del nato<sup>8</sup>. Escluso ogni automatismo tra non corrispondenza dell'atto di nascita al fatto biologico

---

<sup>5</sup> Analogamente Saraceno 2017, p. 7, osserva che «soltanto l'accettazione della natura relazionale della maternità surrogata e della complessità delle relazioni di questo modo di diventare genitori può aiutare ad andare oltre i dilemmi sollevati dal dibattito, dove le idee di una maternità esclusiva e sacrale si scontrano con l'approccio sia commerciale che etico e dove le dimensioni biologiche e relazionali sono vuoi semplicisticamente sovrapposte, vuoi semplicisticamente separate».

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>7</sup> Tribunale costituzionale del Portogallo, *Acórdão* n. 225 del 25 aprile 2018.

<sup>8</sup> Sull'ordinanza di remissione, v. il *Focus* apparso su *GenIUS*, 2017, fasc. 2, con contributi di Pezzini, Ferrando, Corti, Stefanelli, Brunelli, Nicolai, Ruggeri (reperibile online al link: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/10/genius-2017-02.pdf>).

del parto e accoglimento dell'impugnazione, con una sentenza interpretativa di rigetto la Corte invita piuttosto il giudice a verificare, nel caso concreto, la sussistenza di un preminente interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero, bilanciandolo con gli altri elementi della fattispecie - ivi compresa l'esistenza, in Italia, di un divieto di surrogazione penalmente sanzionato - e valutando la sussistenza di altri strumenti (quali ad esempio l'adozione in casi particolari) atti a garantire in maniera equivalente l'interesse del minore<sup>9</sup>. In luogo dell'automatismo, il giudice è dunque chiamato ad operare un delicato bilanciamento, che comporta «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»<sup>10</sup>: nell'operare tale bilanciamento, il giudice dovrà tenere conto delle modalità della procreazione, senza che tuttavia dalla sola considerazione di esse possa discendere l'accoglimento dell'impugnazione, con conseguente rettifica dell'atto di nascita<sup>11</sup>. Purtroppo, nel rendere esplicito il fondamento del disfavore che l'ordinamento italiano riconnette alla surrogazione, la Corte afferma che essa «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>12</sup> e che, di conseguenza, la valutazione del concorrente interesse pubblico alla verità della filiazione dovrà tenere conto di tale circostanza, seppure - lo si ripete - al riparo da ogni automatismo. Il Tribunale portoghese, al contrario, era chiamato a pronunciarsi - come accennato - su una legge approvata dal Parlamento e recante disciplina della *gestação de substituição*<sup>13</sup>. Si tratta della prima decisione di una Corte costituzionale europea che affronta direttamente la legittimità costituzionale della gestazione per altri, inquadrandola peraltro

---

<sup>9</sup> In particolare, afferma la Corte che la regola di giudizio che il giudice è chiamato ad applicare «debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso». Tra queste, la Corte annovera la durata del rapporto instauratosi col minore «e quindi [la] condizione identitaria già da esso acquisita», ma anche «le modalità del concepimento e della gestazione» e, «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela» (Cons. dir., par. 4.3). Per alcune osservazioni critiche sul punto, cfr. Schillaci 2018a.

<sup>10</sup> Cons. dir., par. 4.3.

<sup>11</sup> Schillaci 2018a, Casaburi 2018, Ferrando 2018, Agosta 2018; per una diversa lettura Nicolai 2017a, Angelini 2018.

<sup>12</sup> Cons. dir., par. 4.2.

<sup>13</sup> Si trattava, in particolare, della legge n. 32 del 26 luglio 2006, come modificata dalle leggi n. 17 del 20 giugno 2016 e 25 del 22 agosto 2016.

nella cornice del principio del rispetto della dignità umana<sup>14</sup>, declinata nella sua dimensione di libertà di autodeterminarsi.

Centrale è infatti, nell'iter argomentativo del Tribunale costituzionale, la libera scelta della donna di portare avanti una gravidanza per altri, assistita peraltro da una serie di previsioni che mirano a renderla effettiva: su tutte, l'art. 8, che disciplina il consenso della donna, escludendo - al comma 6 - che possa accedere ad una gestazione di sostituzione una donna legata ai genitori intenzionali da un vincolo di dipendenza o subordinazione economica. Ponendosi dal punto di vista della gestante, il Tribunale costituzionale individua nella donna il *soggetto* dell'esperienza della surrogazione, e non il mero *oggetto* o *strumento* per la realizzazione di un desiderio altrui; si tratta, peraltro, di un soggetto concretamente situato in una trama di relazioni, e dunque di una donna necessariamente attiva, indipendente, ed effettivamente libera di autodeterminarsi ad attuare un proprio progetto di vita - la gravidanza per altri - con ciò liberamente svolgendo la propria personalità. Affinché tale autodeterminazione sia effettiva è tuttavia necessario, ritiene il Tribunale, che il diritto intervenga a disciplinare con attenzione le relazioni implicate dal fenomeno, garantendo in ogni momento l'*attiva* soggettività femminile; ed è necessario altresì (ma sul punto si tornerà in seguito) che l'esperienza di surrogazione avvenga secondo una logica di assoluta gratuità, fatto salvo il rimborso delle spese sanitarie<sup>15</sup>.

### 3. Alla ricerca di un paradigma

La sintetica esposizione delle ragioni delle due Corti - ferma restando la diversità dei contorni dei relativi giudizi - lascia emergere con sufficiente chiarezza i termini della

---

<sup>14</sup> Che, nella Costituzione portoghese, opera anche quale limite interno alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 67, comma 2, lett. e) a mente del quale è compito dello stato «*regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*».

<sup>15</sup> Per questo, dalla concezione esigente dell'autodeterminazione della donna (e delle altre parti coinvolte) discendono alcune importanti dichiarazioni di incostituzionalità, relative in particolare: a) all'assenza del diritto al ripensamento, nel suo intreccio anche con il diritto ad interrompere la gravidanza; b) conseguentemente, all'automatica previsione dell'attribuzione al nato dello status di figlio dei genitori intenzionali (è censurato l'automatismo, proprio perché non contempla l'eventualità del ripensamento della donna); c) sempre conseguentemente, di una serie di previsioni che - a detta della Corte - non disciplinano con sufficiente dettaglio (e soprattutto, rinviando alla fonte regolamentare e non a quella legislativa) i contenuti dell'accordo tra la gestante e i genitori intenzionali.

polarizzazione, e rende evidente come alla base dei diversi posizionamenti in tema di surrogazione vi siano diverse comprensioni della dignità.

Laddove infatti la Corte costituzionale italiana sembra muoversi nell'orizzonte di una declinazione rigida del rapporto tra dignità e libertà - escludendo che nello spazio dell'autonomia femminile possa rientrare la scelta di portare avanti una gravidanza e partorire per altre o altri, a ciò ostando il bene della dignità della donna medesima e il valore di fondamentali relazioni umane che verrebbero da tale scelta irrimediabilmente pregiudicate - il Tribunale costituzionale portoghese declina il rapporto tra dignità e libertà riconoscendo nell'autodeterminazione solidale a partorire per altri (non priva, come si è visto, di limiti anche penetranti, e soprattutto declinata in concreto a partire da condizioni di effettiva libertà di scelta, con esclusione di ogni forma di subordinazione prima della scelta e durante l'esperienza che ne consegue) una forma di libero svolgimento della personalità del tutto coerente con il principio di dignità, ed anzi un percorso di costruzione della soggettività cui la donna può anettere valore, ottenendone entro certi limiti il riconoscimento giuridico.

La comparazione, dunque, anche in questo caso sovverte, esponendo il giurista alla necessità di confrontarsi criticamente con il proprio ordinamento «di partenza»<sup>16</sup>.

Esposto più di altri giuristi alla «alterité en droit»<sup>17</sup>, il comparatista è infatti chiamato a riflettere sulla possibilità di elaborare strumenti epistemologici capaci di agevolare la conoscenza e la comprensione delle diverse esperienze giuridiche, perseguendo il delicato equilibrio tra coscienza delle differenze e ricerca di punti di contatto. Se dunque, come è stato affermato, il principale problema metodologico con cui il comparatista è chiamato a confrontarsi è quello della «sostenibilità della differenza»<sup>18</sup>, lo strumento più adeguato a tal fine non è allora tanto l'elaborazione di *modelli*, quanto piuttosto la ricerca di *paradigmi*. Al comparatista, infatti, il paradigma offre un orizzonte, entro il quale osservare le diverse manifestazioni dell'esperienza giuridica<sup>19</sup>, senza inquadrarla entro

---

<sup>16</sup> Sulla funzione sovversiva della comparazione, ormai classica la lettura di Muir Watt 2000 mentre, sul metodo comparativo v. in generale Scarciglia 2018, Monateri (ed.) 2012, Cervati 2009 nonché, se si vuole, Schillaci 2018b, specie pp. 109 ss.

<sup>17</sup> Questa, in particolare, la posizione di Legrand 1999; per ulteriori sviluppi cfr. Legrand e Munday 2003.

<sup>18</sup> Come recita il sottotitolo della nota opera di Glenn 2010.

<sup>19</sup> Nel senso che «nella storia costituzionale comparata, il “pensare per paradigmi” non si rivela funzionale alla costruzione di generalizzazioni astratte, ma tende a far scaturire dalla complessità e dalla varietà delle esperienze criteri e orientamenti per la comprensione del reale [...] che si dipana attraverso un itinerario storico-comparativo», cfr. Ridola 2016, p. 66.

modelli astratti: esso pare così funzionale ad una declinazione critica della comparazione, strettamente legata all'irriducibilità dell'altro a schemi fissi e prestabiliti<sup>20</sup>.

D'altra parte, come è stato affermato, nel caso della surrogazione di maternità diviene particolarmente necessario sfuggire «all'ingabbiamento entro griglie normative predefinite rispetto alle quali non si potrebbero che forzare inadeguate assimilazioni», riformulando piuttosto «le parole e gli istituti giuridici che definiscono i contesti relazionali in cui si realizza l'esperienza di una gravidanza che si viene saldando ad un progetto genitoriale altrui»<sup>21</sup>.

Nel caso che ci occupa, inoltre, l'articolazione dei paradigmi risente inevitabilmente delle diverse comprensioni della dignità (e del suo rapporto con la libertà) che sono alla base di essi: così, la riduzione della surrogazione di maternità ad un paradigma esclusivamente contrattuale rinvierà ad una comprensione della dignità che valorizza le risorse dell'autonomia (negoziale) in modo prevalente rispetto al contenuto di valore annesso alla dignità medesima, declinando la libertà in termini tendenzialmente formali e astratti, e delegando completamente all'autonomia delle parti il concreto assetto delle relazioni e degli interessi in gioco; parimenti, un paradigma esclusivamente solidaristico rischia di sfumare eccessivamente (romanticamente, verrebbe da dire) la concretezza delle situazioni di vita mobilitate dall'esperienza della surrogazione, neutralizzando e rimuovendo il conflitto, che invece deve essere riconosciuto.

Diviene allora necessario mettersi alla ricerca di un terzo paradigma che, integrando libertà, solidarietà e cura (e dunque, libertà e responsabilità), non eluda il conflitto e le concrete vicende di subordinazione; e che, soprattutto, riconoscendo la posizione di *tutti* i soggetti coinvolti nell'esperienza della surrogazione, viri decisamente verso una prospettiva *relazionale*.

A sua volta, detto paradigma non potrà che fondarsi su una declinazione del principio di dignità personale - e del suo rapporto con il principio-libertà<sup>22</sup> - che sia idonea ad inquadrare le complesse questioni che sorgono dall'esperienza della surrogazione di maternità, assicurando adeguato riconoscimento alle esperienze di tutti i soggetti coinvolti - ivi compresi i genitori intenzionali e il nascituro - senza cedere a

---

<sup>20</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, sia consentito rinviare nuovamente a Schillaci 2018b, pp. 125 ss.

<sup>21</sup> Così Pezzini 2017b, p. 108.

<sup>22</sup> Sui rapporti tra dignità e principio libertà, v. per tutti Ridola 2018, pp. 236 ss.

semplificazioni e, soprattutto, evitando di eludere alcuni snodi centrali quali l'origine femminile della vita, la sua declinazione intimamente relazionale<sup>23</sup>, ma anche il problematico intreccio tra riconoscimento della libertà di scelta femminile e concrete vicende di subordinazione (evitando al tempo stesso di declinare l'autodeterminazione in termini astratti e, viceversa, di impostare i modelli di regolazione in senso paternalistico, con il connesso rischio di muovere da una concezione della donna come vittima, piuttosto che come soggetto capace di autodeterminarsi).

#### 4. Dimensioni della dignità, corpo e autodeterminazione

Può farsi sintetico riferimento, per delineare la comprensione della dignità che si ritiene idonea ad articolare un paradigma ricostruttivo della gestazione per altri, a quelle posizioni che ritengono che il bene protetto dal concetto giuridico di dignità non sia tanto una *essenza*, quanto una *esperienza incarnata* di libertà, e che pertanto della dignità stessa debba essere superata una declinazione astratta, costruendola piuttosto «in modo da dover essere sempre misurata sulla concretezza delle situazioni»<sup>24</sup>. Non solo allora, in tale prospettiva, la dignità «trova nella persona il luogo della sua determinazione»<sup>25</sup>; allo stesso tempo, la consapevolezza che il processo di realizzazione della dignità personale si trova immerso in una rete di relazioni, consente «di andare oltre le contrapposizioni tra dignità soggettiva e oggettiva, tra dignità come potere o come limite, per la compresenza nel medesimo principio di queste diverse dimensioni»<sup>26</sup>.

In quest'ottica, il rapporto stesso tra dignità e autodeterminazione deve essere declinato non in astratto, ma in concreto: se il concetto giuridico di dignità, infatti, riconosce, protegge e promuove esperienze *incarnate* di libertà, nel caso della surrogazione di maternità è anche ai corpi - e primariamente alla loro differenza sessuata, al differente ruolo che essi assumono nel processo generativo, e al modo in cui condizionano

---

<sup>23</sup> Sicché un eventuale modello regolatorio della surrogazione dovrebbe orientarsi a disciplinare «un sistema di relazioni basato sul riconoscimento dell'origine»: così Pezzini 2017b, p. 111.

<sup>24</sup> Rodotà 2010, pp. 190-191.

<sup>25</sup> Ivi. p. 194: ciò avviene appunto, prosegue Rodotà, «non per custodire un'essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita» (*ibid.*).

<sup>26</sup> Rodotà 2013, p. 32.

l'esercizio di libertà - che si deve guardare, includendo tale dimensione (accanto, e non in sostituzione delle altre) nella costruzione del paradigma.

In altri termini, per chiarire portata e limiti del rapporto tra dignità e autodeterminazione, è necessario riflettere sui caratteri del soggetto cui l'autodeterminazione è riferita<sup>27</sup>, dipendendo da essi - ed in particolare dal grado di astrazione che si persegue nella identificazione del soggetto medesimo<sup>28</sup> - l'esatta definizione del perimetro degli spazi di esperienza aperti dall'esercizio di libertà e dei loro complessi rapporti con eguaglianza e non discriminazione<sup>29</sup>.

Esiste, dunque, una stretta correlazione tra comprensioni della dignità - e del suo rapporto con la libertà di autodeterminarsi - e immagine (o immagini) della persona umana con le

---

<sup>27</sup> In questa prospettiva si muove ad esempio Ronchetti 2018, specie pp. 114 ss.

<sup>28</sup> Proprio nella prospettiva di un inquadramento costituzionale della surrogazione di maternità Brunelli 2017, p. 80, segnala condivisibilmente il rischio di una «falsa neutralità del soggetto di diritto» la quale implica, in primo luogo, la neutralizzazione della differenza di genere e imposta in termini astratti l'universalismo dei diritti.

<sup>29</sup> Non può essere questa la sede, come evidente, per esaurire la riflessione sui complessi rapporti tra dignità, libertà, eguaglianza e differenza. Tuttavia, proprio il dibattito attorno alla surrogazione di maternità ha rappresentato l'occasione per un profondo ripensamento del paradigma antidiscriminatorio come strumento di comprensione a approccio alle questioni legate al riconoscimento delle diverse esperienze di genitorialità e vita familiare (la trattazione del tema in una prospettiva «non neutra» è, ad esempio, l'obiettivo dichiarato da Niccolai e Olivito, 2017): le diverse posizioni sul punto risentono, evidentemente, di precomprensioni più profonde relative allo stesso rapporto tra libertà, eguaglianza e riconoscimento delle differenze nella prospettiva della dignità, specie in relazione all'inquadramento costituzionale della differenza sessuale e di genere. Tuttavia, se da un lato ragionare in termini di eguaglianza - condivisibilmente - non può e non deve condurre ad una neutralizzazione delle differenze, quelle stesse differenze devono essere declinate, come mostra in parte proprio la complessità di un approccio giuridico-costituzionale alla surrogazione, a partire dall'interpretazione che delle stesse dia il soggetto coinvolto, nell'esercizio della propria autonoma costruzione di vita, con l'unico limite esterno rappresentato da un intervento normativo che resista, escludendole e contrastandole, a situazioni di concreta subordinazione (e umiliazione), così inverando - al tempo stesso - il principio di dignità. In altri termini può essere condivisa la prospettiva di chi parla, a tale riguardo e proprio con riferimento al contrasto alla subordinazione di genere, di «diritto diseguale non discriminatorio», declinando l'eguaglianza in prospettiva soggettiva e ancorando l'effettività del divieto di discriminazione alle concrete vicende della differenza (Pezzini, 2017a, specie pp. 184-185). Non si tratta dunque, come è stato affermato, di «passare dalla visione antidiscriminatoria a quella della valorizzazione delle differenze, quanto di cogliere in tutta la sua portata quella dignità sociale che è concetto - *sia chiave che ponte* - tra il principio di uguaglianza formale e quello sostanziale» (così Ronchetti 2018, p. 217, corsivi aggiunti). In altri termini, la prospettiva più adeguata per affrontare il tema della surrogazione di maternità tenendo assieme, a un tempo, riconoscimento dell'autonomia femminile e delle diverse esperienze di costruzione della vita familiare, consapevolezza dell'insopprimibile asimmetria procreativa tra i sessi e contrasto di ogni ipotesi di subordinazione sembra essere quella che fa premio su interpretazioni del principio di eguaglianza che nel legame con il principio-dignità trovino non tanto uno strumento di neutralizzazione delle differenze (o universalizzazione della condizione umana), quanto piuttosto il veicolo per una loro valorizzazione dinamica, a partire dalle relazioni e dalla comparazione concreta tra situazioni: in questo senso, la pari dignità sociale - come illuminata dalla più ampia comprensione dell'umano resa possibile da dinamiche di riconoscimento solidale - diviene termine medio tra libertà, eguaglianza e solidarietà: per ulteriori approfondimenti sul punto, sia consentito il rinvio a Schillaci 2018b, specie pp. 160 ss. e 210 ss.

quali il costituzionalismo è chiamato a confrontarsi (e che esso contribuisce, per altro verso, a costruire): quanto più il soggetto sarà disincarnato, tanto più il rapporto tra dignità e autodeterminazione finirà per essere inquadrato entro paradigmi astratti, e più sfumati si faranno i limiti dell'autodeterminazione medesima. Viceversa, quanto più il soggetto apparirà incarnato in concrete esperienze di vita e relazione, tanto più l'autodeterminazione potrà essere fin dal principio messa a sistema con le istanze di solidarietà e (cor-)responsabilità<sup>30</sup>, e dunque con i complessi equilibri derivanti dal rapporto tra dignità, autodeterminazione e libero svolgimento della personalità *in formazioni sociali*<sup>31</sup>, ma anche con lo specifico rilievo che assume, nell'esperienza della surrogazione, la dimensione della corporeità<sup>32</sup>.

A tale riguardo, si osservi tuttavia, in primo luogo, che la stessa dimensione corporea non deve essere declinata, paradossalmente, in termini astratti ma che, tutto al contrario, la corporeità non è scissa dalla trama di relazioni in cui essa è immersa: come suggestivamente affermato da Butler, infatti, il corpo - nonostante il limite dato dai suoi confini (dunque dalla sua vulnerabilità), ed anzi proprio in virtù di essi - è definito attraverso le relazioni, che rendono possibili vita e azione e che, dunque, possono incidere sulla concreta conformazione dei principi di solidarietà e corresponsabilità<sup>33</sup>.

In secondo luogo, e con specifico riferimento all'esperienza della surrogazione, deve essere allontanato il rischio di ridurre una simile scelta ad un mero atto dispositivo del proprio corpo, dovendosi piuttosto considerare che l'esperienza della gravidanza mobilita la dignità femminile ben al di là della sola dimensione corporea, rinviando alla più complessiva esperienza di vita della donna e includendo dunque aspetti etici, morali e di relazione<sup>34</sup>. In questo senso, il corpo è limite nella misura in cui impone di considerare - e includere in un eventuale schema di regolazione - non solo beni e posizioni

---

<sup>30</sup> Per suggestioni in questo senso, fondamentale Ridola 1997, pp. 39 ss.

<sup>31</sup> In altri termini, l'autonomia - come afferma efficacemente Ronchetti 2018, pp. 104 ss. - non è infatti una «invariante» ma «un concetto multidimensionale e variabile *secondo il contesto di riferimento*» (così p. 119; v. anche ivi, pp. 191 ss.); analogamente Pezzini 2017b, p. 106, invita - assai suggestivamente - a «guardare alla relazione non come un *dopo* rispetto all'autonomia individuale [...] bensì come alla *vita stessa* dell'autonomia individuale, che si costruisce nella relazione interpersonale».

<sup>32</sup> La quale indubbiamente *resiste*, in dialogo con il principio di dignità, «anche quando ad animare la volontà di disporre del proprio corpo o di parti di esso è lo spirito di solidarietà» (Angelini 2017, p. 36).

<sup>33</sup> Cfr. Butler 2016, p. 16.

<sup>34</sup> Sul rapporto tra autonomia femminile e scelte procreative, ed in particolare sulle difficoltà di inquadramento (diritto alla salute vs. libertà personale), cfr. Ronchetti 2018, pp. 199 ss., nonché Ead., in questo *Volume*.



immediatamente implicate dalla dimensione corporea (su tutti, ad esempio, la tutela della salute), ma anche il concreto articolarsi della libertà femminile, il suo rapporto con l'esperienza di vita della donna e la trama di relazioni in cui essa è immersa o cui intende dare vita.

D'altro canto, la declinazione relazionale della surrogazione di maternità<sup>35</sup> e della sua dimensione di *esperienza* deriva immediatamente dall'intima e originaria apertura alla relazione dello stesso corpo della donna in gravidanza<sup>36</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, si tratta di una relazionalità che - se interpretata in modo esigente, e soprattutto coerente con un paradigma di comprensione della dignità ancorato nella concretezza delle esperienze che alla surrogazione danno luogo (e che da essa si dipanano) - si proietta inevitabilmente *al di fuori* del corpo femminile (e della stessa relazione tra gestante e nascituro) e *oltre* il tempo della gravidanza.

Per comprendere un così complesso universo di relazioni, non è possibile - allora - fare affidamento su modelli ma, appunto, articolare paradigmi che riconoscano la complessità e la mantengano in tensione senza eluderla, allontanando posizioni rigide o principi assoluti e muovendosi piuttosto entro l'orizzonte di concrete realizzazioni di giustizia, in prospettiva comparativa<sup>37</sup>.

In questa prospettiva, nel momento in cui decidono di intraprendere una esperienza di surrogazione di maternità, i genitori intenzionali e la donna gestante dovrebbero essere consapevoli di dare inizio ad un percorso che non sempre e non necessariamente si riduce alla mera applicazione di una tecnica medica, né ad una fattispecie contrattuale, ma può instaurare relazioni che investono l'assunzione di una responsabilità verso il nascituro e possono proiettarsi anche al di là della gravidanza e della nascita: così declinata - e con l'avvertenza che si sta ragionando, *de iure condendo*, nell'orizzonte di un ben preciso paradigma di comprensione del fenomeno, e nella consapevolezza che la realtà è molto spesso assai distante da esso - l'esperienza della surrogazione può condurre ad un allargamento della costellazione familiare<sup>38</sup>, se così desideri anzitutto la donna (alla

---

<sup>35</sup> Di «contesto situazionale» parla, in particolare, Scalisi 2017, p. 1097.

<sup>36</sup> Molto efficacemente, Pezzini 2017a, sottolinea che - in tale prospettiva - la gravidanza deve essere riguardata come «quell'esperienza relazionale specifica [...] caratterizzata dalla peculiare condizione di un corpo di donna che è due e uno contemporaneamente, che diventa unità duale», (pp. 190 ss., 198; cfr. anche Ead. 2017b, p. 109); Olivito 2017, p. 19 parla di una «origine che è già relazione».

<sup>37</sup> In questi termini, cfr. ad esempio Saraceno 2017, p. 6.

<sup>38</sup> Di «nuova concezione della parentela» parla, ad esempio, Saraceno 2017, p. 6.

quale, ad esempio, dovrebbe essere garantito un diritto di visita, nell'inevitabile bilanciamento con i desideri e con l'interesse del nato)<sup>39</sup>. Allo stesso tempo, la surrogazione è parte della storia personale del nascituro, al quale deve essere garantito il diritto - da bilanciarsi con quello della donna a non far parte, se non lo desidera, della vita di quel bambino<sup>40</sup> - di conoscere la propria origine, con la conseguenza significativa che, di fronte a tali posizioni, la posizione dei genitori intenzionali dovrebbe cedere. In quest'ottica, se ben vediamo, il riconoscimento dell'origine femminile della vita potrebbe essere messo a sistema - attraverso il rilievo decisivo di una prospettiva *relazionale* - con il riconoscimento del progetto di vita familiare dei genitori intenzionali e, soprattutto, con la tutela della posizione del nascituro e della donna stessa rispetto a situazioni di concreta subordinazione.

## 5. Conseguenze pratiche e diversità di modelli di disciplina: alcuni snodi problematici

Di tutto questo si deve tenere conto, in particolare, quando si ragiona su un approccio giuridico alla surrogazione di maternità: avendo a mente i rischi - su tutti, la riduzione oggettuale (o reificazione) dei soggetti coinvolti ed in primo luogo della donna - che devono poter tradursi in specifiche previsioni di limiti o controlli (preventivi, continui e successivi).

Viene in rilievo, anzitutto, la problematica questione dell'idoneità del divieto penalmente sanzionato ad assicurare - come avviene in Italia - una cornice capace di riconoscere e tutelare con efficacia la posizione dei soggetti coinvolti nell'esperienza della surrogazione. Non è in questione, peraltro, l'esigenza di mettere al riparo la regolazione giuridica dell'esperienza della surrogazione dai rischi che essa porta con sé, su tutti il

---

<sup>39</sup> In questa prospettiva, cfr. il contributo di Gattuso in questo *Volume*. Analogamente, Saraceno 2017, p. 6, ha sostenuto che «entrare in un rapporto di gestazione per altri dovrebbe richiedere la disponibilità di tutte le parti a mantenere un rapporto con il bambino che viene al mondo per questo tramite. Il grado, l'intensità e i modi di questa relazione possono essere negoziati tra le parti ed evolversi col tempo, ma l'esistenza della relazione in sé deve essere visibile e disponibile, innanzi tutto al bambino, ma anche alla madre surrogata».

<sup>40</sup> In termini analoghi a quelli chiariti, in Italia, da Corte cost., sentenza n. 278 del 18 novembre 2013, a proposito del bilanciamento tra il diritto della donna a partorire in anonimato e il diritto del nato a conoscere le proprie origini.

quello della sua riduzione entro un paradigma esclusivamente contrattuale e quello, connesso al primo, di assenza di tutela per le situazioni di vulnerabilità da essa specificamente mobilitate<sup>41</sup>. D'altro canto, non è sufficiente sostenere che il divieto recato dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 abbia ad oggetto esclusivamente l'intermediazione commerciale, collocando nell'area del giuridicamente indifferente «i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate»<sup>42</sup>: tale interpretazione, pure astrattamente condivisibile, non supera del tutto il problema della mediazione del diritto penale in una dinamica di esperienza che chiama in causa, anzitutto, l'autodeterminazione della donna sul proprio corpo<sup>43</sup>.

Se dunque, come è stato affermato «commercio e profitto [...] vanno sempre banditi» dall'orizzonte della surrogazione di maternità<sup>44</sup>, un inquadramento della surrogazione medesima entro un paradigma che tenga assieme dignità, libertà e relazione non può che riservare alla mediazione penalistica un ruolo residuale, prevedendo e articolando piuttosto - prima, durante e dopo la surrogazione - strumenti di controllo che assicurino l'assenza di intermediazione commerciale, così come l'assenza di situazioni di concreta subordinazione della donna gestante rispetto ai genitori intenzionali o ancora che contrastino indebite ingerenze nella sua libertà di scelta anche durante la gravidanza: simili obiettivi possono essere ad esempio assicurati - e non mancano, nel diritto comparato, interessanti segnali in tal senso - negando l'autorizzazione del patto di

---

<sup>41</sup> Come osserva Scalisi 2017, «il divieto di maternità surrogata ha bisogno di una necessaria rimeditazione per uscire dal regno sovrano dell'incertezza e per scongiurare un duplice ordine di rischi che non si possono tacere né tanto meno si possono correre, il rischio della contrattualizzazione della filiazione e l'altro altrettanto grave dello sfruttamento dei soggetti deboli» (p. 1114).

<sup>42</sup> Così, in particolare, Niccolai 2017b, p. 215: si tratterebbe in questo caso, secondo Niccolai, di accordi «illeciti, ma non punibili né coercibili, la cui realizzazione passa attraverso il parto anonimo da parte della donna, il riconoscimento del nato da parte del padre naturale e la sua adozione in casi particolari da parte della moglie (oggi: dell'unito civilmente) di quest'ultimo». Tali accordi lascerebbero intatta, in particolare, la insindacabilità e non coercibilità della decisione femminile di rimanere incinta e partorire, invece inevitabilmente pregiudicata dall'eventuale introduzione della surrogazione nel nostro ordinamento.

<sup>43</sup> Forti perplessità nei confronti del divieto penale esprime Brunelli 2017, 81, la quale ricorda che la criminalizzazione dei comportamenti femminili nella sfera riproduttiva si è storicamente posta «come uno strumento fondamentale ed efficace di controllo della vita e del corpo delle donne»; d'altro canto, che la *ratio* del divieto di surrogazione nell'ordinamento italiano consista nella «difesa della maternità libera e responsabile dalla - innegabile e straripante - prepotenza della commercializzazione della vita e della riduzione delle donne a mere incubatrici» è affermato da Ronchetti, 2018, p. 205, la quale tuttavia precisa - in modo del tutto condivisibile - che «un divieto assoluto che coinvolga qualunque possibilità di scelta da parte della donna di segno diverso [...] rispecchia [...] l'incompiutezza di una costruzione giuridica dell'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne».

<sup>44</sup> Così ancora Scalisi 2017, p. 1100.

gravidanza da parte del giudice o dell'autorità pubblica a ciò preposta e predisponendo specifici strumenti di mediazione dei conflitti tra i soggetti coinvolti, ferma restando la libertà della donna di assumere tutte le decisioni relative alla gravidanza.

In altri termini, seguendo il paradigma qui proposto, una eventuale regolazione della surrogazione di maternità dovrebbe «adattarsi ad un contesto relazionale e non ad una tecnica medica»<sup>45</sup>, né - tantomeno - al mero esercizio di autonomia contrattuale<sup>46</sup>.

Anche il tema del compenso, a ben vedere, si pone al crocevia tra riconoscimento della specifica posizione femminile nell'esperienza della surrogazione e rischi di contrattualizzazione della filiazione e concreta subordinazione della donna. A tale riguardo, un paradigma di comprensione della surrogazione quale quello qui proposto potrebbe forse consentire di superare la distinzione «fragile e ambigua»<sup>47</sup> tra surrogazione onerosa e gratuita, concretizzando piuttosto la tutela della libertà di scelta della donna, a partire dalla considerazione della sua esperienza di vita e relazione.

In tale prospettiva deve essere allontanato, in particolare, l'equivoco consistente nella sovrapposizione tra matrice solidaristica della surrogazione e suo carattere non oneroso<sup>48</sup>: la valorizzazione della proiezione relazionale dell'autonoma scelta femminile problematizza la sua riduzione retorica al dono<sup>49</sup>, imponendo piuttosto di recuperare il rapporto più profondo del dono stesso con reciprocità e (soprattutto) assunzione di responsabilità<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Così Brunelli 2017, p. 85.

<sup>46</sup> Tutto al contrario, in una prospettiva relazionale dovrebbe aversi riguardo al fatto che «la volontà della madre biologica si forma entro una relazione di reciproco riconoscimento con i genitori intenzionali, cui è difficile attribuire un contenuto giuridicamente rilevante ben definito ed una forma coerente a tale (incerto) contenuto» (Pezzini 2017b, p. 96), sicché la relazione - diversamente da quanto avverrebbe in una fattispecie esclusivamente contrattuale - informa di sé la maturazione del consenso, secondo canoni di reciproca cura e mutua assistenza nell'esperienza della surrogazione, lungo tutto il suo svolgimento.

<sup>47</sup> Come la definisce efficacemente, seppur in prospettiva diversa da quella qui accolta, Olivito 2017, p. 22.

<sup>48</sup> Sovrapposizione assai diffusa, come dimostra la stessa richiamata decisione del Tribunale costituzionale portoghese. Come avverte Saraceno 2017, p. 5, la motivazione altruistica non implica necessariamente assenza di compenso, giacché «l'altruismo è dimostrato dalla disponibilità ad ospitare un bambino che sta crescendo nel proprio corpo e nella mente, ad essere preparati a mediare e a partecipare ad una complessa rete di rapporti», con la significativa conseguenza che «il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne».

<sup>49</sup> Ad esempio, Scalisi 2017, p. 1100, parla a tale riguardo di «umana abnegazione», legando ad essa l'interpretazione dell'intento solidaristico sotteso alla scelta di partorire per altri; per toni analoghi Ruggeri 2017.

<sup>50</sup> Che l'interpretazione della dinamica del *dono* non possa prescindere - nell'esperienza della surrogazione - dall'esistenza di una relazione che comprende *anche* l'assunzione di responsabilità verso il nascituro, cfr. Pezzini 2017b, p. 108; l'ambiguità del referente semantico del *dono* nell'articolazione delle esperienze di procreazione assistita con donazione di gamete e di surrogazione di maternità è discussa in modo convincente - mettendo in luce l'inevitabile proiezione *relazionale* del dono medesimo - da Carone 2016,

In secondo luogo, è necessario evitare di appiattare il paradigma contrattuale (generato a sua volta da una declinazione *in astratto* della libertà dei soggetti coinvolti, e della stessa donna gestante) sul paradigma commerciale, e liberare l'onerosità stessa da questo rischio, distinguendo il tema del compenso, o del rimborso delle spese sostenute dalla gestante, dal diverso tema della mediazione commerciale.

Se riportata alla dinamica della relazione che si instaura nell'esperienza della surrogazione, l'onerosità può essere piuttosto intesa come riconoscimento del valore specifico del tempo di vita e cura<sup>51</sup> che la donna gestante mette a disposizione<sup>52</sup>, nel quadro di specifici limiti e controlli giuridici che garantiscano la libertà di scelta *in concreto*: se un tale controllo, come evidente, non può essere garantito a pieno dalla mediazione di agenzie private - come nel modello californiano - che, per loro natura, non garantiscono la neutralizzazione rispetto alla torsione delle relazioni secondo una logica di profitto, possono piuttosto essere valorizzate le risorse di una mediazione pubblicistica, da tradurre nell'intervento del giudice (come nel modello greco) o di autorità indipendenti (come nel modello portoghese).

## 6. Rilievi conclusivi

Le sintetiche considerazioni sin qui svolte mostrano quanto sia necessario evitare di irrigidire la discussione sui due estremi, egualmente improduttivi, di una riduzione essenzialistica della dignità femminile e di una declinazione astratta dell'autonomia femminile sul proprio corpo e sul proprio universo relazionale<sup>53</sup>. Tutto al contrario, la declinazione del concetto giuridico di dignità quale strumento volto a riconoscere, promuovere e proteggere *esperienze incarnate di libertà* impone, come si è visto, di

---

pp. 29 ss. Il rapporto tra dono, relazione e reciprocità è stato tematizzato classicamente - proprio nella prospettiva del mutuo riconoscimento, da Ricoeur 2005, pp. 247 ss., specie pp. 253 ss., 261 ss.

<sup>51</sup> Di «pre-birth childcare» come oggetto specifico del compenso nella «responsible surrogacy» parla ad esempio Welstead 2014, p. 333.

<sup>52</sup> In questo senso Saraceno 2017, p. 5.

<sup>53</sup> Pezzini 2017a, p. 207, invita ad «assumere problematicamente le opposte dimensioni in cui la condizione specifica di un essere umano femminile (una donna) viene segnata dal suo corpo sessuato: di *neutralizzazione* (che condanna all'irrelevanza la specificità della esperienza della gravidanza) e di *essenzializzazione* (che ingabbia in una connotazione assolutizzante e totalizzante la condizione della donna, quasi ancorandola alla sola dimensione della gravidanza, come se potesse definirla interamente ed esaustivamente)».

considerare la dimensione della corporeità, riconoscendone tuttavia la funzione di mediazione nell'articolazione di relazioni<sup>54</sup>.

In questa prospettiva, a partire dal riconoscimento dell'irrinunciabilità della partecipazione di una donna a qualunque processo generativo di vita umana - e del valore specifico che tale partecipazione esprime, senza tuttavia tramutarsi per ciò stesso in essenza indisponibile o irrinunciabile *destino*<sup>55</sup> - può divenire possibile articolare un paradigma di comprensione della surrogazione che tenga conto della concretezza delle esperienze e delle specifiche dinamiche di libertà, relazione *e cura* che la caratterizzano: ciò è possibile, in particolare, se il riconoscimento della posizione femminile e della irriducibile asimmetria tra i sessi nel processo generativo non resti ancorato in una logica essenzialistica, ma includa la dimensione trasformativa implicata dalla scelta, e dalla stessa relazione che essa apre. Di nuovo, vengono in questione le diverse dimensioni della dignità, che è personale, relazionale e concreta, nella misura in cui ad essa dà forma l'esercizio di libertà *in relazione*, a partire dalle concrete condizioni in cui la libera scelta è esercitata. Il sé e l'altro rappresentano, evidentemente, limiti all'autodeterminazione: ma altro e fondamentale limite è rappresentato dal corpo stesso, che però non è (solo) essenza, ma (anche) veicolo di relazione. In altri termini, nell'articolare - in rapporto alla surrogazione - il complesso rapporto tra dignità, autodeterminazione e rilievo del corpo, non si può rifuggire dal dilemma dato dal fatto che, da un lato, l'esercizio di libertà immette trasformazione nella logica dell'essenza e, dall'altro, che il corpo riemerge continuamente come referente critico (e anche limite) all'esercizio di libertà.

In particolare, l'esercizio di libertà femminile reinterpreta continuamente la differenza, trasformandola secondo i canoni di una costruzione storica e sociale fondata su autonomia e relazione: la costruzione - personale e sociale - del genere come esperienza di libertà e autonomia femminile *in relazione* trasforma la differenza ed impedisce di opporre all'esercizio di autonomia la rigidità di una essenza predeterminata altrove.

---

<sup>54</sup> Il corpo, in questa prospettiva, non è né oggetto, né soggetto, bensì mezzo di articolazione di relazioni, «origine di conoscenza, tramite di esperienza, occasione di sorpresa» (così Esposito 2018, p. 82, riprendendo Spinoza) o ancora «un lieu d'interrogation existentielle» (Marzano 2013, p. 51): come osservato ancora da Saraceno 2017, p. 5 nell'esperienza della surrogazione è in gioco la capacità di essere preparate, *attraverso il corpo e la mente* «a mediare e a partecipare ad un complessa rete di rapporti».

<sup>55</sup> Secondo Pezzini 2017b, p. 93, ad esempio «la gravidanza non è destino né funzione biologica, ma esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di relazioni» ed in particolare la relazione riproduttiva e la relazione genitoriale.

In quest'ottica porre - come invita a fare il titolo di questo volume - la surrogazione di maternità al centro della questione di genere significa anche e soprattutto riflettere, allora, sulla libertà femminile (non come ideale ma) come esperienza, sul suo rapporto con il corpo e le relazioni, o ancora con il corpo-in-relazione, e dunque anzitutto con il corpo gravido. Il corpo della donna in gravidanza, infatti, rappresenta un limite del tutto particolare all'autonomia femminile, nella misura in cui è - appunto - sede irriducibile di una relazione. Autonomia e responsabilità femminile, in questo caso, sono rivolte verso il corpo *e* verso il nascituro, nella loro irriducibile relazione: come è stato affermato, «il corpo gravido per nove mesi è una *donna che intesse una relazione* ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata»<sup>56</sup>. In altri termini, la valutazione della scelta femminile di portare avanti una gravidanza per altri non può prescindere dalla considerazione che il corpo gravido è veicolo di relazione e responsabilità, e che quella relazione e quella responsabilità confermano (e conformano) l'esercizio di libertà femminile, nel contesto - però - di un più ampio spazio di esperienza che, non riducendosi alla vicenda procreativa, investe la dignità della donna a partire dalle sue concrete condizioni di vita.

Nel caso specifico della surrogazione, insomma, libertà e responsabilità - come implicate dall'esperienza della gravidanza - si muovono in uno spazio necessariamente più vasto, animato da relazioni complesse e da altrettanto complesse dinamiche di reciproca cura. In questo senso, prendere sul serio il rapporto tra autonomia, corpo e relazioni consente di riconoscere la dignità e il valore femminile che sono al centro della surrogazione - al limite, di riconoscere lo stesso elemento di *potere* che inevitabilmente è mobilitato nel processo procreativo, e sondare la possibilità di una sua trasformazione, attraverso il reciproco riconoscimento, in relazione di alleanza - senza tuttavia ridurre la maternità a *destino* cui l'autonomia femminile non può opporsi.

Si tratta, in altri termini, di riconoscere e nominare il corpo, senza annientarlo e senza reificarlo<sup>57</sup>, e mettendolo piuttosto al centro di una dimensione di relazione potenzialmente trasformativa: perché altro è trovarsi di fronte ad una esperienza incarnata di libertà, e altro è trovarsi di fronte ad una esperienza di reificazione<sup>58</sup>. Si assiste,

---

<sup>56</sup> Così Pezzini 2017a, p. 195.

<sup>57</sup> Così ancora, in termini generali, Esposito 2018, pp. 54-55.

<sup>58</sup> Suggestiva al riguardo la differenza, tratteggiata da Marzano, tra reificazione - che si ha quando l'altro è ridotto a cosa, o oggetto di condotte altrui - e incarnazione, che si ha invece quando l'altro è trattato come

insomma, ad un doppio movimento, intimamente interconnesso: per un verso, la dignità è liberata dal suo ancoraggio esclusivo ad una essenza ideale; per altro verso, analogo processo interessa le interpretazioni della libertà, nella misura in cui da una declinazione astratta dell'autodeterminazione è possibile trascorrere, superando l'immagine di «soggetti disincarnati»<sup>59</sup>, verso una sua declinazione *in concreto*, vale a dire attraversata dal corpo e dalle relazioni che per mezzo del corpo si aprono.

In questo senso, il rapporto tra dignità e libertà si alimenta di equilibri complessi, che devono essere - di nuovo - indagati, verificati e giuridicamente gestiti *in concreto*.

Nell'affrontare le complesse questioni poste dalla surrogazione di maternità sul piano della garanzia della dignità e della libertà dei soggetti coinvolti - ed in primo luogo della donna - il giurista è dunque chiamato a confrontarsi con una fondamentale istanza di equilibrio: è nella ricerca e nella garanzia di equilibri che si nasconde la sfida - complessa e mai del tutto esaurita - di conciliare tutela della libertà e protezione delle specifiche vulnerabilità mobilitate dall'esperienza della surrogazione di maternità.

## Bibliografia

Agosta Stefano, “La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di ‘obiter dicta’ da prendere sul serio)”, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n.2, reperibile online: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

Angelini Francesca, “Bilanciare insieme. 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*, 2018, n.1, reperibile online: [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

---

persona, e dunque come termine di una relazione (Marzano 2013, p. 112); alla base c'è, come ovvio, una ben precisa declinazione del rapporto tra corpo, persona e libertà, che si traduce nella capacità di comprendere l'azione umana senza mai dimenticare la sua dimensione corporale (ivi, p. 123).

<sup>59</sup> Nell'espressione di Esposito 2018, p. 73.



Angelini Francesca, “Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in Nicolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 31 ss.

Brunelli Giuditta, “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in Nicolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 77 ss.

Butler Judith, “Rethinking Vulnerability and Resistance”, in Butler Judith, Gambetti Zeynep, Sabsay Leticia (ed.), *Vulnerability in Resistance*, Durham, Duke Univ. Press, 2016, pp. 12 ss.

Carone Nicola, *In origine è il dono*, Il Saggiatore, Milano, 2016.

Casaburi Geremia, “Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata”, in *Il Foro italiano*, 2018, n.1, parte I, pp. 21 ss.

Cervati Angelo Antonio, “A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa”, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1 ss.

Corti Ines, *La maternità per sostituzione*, Giuffré, Milano, 2000.

Esposito Roberto, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2018.

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

Gattuso Marco, “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40”, in *Giudicedonna*, 2017°, reperibile online: [www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it).

Glenn Peter H., *Tradizioni giuridiche del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2011.

Legrand Pierre, *Le droit comparé*, PUF, Paris, 1999.

Legrand Pierre, Munday Roderick (Ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003.

Marzano Michela, *La philosophie du corps*, PUF, Paris, 2013.

Monateri Pier Giuseppe (Ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

Muir Watt Horatia, “La fonction subversive du droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 503 ss.

Niccolai Silvia, “Diamo alla maternità quel che le spetta”, in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017b, pp. 191 ss.

Niccolai Silvia, “La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017a, n.6, pp. 2990 ss.

Olivito Elisa, “Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale”, in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 4 ss.

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 2017°, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio del nome della madre’ nella gravidanza per altri” in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017b, pp. 91 ss.

Ricoeur Paul, *Percorsi del riconoscimento* [2004], Raffaello Cortina, Milano, 2005.

Ridola Paolo, “La Costituzione della Repubblica di Weimar come ‘esperienza’ e come ‘paradigma’”, in Id., *Stato e costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 27 ss.

Ridola Paolo, “La dignità dell’uomo e il ‘principio libertà’ nella cultura costituzionale europea”, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 236 ss.

Ridola Paolo, “La Costituzione e le nuove sfide delle società pluralistiche”, in Id., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997.

Rodotà Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

Rodotà Stefano, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013.

Ronchetti Laura, *L’autonomia e le sue esigenze*, Giuffré, Milano, 2018.

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*, 2017, fasc. 1, pp. 60 ss.

Saraceno Chiara, “Dilemmi intorno alla maternità surrogata”, in *Giudicedonna*, 2017, reperibile online: [www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it).

Scalisi Vincenzo, “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, in *Rivista di diritto civile*, 2017, n.5, pp. 1097 ss.

Scarciglia Roberto, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, Padova, 2018.

Schillaci Angelo, “Oltre la ‘rigida alternativa’ tra vero e falso. identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018a, 1, pp. 385 ss.

Schillaci Angelo, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018b.

Trimblings Katarina, Beaumont Paul, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart, Oxford, 2013.

Walstead Mary, “International surrogacy: arduous journey to parenthood”, in *Journal of Comparative Law*, 2014, pp. 298 ss.

## INTERPRETARE ATTRAVERSO IL DIRITTO LE RELAZIONI CHE PERMETTONO LA RIPRODUZIONE (CONCLUSIONI)

Barbara Pezzini

Con il convegno di Torino del 25 maggio 2018, *GenIUS*, rivista dedicata agli studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, e CIRSDe, centro impegnato nella ricerca interdisciplinare negli studi delle donne e di genere, hanno inteso proporre, sul tema della maternità surrogata, un approfondimento specificamente rivolto all'analisi ed alla ricostruzione delle categorie giuridiche alle quali si fa ricorso quando si affrontano i casi che hanno a che fare con l'esperienza di riproduzione attraverso la pratica della surrogazione di maternità. Alle relatrici e relatori, così come alle *discussant*, è stato chiesto di esplorare in questa chiave gli strumenti e gli istituti attraverso i quali i giuristi affrontano e qualificano l'insieme delle relazioni intersoggettive implicate dalla surrogazione: le relazioni che possono intercorrere tra la madre biologica (di parto) ed i genitori intenzionali (coppie eterosessuali o dello stesso sesso, ma potrebbe trattarsi in ipotesi anche di madri o padri *single*), ma anche che possono riguardare i rispettivi rapporti con medici e con varie figure di intermediatori (che procurano i contatti, assistono la stipulazione di accordi, forniscono assistenza giuridica ecc.).

Si tratta di un tema ampio e di un complesso di problemi sui quali non è certo possibile proporre alcuna riflessione che possa intendersi come conclusiva; tanto più dopo una discussione ricca come quella stimolata dal convegno torinese, e qui restituita dalla rielaborazione dei contributi presentati in quell'occasione, che ha, innanzitutto, a me pare, reso visibile una complessità di opzioni, interpretazioni, posizionamenti ancora irriducibile ad un pensiero compiuto.

Semmai, la prima provvisoria osservazione conclusiva è di una piena soddisfazione per la capacità mostrata di costruire un dibattito approfondito e serrato che, senza ignorare i nodi più difficili, non fosse condizionato dall'ansia di dover necessariamente restituire un pensiero ed un posizionamento compiuti, ma accettasse che il progredire della riflessione

ha bisogno di tempi sufficientemente distesi, giovandosi della discussione in uno spazio «accademico», come è propriamente quello offerto da un centro come CIRSD e così come da una rivista quale *GenIUS*. Uno spazio che può godere del privilegio di un'adeguata distanza dalle asprezze di un dibattito pubblico spesso ideologizzato, pur conservando consapevolezza dell'esistenza di sensibilità e posizioni diverse, nella misura in cui il tema della surrogazione ha implicazioni che affondano profondamente non solo nella sensibilità personale e nella precomprensione, ma anche nella cultura di genere di ciascuno e ciascuna di noi.

Uno spazio che ha permesso una riflessione propriamente giuridica che, tuttavia, – a differenza di quella che si origina intorno ai casi giudiziari che hanno a che vedere con il riconoscimento, la trascrizione o, comunque, i problemi della conservazione di uno *status filiationis* acquisito all'estero – prendesse direttamente in considerazione il momento in cui la pratica della surrogazione si realizza (o si potrebbe realizzare), che considerasse cioè le questioni «a monte», non solo quelle «a valle» dell'esperienza di surrogazione<sup>1</sup>. La seconda prospettiva diventa inevitabile quando ci si muove nello spazio più specifico della attività di giurisdizione (o connessa alla giurisdizione, nell'attività, cioè, dei giudici e dei difensori delle parti che agiscono in giudizio), necessariamente delimitata e condizionata dalle specifiche esigenze di risposta alle richieste che ad essa si rivolgono, che, in un ordinamento nel quale vige un divieto assoluto della pratica della surrogazione, si manifestano nella forma di conflitti sul riconoscimento dello *status* dei figli nati da questa pratica. Ma proprio il limite di una prospettiva esclusivamente «a valle» rende, talvolta, il confronto sui casi particolarmente frustrante<sup>2</sup>, sollecitando un approccio più ampio. Il principio dell'interesse del minore resta il criterio ragionevole e doveroso attraverso il quale affrontare quegli *incerti del mestiere di vivere*<sup>3</sup> che possono aver preceduto la nascita del nuovo essere umano – cui è imprescindibile garantire il massimo di tutela dei rapporti familiari che si sono comunque costituiti, per quanto in un quadro

---

<sup>1</sup> La distinzione a valle/a monte è introdotta da Lorenzetti, 2015 e ripresa da Pezzini, 2017 a.

<sup>2</sup> Come osservato più diffusamente in Pezzini, 2017 a, la sola considerazione a valle dell'interesse del minore finisce per determinare la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che hanno preceduto e reso possibile proprio la nascita del figlio/della figlia del cui *migliore interesse* si discute, consegnando all'irrelevanza non solo e non tanto la maggiore o minore legittimità – almeno alla luce degli ordinamenti del luogo in cui la nascita e le negoziazioni ad essa relative sono avvenute – dei comportamenti individuali dei genitori, ma soprattutto tutta l'esperienza della relazione di gravidanza.

<sup>3</sup> Il richiamo all'espressione che deriva dalla giurisprudenza costituzionale italiana sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002) è intenzionale; v. anche Pezzini, 2010.

della vicenda riproduttiva a fondamento del progetto genitoriale più o meno rispettoso dei soggetti coinvolti e più o meno legittimato da ordinamenti stranieri, che, comunque, non sarebbe il minore ad avere scelto –, ma la sua applicazione lascia filtrare solo alcuni dei profili qualificanti nel contesto complesso delle relazioni implicate da un'esperienza di surrogazione. Qui mi limito a ricordare il caso a mio parere davvero sconcertante del decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, Sez. V civile (che ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita di due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che in California aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la contemporanea gravidanza in favore dei due diversi padri genetici); in quell'occasione la Corte milanese – concentratasi esclusivamente sulla possibilità di ammettere «a valle», in quanto non contrario all'ordine pubblico internazionale, il riconoscimento della paternità genetica, legittimamente attribuita e corrispondente alla verità dei fatti – ha ignorato ogni altro aspetto «a monte» della nascita, consegnando all'irrelevanza giuridica la rete di relazioni che hanno reso possibile la nascita dei due bambini: ed è così giunta ad affermare che l'indicazione nell'originario atto di nascita dei bambini come gemelli (*twins*) avrebbe semplicemente attestato il «fatto» della nascita contemporanea con altro bambino dalla medesima madre biologica, escludendo che valesse a costituire un rapporto di fratellanza. La cesura tra prima e dopo la nascita finisce addirittura per negare ogni rilevanza al legame parentale tra i due gemelli che, oltre che sulla comune origine genetica materna si fonda, persino più profondamente, sulla comune esperienza relazionale con la stessa madre biologica durante una stessa ed unica gravidanza.

L'incontro torinese ha consentito anche di sperimentare positivamente una formula organizzativa caratterizzata da relazioni fatte circolare anticipatamente, perché la discussione potesse essere più consapevole ed effettiva, e dalla individuazione preventiva di *discussant* incaricate di reagire alle relazioni stimolando la discussione; mentre nell'assegnazione delle relazioni era stata privilegiata la specificità disciplinare, che si riflette nell'approccio costituzionale di Laura Ronchetti, privatistico di Pina Palmeri e comparatistico di Simone Penasa, alle *discussant* era stato, invece, chiesto di muoversi liberamente e mettendosi trasversalmente a confronto con gli stimoli forniti dalle relazioni, come, in effetti, Anna Lorenzetti, Joelle Long e Ludovica Poli hanno saputo

egregiamente fare, sia nella discussione, sia nella successiva rielaborazione dei loro interventi. Ne è certamente uscita una ricca mappatura di problemi e posizioni, una riflessione approfondita ed accurata: anche se poche le certezze, tante le riflessioni e gli stimoli.

Ad essi si è aggiunta un'introduzione assai ricca da parte di Marco Gattuso, che ha immesso nel dibattito un ulteriore punto di vista, muovendo dalla ricostruzione attenta del modello californiano, esplicitamente proposto come modello «forte» – in quanto ritenuto più radicalmente capace di assumere senza deroghe o incertezze il principio generale della incedibilità dello *status* familiare che si acquisisce in forza dell'accordo tra la madre biologica ed i genitori intenzionali e del provvedimento giudiziale, *parental order*, che in base a tale accordo riconosce *ab origine* quelli intenzionali come i genitori del nascituro/ del nato – per quanto conclusivamente criticato per una sottovalutazione degli aspetti relazionali della gravidanza e, in particolare, per l'assenza del diritto al ripensamento della madre biologica.

A me pare che in proposito dovrebbe anche e più radicalmente riconoscersi come il c.d. modello forte californiano abbia avuto origine da un vero e proprio paradosso, che ne mina alla radice la consistenza: si tratta, infatti, di una regola giuridica che si è affermata *contraddicendo* l'esperienza dalla quale aveva avuto origine, vale a dire il conflitto tra l'esperienza relazionale vissuta di una gravidanza (la relazione di unità duale tra la madre biologica ed il nascituro) e l'astratto incontro di volontà (tra la madre biologica ed i genitori intenzionali) che l'ha preceduta e che, nel momento stesso in cui potesse prevalere sulla relazione vissuta della gravidanza, la condannerebbe alla irrilevanza, negandone il carattere irrinunciabile di relazione umana primaria e generativa (nel caso ricordato anche da Gattuso all'origine del modello californiano, è noto, infatti, che al termine dell'esperienza di gravidanza attraversata nella sua interezza di svolgimento la madre biologica ha messo in discussione il vincolo che aveva inizialmente assunto nei confronti dei genitori intenzionali).

Ma anche questo paradosso segnala come, nel mettere a tema l'inquadramento possibile dal punto di vista giuridico delle relazioni che precedono ed accompagnano la gravidanza e la nascita, possano emergere – come in effetti sono emersi negli studi stimolati dal nostro convegno – molteplici spunti di riflessione, che contribuiscono a disvelare, diventandone consapevoli, l'asimmetria tra i sessi nella riproduzione e, in linea generale,



gli impliciti di genere<sup>4</sup> che vengono impiegati quando si *interpretano attraverso il diritto* le relazioni che permettono la riproduzione.

Fra i nodi critici sui quali si è appuntata la riflessione, un posto di primo piano è occupato dall'irrinunciabile e primaria esigenza di garantire che la madre biologica possa esprimere nel contesto di una surrogazione una propria ed autonoma volontà non condizionata e non condizionabile e, conseguentemente, dalla necessità di definire quali elementi possano fornirne una garanzia adeguata; si tratta non solo di pensare alle condizioni in cui è possibile che il processo di formazione, la consistenza, l'espressione di una tale volontà della madre biologica risultino adeguate alla assoluta specificità della esperienza di gravidanza, superando la diffidenza e la resistenza che l'ordinamento attivamente oppone al riconoscimento stesso del concetto di autodeterminazione riproduttiva<sup>5</sup>, ma, prima ancora, si tratta di ripensare lo stesso concetto di autonomia come interdipendenza piuttosto che come ininterrotto procedere verso l'indipendenza<sup>6</sup>.

Nello stesso tempo è stato anche rilevato il rischio di una banalizzazione nell'accettazione semplicistica di una prospettazione alternativa delle tipologie altruistica e commerciale, che rimanda alla complessità dei soggetti e delle circostanze di intermediazione «mercantizzabili», ma anche alla stessa logica della valorizzazione attraverso un parametro economico: intorno alle relazioni tra genitori intenzionali e madre biologica insistono tanti mercati possibili ed ingenti costi e (conseguenti) interessi economici risultano comunque implicati dal ricorso alle tecniche di fecondazione assistita<sup>7</sup>, rendendo ogni riflessione sulle forme giuridiche dell'inquadramento delle relazioni che hanno a che fare con la surrogazione di maternità non separabile dal suo svolgersi in un contesto di mercato<sup>8</sup>; le forme della surrogazione sono paradigmatiche del mercato e della mercatizzazione della vita delle persone almeno quanto sono paradigmatiche dei rapporti

---

<sup>4</sup> Per l'importanza fondamentale degli impliciti di genere v. Morra e Pasa, 2015.

<sup>5</sup> Come fa notare Palmeri nel suo contributo.

<sup>6</sup> Tema più ampiamente sviluppato da Ronchetti, 2018.

<sup>7</sup> La surrogazione è diventata quello che è proprio per la discontinuità marcata dalla possibilità di rendere la fecondazione processo medico-tecnologico, e dunque *relazione terapeutica* tra medico e paziente, anziché *relazione sessuale*, intima per eccellenza, tra un uomo e una donna.

<sup>8</sup> Non si tratta, quasi semplicisticamente, del solo scambio di denaro, perché, come sottolineato da D'Antuono, 2018, p. 55: «il denaro non è necessariamente l'agente dello scambio commerciale. Lo è solo quando lo è»; si tratta piuttosto di vedere come molteplici forme di mercificazione possano inserirsi e intrecciarsi con il corso delle relazioni intersoggettive che rendono possibile una pratica di surrogazione.

di genere e, per quanto da ciò non sia *tout-court* possibile derivare conclusioni univoche<sup>9</sup>, su questo terreno vanno attentamente valutate<sup>10</sup>.

A proposito dei criteri di attribuzione della genitorialità «a valle», è stata discussa l'adeguatezza del modello di tipo volontaristico derivato dalla l. 40 /2004, in particolare per la difficoltà di assimilare la surrogazione ad una forma – solo più complessa – di eterologa, che rende problematica l'estensione in via analogica delle soluzioni dettate per l'attribuzione della maternità e per l'esercizio delle azioni di stato. A cui aggiungerei il disagio per una contraddizione che a me pare evidente: quella di derivare il fondamento giuridico di una apertura nei confronti, se non della pratica della surrogazione, degli effetti di tale pratica, da una cornice normativa dichiaratamente restrittiva, in generale ed in modo particolarmente forte proprio nei confronti della surrogazione. Se anche fosse vero, come osserva Palmeri a proposito della legge 40, che «le pieghe del sistema ... riflettono lo spostamento dell'ordinamento verso forme di pura genitorialità intenzionale», mi pare che quelli citati siano ancora ostacoli non di poco conto alla fondazione di un terzo modello di filiazione, puramente intenzionale, applicabile ad ogni fecondazione assistita, sia omologa, sia eterologa, sia finalizzata ad una surrogazione di maternità<sup>11</sup>.

A tutti questi elementi, vorrei aggiungere in conclusione ed in reazione agli stimoli forniti, solo alcuni ulteriori spunti nella prospettiva di interpretare in chiave di genere le relazioni che nella surrogazione permettono la riproduzione<sup>12</sup>.

La prima riguarda il termine ed il concetto stesso di «ripensamento»<sup>13</sup> per indicare la possibilità da parte della madre biologica di mettere in discussione l'attribuzione della responsabilità genitoriale in favore dei genitori intenzionali.

Il «ripensamento» sottintende il già avvenuto perfezionamento di un accordo tra la madre biologica ed i genitori intenzionali, mentre credo che lo stesso processo di *formazione e perfezionamento* della volontà materna nel suo incontro con il progetto genitoriale dei genitori intenzionali vada, invece, inteso come una *fattispecie a formazione progressiva*. La volontà inizia a formarsi nel momento in cui la madre biologica (che avvierà una

---

<sup>9</sup> In questo senso ho inteso anche l'ammonimento di Gattuso, nell'introduzione orale al convegno, di non saltare troppo velocemente alle conclusioni considerando la surrogazione come qualcosa di paradigmatico di altro, come i rapporti di genere o il mercato.

<sup>10</sup> V. D'Antuono, 2018, ma anche Cooper e Walby, 2015; Serughetti e D'Elia, 2016.

<sup>11</sup> Si pensi anche al fatto che l'automatismo introdotto dall'art. 8 della l. 40/2004 presuppone che siano state rispettate le condizioni di dettagliata informazione sulla cornice normativa imposte dall'art. 6.

<sup>12</sup> Rinviando per una più articolata proposta del mio percorso di riflessione a Pezzini, 2017 a; 2017 b; 2018.

<sup>13</sup> Ampiamente usato nel dibattito.

gravidanza acconsentendo all'impianto del prodotto della fecondazione nel suo corpo) instaura un legame con altri soggetti (individuati e riconosciuti come coloro che assumeranno in via esclusiva il ruolo e le responsabilità di genitori dopo il parto: genitori intenzionali) e prosegue perfezionandosi nel corso di un processo continuativo che si completa solo una volta compiuto l'intero tragitto dell'esperienza (in ciò opera una distinzione essenziale della surrogazione di maternità dal parto anonimo, nella misura in cui il coinvolgimento dei futuri genitori è presente nella progettualità iniziale della riproduzione-gravidanza).

La possibilità di un diverso orientamento della volontà della madre biologica va riconosciuta e garantita in ogni momento dello svolgersi dell'esperienza della surrogazione, in quanto, in realtà, la volontà di distinguere definitivamente il progetto riproduttivo da quello di maternità genitoriale non può dirsi compiutamente maturata se non quando la madre biologica si sia materialmente confrontata con l'intera esperienza di durata della gravidanza – esponendosi ai cambiamenti che questa comporta – confermando, passo dopo passo, l'accettazione ed il perfezionamento della relazione con la progettualità genitoriale di altri, inizialmente prefigurata. Non c'è, dunque, da parte della madre biologica nessun tornare indietro o cambiare idea, nessun «recesso» o ripensamento: si tratta semplicemente di riconoscere la necessità che l'intera esperienza relazionale della gravidanza sia stata attraversata, fino a raggiungere il momento in cui si compie la 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. Il momento di maturazione definitiva della volontà viene individuato dalla nascita o, più esattamente, da un congruo termine successivo alla nascita che completi la separazione e garantisca l'avvenuto distacco.

La seconda riflessione concerne scelta delle parole per dire dell'esperienza della surrogazione, dal momento che le parole di per sé ne orientano la considerazione, come ben dimostra la stessa varietà di espressioni utilizzate anche nei contributi a questo dibattito<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Poli utilizza l'espressione «gestazione per altri», a cui ricorrono anche Palmeri e Penasa, insieme, peraltro, a «sostituzione di maternità»; Gattuso «gravidanza per altri»; Long, insistendo in particolare sulla necessità di non rimuovere il riferimento alla madre e la specificità legata al sesso, «maternità surrogata», come Lorenzetti e Ronchetti.

*Surrogazione di maternità* è l'espressione che compare nel divieto disposto dalla l. 40/2004, all'art. 12, co. 6, ed è stata prescelta anche per l'intitolazione del convegno proprio per l'obiettivo riscontro legislativo. *Maternità surrogata o su commissione, locazione o affitto d'utero* (con la brutale sineddoche *utero in affitto*, che rimuove la donna in quanto soggetto e persona), *contratto di maternità, maternità su procura* sono, invece, espressioni ricorrenti che sottendono o si riferiscono ad esperienze differenti o a profili differenti di una esperienza di gravidanza. GPA è l'acronimo che rimanda all'espressione *gestazione per altri*, veicolata in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e raccomandata anche dalle *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI* (a cura dell'Unar, che sollecita anche ad evitare l'espressione *utero in affitto*, espressiva di un giudizio negativo): il rischio è che il processo gestazionale venga messo in rilievo quasi *in sé*, come se si trattasse di un processo biologico oggettivato e disincarnato dal corpo e dalla vita della donna che ne fa esperienza, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica. Dal contesto anglo-americano deriva l'espressione *surrogacy*, utilizzata anche, insieme alla corrispondente versione francese *maternité de substitution*, nei documenti del progetto «*Parentage/Surrogacy Project – Filiation/Maternité de substitution*» nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale, il cui *Glossario* distingue non solo tra i diversi soggetti dell'accordo di surrogazione, *surrogate mother* e *intending parent(s)*, ma anche tra i diversi aspetti e le diverse condizioni della surrogazione (*traditional* e *gestational*, a seconda che ci sia o meno un legame genetico tra madre surrogata e figlio; *for-profit* e *altruistic*, in relazione alla presenza di una remunerazione da parte dei genitori intenzionali che vada oltre la copertura delle spese definite ragionevoli); nonché tra i diversi livelli di riconoscimento di un legame tra figlio e genitori: *legal parentage* e *genetic parentage*, distinguendo tra il criterio di attribuzione dello *status* di genitore ed il riconoscimento del legame genetico, che nella surrogazione possono disgiungersi ed, anzi, spesso non coincidono. Quello che anche il *Glossario* sembra completamente ignorare, però, è la necessità di nominare autonomamente la relazione della madre biologica con il figlio/figlia, dando riconoscimento alla relazione di gravidanza come tale: la madre surrogata sembrerebbe entrare in relazione solo con i genitori intenzionali e non con il nascituro. La scelta dell'espressione *maternità per sostituzione* sottolinea il contesto relazionale tra due donne, una delle quali si presta ad

*una gravidanza per un'altra*: proprio per questo, però, non pare adatta a comprendere anche l'ipotesi di una gravidanza per altri in favore di una coppia omosessuale maschile, che è una parte dell'esperienza della GPA che non pare opportuno ignorare, per il rilievo che è venuta ad assumere anche nella giurisprudenza, benché il dato statistico restituisca una decisa prevalenza di coppie eterosessuali di genitori intenzionali.

In questo quadro, associare consapevolmente ed intenzionalmente la sigla GPA all'espressione *gravidanza per altri* risponde, a sua volta, ad una specifica intenzione: quella di mettere al centro la gravidanza come esperienza femminile insostituibile rendendo esplicita, al contempo, la sua qualificazione rivolta ad un progetto genitoriale di altri<sup>15</sup>.

Proprio per questo, vorrei concludere insistendo sulla necessità di riconoscere in modo fondativo e fondante *l'eccedenza del corpo femminile*, ponendo, come abbiamo inteso fare sin dall'intitolazione dell'incontro torinese, la questione della surrogazione di maternità al centro della questione di genere.

Si tratta della necessità di evitare che la sovrapposizione della costruzione giuridica sul dato dell'esperienza relazionale di gravidanza impedisca di riconoscerne l'eccedenza; come si è già accennato nella critica del c.d. modello californiano, non è questione solo di come si costruiscono gli *status*, ma anche di quale *costruzione di genere* sia implicata da quelle modalità.

La riproduzione sta da sempre al centro della questione di genere; lo è stata a lungo, fondativamente, come causa della minorità, della parzialità, della subordinazione femminile.

Lo mostra paradigmaticamente il tentativo di ribaltamento del pregiudizio nell'articolo XI<sup>16</sup> della *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* che dobbiamo ad Olimpia de Gouges, naufragato insieme con l'esperienza di quella *Dichiarazione* esplicitamente *gender sensitive* che avrebbe consentito di comprendere originariamente le donne

---

<sup>15</sup> In Pezzini, 2017 b, ho dichiaratamente fatto uso dell'espressione surrogazione di maternità o maternità surrogata, non solo quando risultava in questi termini attribuibile specificamente ad un autore/un'autrice, ma anche per riferirmi alla variegata fenomenologia attuale di questa pratica, riservando la formulazione «gravidanza per altri» ad una ricostruzione della pratica relativa condizionata al rispetto del principio irrinunciabile del riconoscimento del nome della madre.

<sup>16</sup> Art. XI : «La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi della donna, poiché questa libertà assicura la legittimità dei padri verso i figli. Ogni Cittadina può dunque dire liberamente, io sono la madre di un figlio che vi appartiene, senza che un pregiudizio barbaro la obblighi a dissimulare la verità; salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

nell'orizzonte degli uguali che costituisce la premessa della costruzione del costituzionalismo moderno, dal quale sono, invece, risultate strutturalmente escluse<sup>17</sup>. L'art. XI affermava un diritto «diseguale», declinato al femminile nella titolarità formale e nel suo contenuto esclusivamente riferito all'esperienza vitale della maternità, che si impone alla nostra attenzione perché rivendica la differenza e per come lo fa: afferma il diritto di rivelare una filiazione naturale e/o adulterina per impedire che si perpetui una condizione di pregiudizio e subordinazione in cui la donna è condannata ad assumere da sola tutta la responsabilità sociale del frutto di una gravidanza, che riguarda e colpisce il suo corpo come «destino biologico». Il diritto di parola delle donne pretende più che una estensione quantitativa della cittadinanza: rovesciando intenzionalmente i fondamenti impliciti dell'esclusione e trasformandoli nelle ragioni espresse dell'inclusione nella sfera dei diritti, implica il rifiuto esplicito di accettare sesso e maternità come la ragione per cui le donne devono tacere, come ciò che le de-qualifica come soggetti e le rende estranee ad un ordinamento a matrice maschile (Scott, 1989).

Ma ancora oggi la riproduzione sta al centro della questione di genere. Come? Racchiusa all'interno di una complementarità tra i due sessi assunta tanto semplicisticamente quanto staticamente, al punto di rischiare di diventare gabbia essenzializzante dell'esperienza di vita femminile o di poterci precludere di vedere, ed affrontare adeguatamente, quanto di profondamente nuovo, anche in materia di riproduzione, emerge e segna le relazioni umane, e quelle di genere in particolare.

Lo vediamo osservando il modo in cui la giurisprudenza costituzionale ha messo la riproduzione al centro della questione di genere, nella continuità di una sequenza di sentenze relativamente recenti e, comunque, esplicitamente sollecitate al confronto con le novità imposte dalle relazioni affettive di coppie *same-sex* così come dalle tecnologie riproduttive (138/2010, 170/2014, 162/2014 e 272/2017). La complementarità dei sessi nella riproduzione viene posta al centro di una nozione di matrimonio, e di conseguenza di famiglia, costituzionalmente riconosciuta dall'art. 29 cost., che si pretende distinta dalla dimensione dell'unione affettiva tra persone dello stesso sesso, fondata sull'art. 2 cost.; il pieno riconoscimento dei diritti della famiglia resta così riservato alle coppie eterosessuali e l'argomento della *funzione/finzione* riproduttiva – usato, benché criticabile

---

<sup>17</sup> Con riferimento all'interpretazione della questione nella *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* di Olimpia de Gouges, v. B. Pezzini, 2017 a, partic. par. 2.

e criticato<sup>18</sup>, nella sent. 138/2010 e confermato nella sent. 170/2014 per sostenere l'interpretazione storicistico-originalista del matrimonio negandone l'accesso alle coppie dello stesso sesso – alimenta nella legislazione la giustificazione della differenziazione di trattamento tra matrimonio eterosessuale ed unione civile omosessuale anche nello spazio delle relazioni familiari verticali<sup>19</sup>. Anche l'apertura alla fecondazione eterologa (sent. 162/2014), che ne consente l'accesso delle coppie eterosessuali rimuovendo il divieto della l. 40/2004, pur facendo uscire la regolazione della p.m.a. dai binari stretti dell'imitazione del modello di procreazione naturale (e dei suoi limiti<sup>20</sup>) avviene avendo cura di ribadirne la differenza costitutiva rispetto alla surrogazione<sup>21</sup>, a cui fa seguito una qualificazione di integrale disvalore di quella pratica nella sentenza 272/2017. Pur aprendo alla valutazione in concreto ed in bilanciamento dell'interesse del minore, che deve sempre accompagnare il giudizio in materia di applicazione dell'art. 263 c.c., la Corte costituzionale dichiara una chiusura netta nei confronti della surrogazione di maternità: richiamando il divieto legislativo, ad esso la Corte non si limita a riconoscere solo un fondamento legislativo, che rende la verità biologica della nascita «interesse di natura pubblica», ma attribuisce anche un fondamento costituzionale connesso alla dignità della donna, che dalla surrogazione sarebbe in modo intollerabile, ed alla qualità delle relazioni umane, che ne sarebbero minate nel profondo. Pur nella sommarietà della motivazione, si coglie in questa affermazione la portata di un limite sottratto alla discrezionalità del legislatore, così come nell'ulteriore e conclusivo richiamo dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento, tramite il divieto penale, attribuisce alla

---

<sup>18</sup> Fra gli altri: Pugiotto, 2010, p. 12; Romboli, 2011, p. 23; Sperti, 2013, partic. p. 115 sg.; Mastromartino, 2013, p. 29

<sup>19</sup> Non senza qualche interna contraddizione, la legge 76/2016 recepisce la distinzione tra famiglia e formazione sociale, in particolare nell'ambiguità dell'esplicita esclusione delle unioni civili dall'accesso all'adozione, preclusa anche nella forma della *stepchild adoption* ex art. 44, co. 1, lett. b), ma con la parziale apertura, direttamente affidata alla magistratura, nei confronti dell'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 1, lett. d).

<sup>20</sup> La configurazione originaria della legge 40 è marcata dalla limitazione delle opzioni, essendo rivolta a simulare, nella gestione restrittiva delle possibilità tecnologiche, gli stessi vincoli che agirebbero in natura, a partire dall'esistenza di una coppia eterosessuale, assunta come presupposto necessario per accedere alle pratiche di p.m.a.

<sup>21</sup> Certamente condivisibile, nella misura in cui sfugge alla tentazione di inquadrare in un'astratta simmetria dei sessi il loro diverso ruolo nella riproduzione, riconoscendo l'irriducibilità dell'esperienza relazionale di gravidanza.

surrogazione, si legge un direzionamento dell'operazione di bilanciamento tra interesse alla conservazione dello *status* e verità biologica della nascita dalla madre biologica<sup>22</sup>.

Ma è proprio l'intera «verità» dell'origine materna che, in un contesto in cui il progetto riproduttivo sorge e viene portato a termine in una discontinuità consapevolmente voluta con il progetto genitoriale, andrebbe ripensata. Gravidanza e parto dicono *una* verità della nascita, riconoscendo *il nome della madre biologica*, della donna che, accogliendo l'embrione in sé, ne ha permesso e accompagnato in una insostituibile relazione di unità duale lo sviluppo dalla potenzialità alla realtà di un nuovo essere umano; mentre la verità del progetto genitoriale è detta dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo, impensabile al di fuori della rete di relazioni tra la madre biologica ed i genitori intenzionali. La verità della nascita del nuovo essere umano ha bisogno di entrambe, perché è detta da tutte le relazioni che, intessendo il progetto riproduttivo e quello genitoriale, hanno reso possibile la sua nascita. Perno essenziale delle quali resta, comunque, la madre biologica, al centro sia della relazione di gravidanza che costituisce l'origine di un nuovo essere umano, sia delle relazioni con i genitori intenzionali, protagonisti del progetto genitoriale; solo il suo ruolo e la sua figura rendono riconoscibile quell'origine materna che, diversamente da quella paterna, semplicemente genetica, è radicata in una significativa esperienza di relazione.

Anche nell'esperienza relazionale complessa di un progetto riproduttivo che accetta il ricorso alla tecnologia, moltiplica i soggetti coinvolti ed implica un peculiare collegamento con un progetto genitoriale di soggetti parzialmente estranei al progetto riproduttivo, va identificata *l'essenzialità del femminile nella vita umana*, sempre presente nella riproduzione.

Il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, rispetto al quale non può, dunque, mancare un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali hanno contribuito a costruire il progetto riproduttivo premessa della loro genitorialità. Ed in questo senso, si può dire

---

<sup>22</sup> Per Angelini, 2018, p. 171, si tratta di un criterio di chiusura; per Sassi e Stefanelli, 2018, p. 23, invece, relegando la questione alle righe finali si sarebbe evidenziata «inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la preminenza» dell'interesse del minore anche nella modalità della gestazione per altri e pur in presenza dell'elevato disvalore.



anche intendere positivamente il suggerimento della giurisprudenza costituzionale: richiamando la scelta proibizionistica del legislatore italiano, la sentenza 272 fornisce una precisa indicazione di metodo: il giudice che, dovendo guardare alle «modalità del concepimento e della gestazione», è tenuto ad operare distinzioni<sup>23</sup> non solo tra surrogazione commerciale e altruistica, ma anche tra i diversi contesti di commercializzazione; deve entrare nel merito degli accordi e contratti intervenuti tra i genitori intenzionali e la madre biologica; deve differenziare le ipotesi in cui un vincolo di tipo contrattuale incide a monte della fecondazione, costituendo *ex ante* la genitorialità esclusivamente in capo ai genitori intenzionali, da quelle in cui è solo dopo la nascita che, acconsentendo la madre biologica, interviene un accertamento della genitorialità in favore dei genitori intenzionali; deve verificare – in astratto ed in concreto - le garanzie di autodeterminazione della madre biologica in ordine alle scelte rilevanti per la salute durante la gravidanza e la possibilità o meno di «ripensamento»<sup>24</sup>, nonché la disponibilità – in astratto ed in concreto – dei genitori intenzionali a garantire al figlio la conoscenza piena di tutte le sue origini, ma anche ad avere contatti con la madre biologica.

Al di là della sent. 272/2017<sup>25</sup>, l'esistenza di un divieto penale viene condivisa e valorizzata dalle letture che in esso rinvencono una più profonda esigenza riconducibile alla matrice personalistica della costituzione che, ancorando all'origine materna una oggettiva e preliminare consistenza materiale dell'essere umano, impedirebbe che la persona sia resa manipolabile artificialmente dal costruito puramente volontaristico della intenzionalità genitoriale<sup>26</sup>. Ma anche potendo convenire sul fine, indubbiamente di grande momento sul piano del diritto costituzionale, in quanto appartenente alla sfera del fondamentale principio personalista, a me pare che il divieto penale resti solo uno

---

<sup>23</sup> S. Niccolai, 2017, osserva che la logica *aut aut* proposta dal giudice *a quo* lascia il posto al *vel vel* nella «regola di giudizio» enunciata per il caso che introduce l'eccezione.

<sup>24</sup> In realtà, se, come si è detto, la determinazione della madre biologica in favore dei genitori intenzionali può completarsi solo dopo la nascita, una volta cessata la condizione di unità duale della gravidanza, non appare corretto parlare di «ripensamento».

<sup>25</sup> La cui affermazione di disvalore pare a Chieffi, 2018, p. 15, «eccessiva e per certi versi forzata».

<sup>26</sup> Niccolai, 2017, p. 2997, che su questa dimensione insiste da tempo nei suoi scritti, commentando la sent. 272 afferma che in essa «affiora il suggerimento che la riduzione volontaristica, così come non è consona al diritto, non lo è neppure ai diritti» e che «il riferimento della Corte alle relazioni umane mette in chiaro che non è solo la donna — e tanto meno la sola “portatrice” — la titolare dei beni offesi dalla surrogazione di maternità, ma l'intera convivenza, e si oppone all'idea che la g.p.a. sia benefica per le relazioni umane, quale mezzo per formare le famiglie»: ciò perché la soggettività di cui ogni nuovo nato è portatore per il fatto stesso dell'essere venuto al mondo è un interesse che precede l'atto del suo riconoscimento, e vale per sé, non è riflesso dell'interesse di altri.

strumento, nemmeno troppo sofisticato<sup>27</sup>, al servizio del riconoscimento dell'origine femminile come principio della vita<sup>28</sup>, che potrebbe diversamente ispirare – in una prospettiva aderente all'analisi di genere ed orientata dal principio costituzionale anti-subordinazione di genere – una riflessione *de iure condendo* sulla possibilità di modello di inquadramento giuridico della *gravidanza per altri* fondato sul “*principio del nome della madre*”<sup>29</sup>, capace di riconoscere e valorizzare l'eccedenza di valore femminile della gravidanza della madre biologica, che resta, nella sua intrinseca dimensione di relazione umana primaria, l'elemento che, costituendo l'*origine materiale* della nascita di un nuovo essere umano, di questa nascita fornisce il *principio di senso*.

## Bibliografia

Angelini Francesca, “Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore”, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, p. 172

Chieffi Lorenzo, “Nuove frontiere della medicina della riproduzione nel confronto tra alcune esperienze giuridiche”, in *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di Chieffi Lorenzo, Mimesis, Milano-Udine, 2018, p. 9

Cooper Melinda, Waldby Catherine, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015

D'Elia Cecilia, Serughetti Giorgia, *Libere tutte*, Minimumfax, Roma, 2016

D'Antuono Emilia, *Portare al mondo, venire al mondo*, in *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di Chieffi Lorenzo, Mimesis, Milano-Udine, 2018, p. 49

---

<sup>27</sup> Lo osserva anche L. Ronchetti.

<sup>28</sup> Per Angelini, 2018, p. 164, invece, si tratta di due facce di una medaglia.

<sup>29</sup> L'articolazione del principio del nome della madre è proposta in forma articolata in Pezzini, 2017 a e b.

Lorenzetti Anna, “Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare”, in *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di Azzalini Marco, *Quaderni di biodiritto*, Aracne, Ariccia, 2015, p. 104

Mastromartino Fabrizio, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 29

Morra Lucia, Pasa Barbara (cur.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Giappichelli, Torino, 2015

Niccolai Silvia, “La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo”, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2993-95

Pezzini Barbara, “Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?” in Bin Roberta, Brunelli Giuditta, Guazzarotti Andrea, Pugiotta Andrea, Veronesi Paolo (cur.), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017 (a)

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio del nome della madre’ nella gravidanza per altri”, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Niccolai Silvia e Olivito Elisa, Jovene, Napoli, 2017, p. 91 (b)

Pezzini Barbara, “La riproduzione al centro della questione di genere. Premesse per un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della GPA (gravidanza per altri)”, in *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, e-book, Cirsde, Torino, 2018, p. 88 (relazione inizialmente presentata

all'interno della sessione "Corpi" del convegno organizzato a Torino l'1 e 2 dicembre 2016 dal CIRSDe)

Pugiotto Andrea, "Una lettura non reticente della sentenza 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio", in *forumcostituzionale.it*, 2010, p. 12

Romboli Roberto, "La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali", in Pezzini Barbara, Lorenzetti Anna, *Unioni e matrimoni sam-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, p. 23

Ronchetti Laura, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffr , Milano, 2018

Sassi Andrea, Stefanelli Stefania, "Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gpa", in *articolo29.it*, 2018

Scott Joan, "French Feminists and the Rights of 'Man': Olympe de Gouges's Declarations", *History Workshop*, No. 28 (Autumn, 1989), pp. 1-21, Oxford University Press, <http://www.jstor.org/stable/4288921>

Sperti Angioletta, *Omosessualit  e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2013

## NOTE BIO-BIBLIOGRAFICHE DEGLI AUTORI E DELLE AUTRICI

### MIA CAIELLI

Mia Caielli è professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, dove insegna Diritto costituzionale italiano e comparato, Giustizia costituzionale comparata e Anti-Discrimination Law. Direttrice del CIRSD e dal 2016, adotta una prospettiva di genere nell'analisi dei temi principali oggetto della sua attività di ricerca: i diritti fondamentali, il principio costituzionale di eguaglianza, le nuove sfide del diritto anti-discriminatorio italiano e sovranazionale.

### MARCO GATTUSO

Giudice presso il tribunale di Bologna, è promotore e direttore del portale di informazione giuridica Articolo29 e codirettore del semestrale GenIUS, rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

### JOËLLE LONG

Joëlle Long, joelle.long@unito.it, componente del Comitato scientifico del CIRSD e ricercatrice confermata di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino dove insegna Diritto di famiglia e minorile.

I suoi interessi di ricerca riguardano il diritto delle persone, delle famiglie e minorile considerati secondo tre direttrici principali: il ruolo delle fonti di origine internazionale ed europeo, i profili interculturali e gli studi di genere. È condirettrice della Rivista Minorigiustizia (Franco Angeli). Partecipa a progetti di ricerca nazionali e internazionali interdisciplinari ed è autrice di numerose pubblicazioni in lingua italiana e inglese prevalentemente sui temi delle famiglie e minorili. Tra le più recenti si segnala "Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità", in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (a cura di), *Maternità, filiazione e genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 145-159.

#### ANNA LORENZETTI

Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bergamo, Dipartimento di Giurisprudenza, dove insegna nel corso di *Analisi di genere e Diritto antidiscriminatorio*. I suoi interessi di ricerca riguardano il Diritto antidiscriminatorio europeo, l'uguaglianza e i diritti sociali, i Diritti delle persone LGBTI, sui quali ha all'attivo numerose pubblicazioni, tra cui *Diritti in transito* (FrancoAngeli, 2013), sulla condizione giuridica delle persone transessuali. Recentemente, si è occupata di giustizia riparativa con una indagine dalla prospettiva del diritto costituzionale (*Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, FrancoAngeli, 2018).

#### GIUSEPPA PALMERI

Giuseppa Palmeri, ordinaria di Istituzioni di diritto privato nel corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza dell'Università di Palermo, è autrice di monografie, articoli e saggi in tema di diritti fondamentali, persona e famiglia.

È anche autrice insieme ad Alfredo Galasso dei due volumi di Istituzioni di diritto privato (Zanichelli, 2017).

#### SIMONE PENASA

Simone Penasa è ricercatore a tempo determinato tipo A in Diritto costituzionale comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Da anni fa parte del Gruppo BioDiritto presso la medesima Facoltà ([www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)). Ha svolto attività di ricerca presso numerosi centri di ricerca internazionali, tra cui il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2016) e l'HeLEX Centre (Centre for Health, Law and Emerging Technologies, Oxford, 2010). Ha pubblicato numerosi articoli in materia di biodiritto e diritto costituzionale comparato, tra cui la monografia *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2015.

## BARBARA PEZZINI

Barbara Pezzini, costituzionalista; lavora all'università di Bergamo, dove ha avviato nel 2001 un insegnamento curricolare ora denominato *Analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*; è attualmente pro-rettrice delegata alle politiche di equità e diversità. Nei suoi studi si è occupata di: bicameralismo, presidente della repubblica, diritti sociali, del referendum consultivo, del CSM e della condizione giuridica del non cittadino, nonché, a più riprese, delle riforme istituzionali e costituzionali.

Nel suo percorso di ricerca è particolare l'attenzione all'ottica di genere nello studio dei diritti fondamentali e dell'uguaglianza costituzionale. Ha contribuito a fondare nel 2014 la rivista on line GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, di cui è stata condirettrice sino al 2018. È autrice di numerose pubblicazioni in ottica di genere (tra le quali: "Inizio e interruzione della gravidanza", nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, 2011; i due volumi del corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio *La costruzione del genere. Norme e regole*, e *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, 2012; "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", in *Costituzionalismo.it*, 1/ 2017).

## LUDOVICA POLI

Ludovica Poli è ricercatrice di diritto internazionale, abilitata alle funzioni di professore associato, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, dove insegna Diritto internazionale e tiene un corso sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Ha conseguito un dottorato in diritto internazionale (2008), un master in peacekeeping management (2004) e un master in bioetica ed etica clinica (2016). Il suo principale campo di ricerca è la tutela internazionale dei diritti umani, ma si occupa anche di diritto umanitario, di diritto penale internazionale e di diritto delle organizzazioni internazionali. È membro della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI); della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI); dell'Istituto internazionale di diritto umanitario (IIHL) e del Centro interdisciplinare di ricerca e studi sulle donne e il genere dell'Università di Torino (CIRSDe).

LAURA RONCHETTI

RTDB di Diritto costituzionale presso l'Università del Molise, abilitata per la prima fascia IUS 08, nell'A.A. 2018-19 insegna *Costituzione e donne e Diritti fondamentali* nel Corso in Scienze politiche.

Autrice di circa 80 pubblicazioni in tema di genere, migrazioni, regionalismo, rappresentanza politica, integrazione europea, ha scritto due monografie: *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni*, Napoli, Jovene, 2007 e *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018. Tra le pubblicazioni si segnalano “Autonomy and Self-Realization of Migrant Women. Constitutional Aspects”, in E. Olivito (Ed.), *Gender and Migration in Italy. A Multilayered Perspective*, Ashgate, 2016, pp. 77-96; “Donne e corpi tra sessualità e riproduzione”, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006 e in M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne in Costituzione*, Napoli, 2007, pp. 141-169; *Autonomia e differenze di genere*, in corso di pubblicazione.

È stata Finalista al Premio Nazionale di Divulgazione Scientifica 2014 con il volume *La Repubblica e le migrazioni* (Giuffrè, 2014), co-docente Jean Monnet nel modulo: *Comprehending European Citizenship and Immigration Law* presso l'Università La Sapienza di Roma (2017-2019).

È stata Visiting Scholar alla Columbia University (NY, USA, 2005), alla Humboldt-Universität (Berlino, Germania, 2005), alla Indiana University (USA, 2009) e alla University of Mississippi (Oxford, USA, 2016).

ANGELO SCHILLACI

Angelo Schillaci è ricercatore e docente in diritto pubblico comparato all'Università degli Studi di Roma “Sapienza”.

È autore di monografie (quali *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018; *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2012) nonché di articoli e saggi su temi legati alle implicazioni costituzionali del processo di integrazione europea, al rapporto tra libertà e sicurezza in relazione alla lotta al terrorismo internazionale, ai diritti e alle libertà fondamentali, al ruolo dei movimenti nello sviluppo della democrazia contemporanea.



Nel 2014 ha curato, per l'editore Carocci, un volume dal titolo *Omosessualità Eguaglianza Diritti. Desiderio e riconoscimento*; ha pubblicato inoltre articoli e saggi sulla tutela della vita familiare omosessuale, anche con riferimento alla legge n. 76/2016 (Unioni civili e convivenze di fatto). Collabora con il portale di studi giuridici [Articolo29.it](http://Articolo29.it), e fa parte della redazione di *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*.