

Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata

Alessandra Pisu*

PROCREATIVE HEALTH AND SURROGACY. THE PERVERSE EFFECTS OF THE PROHIBITION

ABSTRACT: The essay examines maternity surrogacy as a method of medically assisted procreation practicable in a controlled health context to remedy pathologies that prevent the woman from becoming pregnant. In this perspective, the author examines the consequences of the prohibition of surrogacy and identifies a space of admissibility for solidary gestation for others, considering the reasons that justify the crime.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; Rokitansky syndrome; surrogacy; parental responsibility; best interest of the child.

ABSTRACT: Il contributo indaga la gestazione per altri quale metodo di procreazione medicalmente assistita praticabile in un contesto sanitario controllato per ovviare a patologie che impediscono alla donna di intraprendere una gravidanza. In questa prospettiva, l'autrice esamina le conseguenze del divieto di surrogazione di maternità e, alla luce della *ratio* del reato, individua uno spazio di ammissibilità per la gestazione solidale per altri.

PAROLE CHIAVE: procreazione medicalmente assistita; sindrome di Rokitansky; maternità surrogata; responsabilità genitoriale; best interest del minore

SOMMARIO: 1. Salute procreativa e accesso alla PMA nella legge n. 40/2004 e nella giurisprudenza costituzionale – 2. Divieto di surrogazione di maternità, dignità della gestante e tutela dei (neo)nati – 3. *L'affaire A.L. c. France* (CEDU, 7 aprile 2022): la maternità surrogata mediante “*insémination artisanale*” e *l'enfante conteso* – 4. Infertilità femminile e sostituzione altruistica nella gestazione, ovvero come ovviare a un problema di salute – 5. Prospettive *de iure condendo*, dall'ammissibilità della gestazione solidale per altri alla proposta di “reato universale”.

1. Salute procreativa e accesso alla PMA nella legge n. 40/2004 e nella giurisprudenza costituzionale

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita individua il proprio fine nell'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla

* Professoressa associata di diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Cagliari. Mail alepisu@unica.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

infertilità umana»¹. Lo scopo perseguito dalla legge n. 40/2004, dunque, è tutelare e regolare la salute procreativa, quale peculiare aspetto del più generale diritto alla salute, che coniuga al suo interno l'integrità psicofisica della persona, il suo benessere e la sua autonomia esistenziale².

La funzione riproduttiva costituisce, difatti, una delle prerogative più preziose dell'essere umano. Grazie ad essa ogni persona che aspiri alla genitorialità non solo può contribuire ad assicurare la sopravvivenza della specie, ma riesce a realizzare la propria esistenza e il profilo identitario di sé.

Generare una nuova vita è una di quelle rare vicende umane che riescono tendenzialmente a coniugare la massima utilità dei singoli con il massimo beneficio per la collettività. Ciò dovrebbe orientare le norme al *favor procreationis* e le decisioni istituzionali ad assicurare effettività al diritto alla salute e al principio di autodeterminazione anche in questo campo³.

Nella procreazione, la salute – sotto forma di capacità di generare – diventa presupposto di estrinsecazione della libertà e della personalità dell'individuo. Ne consegue che, ogniquale volta limiti di ordine biologico, superabili con l'ausilio altrui e della tecnica, impediscano la filiazione naturale, l'ordinamento giuridico dovrebbe agevolare il superamento, a tutela del diritto alla salute e dei diritti procreativi della coppia, sempre entro il limite del rispetto della persona umana e della sua dignità, da declinare e misurare nei diversi contesti concreti⁴. La costruzione e, ove se ne manifesti la necessità, l'adattamento della disciplina legislativa dei bisogni di cura in ambito procreativo dovrebbe aspirare a

¹ Art. 1, comma 1, l. n. 40/2004.

² Ad essere regolato, chiarisce la dottrina (A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 3, Milano, 2021, 192 ss.), è «il modo in cui le donne e gli uomini si riproducono e hanno una prole, e cioè qualcosa che appartiene a una dimensione strettamente personale di particolare delicatezza, e non un'attività materiale socialmente pericolosa». La materia, così connessa alla libertà personale inviolabile di ogni individuo, contribuisce a rimarcare la chiara impronta illiberale della legge n. 40/2004, che è andata via via disgregandosi per contrasto con i principi costituzionali, giacché, con essa, «lo Stato aveva introiettato la norma morale, la aveva trasformata in norma giuridica e aveva prescritto *chi e come* deve riprodursi».

³ Viceversa, l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale regolate dalla l. n. 40/2004 è fortemente ostacolato, nella gran parte delle regioni italiane, da condizioni di fatto non favorevoli. Per cercare di migliorare il quadro è da tempo in atto il tentativo di procedere all'inserimento delle prestazioni ammesse nei Livelli Essenziali di Assistenza, così da garantire i relativi servizi in tutto il territorio nazionale, senza costi per i richiedenti che ne hanno diritto e con regole uguali per tutti. Ma, mentre si attende l'approvazione dei nuovi LEA e lo schema di decreto per la determinazione delle tariffe incassa forti critiche da parte degli operatori del settore (V. la [Lettera-aperta-OPERATORI-PMA-SUI-LEA-E-IL-DECRETO-TARIFFE.pdf \(onb.it\)](#), il panorama resta fortemente disomogeneo e diseguale a causa della carenza di centri specializzati e di una copertura dei costi sanitari garantita solo in alcune regioni. Tutti i dati si leggono nella relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40/2004, disponibile in [C 17 pubblicazioni 3162 allegato.pdf \(salute.gov.it\)](#). Nel frattempo, al fine di agevolare l'accesso a prestazioni di cura e diagnosi in regioni dove le stesse non risultano ancora inserite nei livelli essenziali di assistenza, ovvero non soddisfano il fabbisogno, la legge di bilancio 2021 (l. n. 178/2020 art. 1, commi 450 e 451) – finanziando un incremento della dotazione del fondo per le tecniche procreazione medicalmente assistita di cui all'art. 18 l. n. 40/2004 per un ammontare di 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023 – ha riconosciuto un contributo (in misura massima stabilita con apposito decreto), in favore delle coppie con infertilità e sterilità. Fonte: I nuovi Livelli essenziali di assistenza (LEA) (disponibile in <https://bit.ly/3A70vBe>).

⁴ Si registra invece una forte resistenza delle istituzioni al ripensamento di vincoli e divieti legislativi che tutt'ora limitano le opportunità di procreare mediante l'ausilio della scienza medica e la collaborazione di soggetti estranei alla coppia genitoriale.

realizzare un modello aperto e flessibile, non trascurando l'idea che la salute si tutela anche mediante una buona norma⁵.

Seguendo questa linea direttrice, dall'entrata in vigore della legge sulla PMA, la Corte costituzionale ha rimosso alcuni divieti che irrigidivano in modo irragionevole l'impianto normativo originario⁶: quello di produrre embrioni in numero superiore a tre, con l'obbligo per il medico di un unico e contemporaneo impianto⁷; quello che investiva la fecondazione eterologa in presenza di cause di sterilità o infertilità assolute e irreversibili degli aspiranti genitori⁸; quello relativo alla diagnosi preimpianto, ora ammessa per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi⁹.

L'insieme di queste decisioni ha contribuito a correggere una legge ideologicamente orientata che realizzava una fortissima ingerenza nelle scelte procreative individuali, con limitazioni e divieti non giustificati dall'esigenza di tutelare interessi confliggenti di pari rango costituzionale. Esattamente l'opposto di quanto il diritto è chiamato a fare in ambiti eticamente sensibili, ove l'imposizione di una data visione valoriale, lesiva del pluralismo, della laicità dello Stato e dell'autodeterminazione della persona, espressa con divieti, dovrebbe lasciare il passo a una regolamentazione per principi, leggera e comunque flessibile, così da realizzare un equilibrato bilanciamento tra il diritto sostanziale regolato e gli interessi eventualmente confliggenti.

Nel frattempo, la graduale affermazione di nuovi modelli di famiglia procede inesorabile nella società, di pari passo con il diffuso convincimento che il ruolo di genitore coincida non più e non soltanto con un legame di tipo biologico con la prole, quanto piuttosto con l'assunzione effettiva di una responsabilità di cura verso i nati, che sovente trae origine da un progetto di procreazione da realizzare mediante il ricorso a tecniche di concepimento artificiali¹⁰.

⁵ È l'idea di fondo dalla quale muovono le riflessioni di E. LECCESE, *La norma come strumento di autodeterminazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2021, 305 ss.

⁶ La l. n. 40/2004 ha rappresentato un tipico esempio di legge "manifesto", "creatrice di modelli di vita", con la quale si è inteso disciplinare l'uso di tecnologie mediche, definendo un modello generale di svolgimento delle scelte del singolo sulla propria salute. L'imposizione di un rigido modello di comportamento, tramite la previsione di rigorosi e ristretti criteri di accesso alle terapie, si è però scontrata con i principi costituzionali di libertà, dignità e responsabilità sociale. Per un'analisi critica della tecnica legislativa seguita, B. MALAIS, *La legge sulla procreazione assistita e il drafting. Brevi riflessioni tra diritto e scienza*, in AA. VV., *Tecnologie e salute. Alcuni profili giuridici*, Roma, 2016, 89 ss. Sulle decisioni della Corte costituzionale: G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in AA. VV., *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, 1445 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, in AA. VV., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, in G. PERLINGIERI, A. FANCHECHI (a cura di), Napoli, 2017, 836 ss.; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 162 ss. Una dettagliata e completa rassegna giurisprudenziale è curata da A. CARRATO, R. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza costituzionale e di illegittimità*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2021, 1128 ss.

⁷ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151.

⁸ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

⁹ V. Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 e 11 novembre 2015 n. 229, la quale ultima ha completato l'intervento demolitorio con riguardo alla connessa ipotesi di reato.

¹⁰ Per un interessante e ragionata ricostruzione del processo evolutivo in atto e del complesso legame tra il fenomeno sociale della famiglia e il diritto, v. M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014. La procreazione diviene il fulcro del moderno diritto di famiglia anche nella prospettiva di L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato dir. priv.*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), Milano, 2021.

Tutti i fattori sommariamente indicati che limitano di fatto o impediscono per legge l'accesso alla PMA inducono le coppie in cerca di figli, sia etero che omosessuali, dotate delle necessarie risorse economiche¹¹, a coronare l'aspirazione alla genitorialità all'estero, facendo non di rado ricorso a metodi vietati in Italia, ma consentiti in altre nazioni. In ogni caso, affrontando uno sforzo emotivo personale che aggrava un percorso di per sé già irto di difficoltà.

Sembra dunque utile avviare una riflessione sui divieti residui, sulla loro efficacia e appropriatezza, valutando l'opportunità di mantenerli inalterati o modificarli, soprattutto ove espressi in termini assoluti e presidiati dall'estrema *ratio* della sanzione penale. È quanto ci riproponiamo di fare con specifico riferimento alla cd. maternità surrogata.

2. Divieto di maternità surrogata, dignità della gestante e tutela dei (neo)nati

Benché la giurisprudenza costituzionale abbia realizzato un graduale allentamento delle maglie della l. n. 40/2004, è rimasto finora fermo il divieto assoluto di surrogazione di maternità sancito dall'art. 12, comma 6, rispetto al quale la Consulta ha confermato il giudizio di disvalore, espresso dal legislatore con la previsione di reato¹², sulla base dell'osservazione secondo la quale la gestazione per altri «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*»¹³.

¹¹ Il ricorso alla PMA, soprattutto se effettuato in cliniche private estere, richiede notevoli esborsi di danaro. Ne derivano, tra l'altro, interessanti risvolti sul piano previdenziale e assicurativo, v. S. LANDINI, *Polizze sanitarie nelle dinamiche contemporanee della longevità health insurance in the contemporary dynamics of longevity*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 511 ss., la quale osserva come la nuova dimensione del concetto di cura – che include anche i trattamenti ordinati ad uno sviluppo della dimensione esistenziale della persona, come le pratiche di procreazione medicalmente assistita e di maternità surrogata – stia alimentando una sempre maggiore domanda di servizi sanitari che, generando un incremento di spesa non sostenibile con le risorse statali, deve trovare risposta nell'offerta di sanità integrativa.

¹² La norma prevede che «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».

¹³ Così, Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5. L'affermazione, peraltro non decisiva ai fini della soluzione della questione sottoposta alla Consulta, è riportata tra parentesi dall'estensore laddove (punto 4.2 del *Considerato in diritto*) sottolinea che, davanti all'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c., il giudice (salvo che sia proposta dal figlio) deve valutare «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio, perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, *che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità» (corsivo aggiunto). Il giudizio di merito da cui ha avuto origine la sentenza riguardava l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso di una coppia italiana alla surrogazione di maternità realizzata all'estero mediante ovodonazione. Difatti, al riconoscimento del nato effettuato dalla compagna del padre biologico aveva fatto seguito un procedimento di impugnazione del riconoscimento della donna per difetto di veridicità, promosso da un curatore speciale del minore su specifico mandato del Tribunale dei Minorenni. Nel corso del giudizio d'appello (Corte d'Appello Milano, ord. 25 luglio 2016) fu sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione possa essere accolta solo quando rispondente all'interesse del minore a vedere riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione «quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». In sostanza, il giudice *a quo* aveva inteso denunciare l'irragionevolezza di un automatismo decisorio basato sulla sola esigenza di verità dello *status*, che avrebbe impedito di tenere conto degli altri interessi in gioco. Dichiarando la questione infondata, la

L'affermazione è costantemente ripetuta dalla giurisprudenza successiva, ma – significativamente – sempre in passaggi motivazionali ultronei rispetto alle questioni controverse, come fu nel primo *obiter* del 2017.

La dottrina più attenta sottolineò subito come l'astrattezza di un'affermazione così netta tradisse «una certa retroguardia di sapore paternalista sulla capacità di autodeterminazione di chi la maternità surrogata la pone in essere, cioè della donna», supponendosi che quest'ultima «anche quando maggiorenne, consapevole, indipendente e libera, debba vedersi per forza ed in ogni caso violata nella sua dignità nel caso decida di partecipare al progetto di genitorialità altrui»¹⁴.

La legittimità della scelta statale di disincentivare la pratica è stata ulteriormente ribadita – con le medesime testuali argomentazioni – nella recente sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo¹⁵ l'art. 55, della l. n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, rinviando all'art. 300, comma 2, c.c., prevede(va) che l'adozione in casi particolari non comporti alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante¹⁶. La decisione ha definitivamente rimosso, in nome del principio di unicità dello *status* di figlio e del superiore interesse del minore¹⁷, uno dei limiti che la stessa giurisprudenza costituzionale aveva segnalato circa il ricorso

Corte ha escluso che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale e ha concluso che i due valori potenzialmente confliggenti, verità ed interesse del minore, devono essere bilanciati mediante un adeguato giudizio comparativo che tenga conto di diversi elementi che concorrono a definire la complessiva identità del minore, tra i quali la conservazione dello *status filiationis* acquisito e (per quanto qui interessa) le modalità della sua procreazione.

¹⁴ Puntualmente, E. FALLETTI, *Filiazione e riconoscimento di atto di nascita straniero. Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*, in *Giur. it.*, 8-9, 2018, 1830 ss.

¹⁵ In violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU).

¹⁶ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79. Per un quadro delle tesi elaborate in dottrina sulla questione risolta dalla Consulta, v. A. GORGONI, *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino, 2021, 188 ss. La sentenza, intervenuta in un procedimento concernente l'adozione ex art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 richiesta dal partner unito civilmente al genitore biologico di una minore concepita all'estero mediante surrogazione di maternità (nascita avvenuta, dunque, in un percorso di fecondazione assistita cui avevano partecipato dall'inizio entrambi i genitori d'intenzione), nel punto 5.2.3 del *Considerato in diritto*, ricorda che la precedente giurisprudenza costituzionale «ha inteso escludere che il “desiderio di genitorialità”, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita “lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati”, possa legittimare un presunto “diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*» (sentenza n. 221 del 2019)». Sembra condividere, inoltre, le ragioni del divieto di surrogazione di maternità individuate dalla decisione n. 272 del 2017, unitamente alla preoccupazione (già segnalata da Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33) che la pratica asseconi «un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale».

¹⁷ L'art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (NY 1989), stabilisce: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration». Il principio del superiore interesse del minore è altresì consacrato dall'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, similmente, prevede: «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente». Sul possibile abuso della clausola generale, che permea infine il nostro diritto di famiglia, parte della dottrina ha espresso da tempo una certa preoccupazione. Si veda, tra gli altri, L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; Id., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016,

all'adozione speciale, di cui all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983¹⁸, per il consolidamento del rapporto dei nati da maternità surrogata con il *partner* del genitore biologico¹⁹.

La soluzione "adottiva", individuata dalle Sezioni Unite nel 2019 per formalizzare lo *status filiationis* dei nati all'estero da gestazione per altri con il genitore d'intenzione non biologico²⁰, fu di lì a poco indicata dal Giudice delle leggi come non del tutto adeguata a salvaguardare l'interesse del minore per una pluralità di ragioni, tra le quali l'esigenza che il rapporto di filiazione si accerti e stabilizzi in modo pieno, effettivo e con procedure celeri²¹.

Da qui i moniti rivolti al legislatore affinché si faccia carico di adottare una normativa idonea ad assicurare una piena tutela degli interessi dei minori²². Moniti rimasti allo stato inascoltati.

Sempre le Sezioni Unite del 2019 avevano qualificato il divieto di maternità surrogata come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»²³.

86 ss. Ancora sul criterio: V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 405; E.L. GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2017, 1722.

¹⁸ Questa forma di adozione speciale è ampiamente utilizzata per consacrare il rapporto di filiazione tra genitore intenzionale non biologico e nato da maternità surrogata, anche nelle coppie *same sex*. Più in generale, e oltre i nostri confini nazionali, l'idea di fare ricorso all'istituto dell'adozione in caso di dissociazione tra madre genetica e partoriente fu suggerita dalla Commissione *Warnock*, istituita dal governo britannico nel 1982 per esaminare i potenziali sviluppi che i progressi della scienza in medicina già mostravano circa la fecondazione in vitro e l'embrilogia. La Commissione, chiamata a dare raccomandazioni sulle politiche sociali e giuridiche da adottare per l'eventualità della nascita di figli concepiti con donazione di ovulo e cresciuti dalla madre genetica indicò il rimedio di «rendere le leggi sull'adozione più flessibili», così da permettere alla madre genetica di adottare il bambino figlio "per legge" della madre surrogata (partoriente). Per un'acuta e stimolante analisi del Rapporto *Warnock*, e del divieto di maternità surrogata che, all'esito dei lavori, la Commissione britannica suggerì di mantenere, si legga M. MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, 119 ss.

¹⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Dir. fam. e pers.*, I, 2021, 528.

²⁰ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dir. fam. e pers.*, I, 2020, 392, dichiarò la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del provvedimento estero che attribuiva la paternità al genitore intenzionale non biologico di due gemelli nati in Canada da gestazione solidale condotta per una coppia di uomini, indicando, a tutela dei minori, la via dell'adozione in casi particolari. Lo strumento – è bene ricordarlo – richiede, oltre al consenso dell'adottante, il consenso del genitore biologico, risultando così impercorribile nel caso in cui intervenga una crisi della coppia genitoriale. In dottrina: G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, 815; *Id.*, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 7, 2019, 653; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, *ivi*.

²¹ L'esigenza è ribadita a livello sovranazionale da Corte EDU, 16 luglio 2020, D. contro Francia; Corte EDU, Grande camera, parere consultivo 9 aprile 2019.

²² Nelle note sentenze gemelle 9 marzo 2021 n. 32 (due madri) e n. 33 (due padri) la Corte costituzionale ha invitato il legislatore a colmare il *vulnus* normativo a tutela dei minori nati all'estero mediante il ricorso a pratiche di procreazione vietate in Italia: la fecondazione eterologa per coppie dello stesso sesso e la maternità surrogata. Numerosissimi i commenti tra i quali si segnalano: G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, 7, 704 ss.; M.C. VENUPI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4, 949 ss.

²³ Lo ricorda successivamente anche Cass., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668.

Una posizione granitica, dunque, quella dei giudici nel ritenere che la dignità della donna sia fatalmente violata in ogni ipotesi di gestazione in sostituzione. Non si può, tuttavia, omettere di osservare come la giurisprudenza giunga a questa conclusione senza mai approfondire ed esplicitare le ragioni sottostanti il divieto di surrogazione di maternità²⁴. Sebbene questo compito possa ritenersi esorbitante rispetto al contesto giudiziario considerato, nel quale vengono sempre in rilievo questioni connesse all'accertamento del miglior interesse dei (già) nati in ordine al rapporto di filiazione, si ricava l'impressione di un atteggiamento di avversione preconcepita verso la cd. maternità surrogata, che naturalmente trova giustificazione nei pericoli insiti nella pratica.

Le preoccupazioni principali che accompagnano la gestazione in sostituzione consistono nel possibile sfruttamento economico della madre surrogata e nell'esigenza di assicurare la certezza della maternità insieme ad una piena tutela al nato.

Vengono, inoltre, generalmente sollevate altre obiezioni che poggiano sul presunto danno per il figlio, privato dei "profondi legami" che si ritiene si instaurino durante la gestazione. Tuttavia, non esistono dati scientifici che confermino questo timore. Anzi, il dato empirico risultante dalle numerose nascite avvenute negli ultimi decenni con questa metodica, nonché mediante tutte le ulteriori modalità di procreazione che determinano una scissione del ruolo di madre (uterina, genetica, sociale ecc.), sembra confermare l'inconsistenza di questa supposizione. Si può dunque a questo punto allentare l'atteggiamento di massima prudenza ed attesa giustamente suggerito dalla migliore dottrina qualche decennio fa²⁵.

Quanto agli altri pericoli sopra segnalati, inizia a farsi strada l'idea che una lesione della dignità della gestante si possa ravvisare solo in assenza di una sua libera e consapevole partecipazione alla nascita e che il *vulnus* al principio secondo il quale non può farsi del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro si realizza unicamente laddove la pratica sia organizzata in forma commerciale e asservita a fini economici²⁶.

Sul primo profilo, che esprime la ragione sostanziale di divieto, ossia la strumentalizzazione della donna che il nostro ordinamento ritiene comunque insita nella surrogazione di maternità, occorre registrare un nuovo recente sussulto della prima sezione della Corte di Cassazione. In un'ordinanza di inizio anno – con la quale sono stati rimessi gli atti al primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione concernente gli strumenti normativi esistenti da utilizzare a tutela dei nati

²⁴ Sulle quali si interroga V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097.

²⁵ M. MORI, *op. cit.*, 168 s., con grande onestà intellettuale scriveva: «Di fronte a questa situazione complessa, a noi sembra di poter concludere che, una volta riconosciuto che contro la gestazione surrogata non ci sono obiezioni "di principio", si deve anche ammettere che la strategia più prudente e promettente per riuscire a trovare una adeguata soluzione normativa è quella di cercare di guadagnare conoscenze ed esperienze che ci consentano di prendere decisioni avvedute e oculate». Simile la cauta posizione di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 451.

²⁶ A onor del vero, una maggiore profondità di analisi e una discreta apertura verso il fenomeno connotano da sempre il pensiero di parte della dottrina, propensa a distinguere i diversi modelli di GPA e a valorizzare l'elemento altruistico e solidale in contrapposizione alle forme commerciali di maternità surrogata. Tra i contributi più interessanti: M. MORI, *op. cit.*, 151 ss. e nella letteratura giuridica: P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 193; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 441 ss. Più di recente, S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 133 ss.; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, 91 ss.

all'estero da maternità surrogata onde pervenire al riconoscimento della filiazione – si legge che la condizione della

«donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà (*omissis*) può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendentemente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino»²⁷.

Anche l'associazione con l'idea di una mercificazione del corpo, costantemente presentata come esito inevitabile da quanti si professano contrari alla gestazione per altri, risulta in via di superamento in quanto si inizia a prendere atto che una violazione del principio sancito dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE può consumarsi soltanto in contesti dominati dalla logica dello scambio e dall'intermediazione commerciale. Non a caso, a livello europeo, il giudizio di disapprovazione non è più riferito alla GPA in quanto tale, bensì «alla pratica *commerciale* della maternità surrogata»²⁸ e alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne»²⁹.

Questo profilo è poi connesso all'importante esigenza di escludere qualsiasi forma di mercificazione del nascituro e del nato, che si tende a garantire mediante la disciplina dell'adozione. Nell'esaminare l'aspetto della possibile elusione della l. n. 184/1983 che – secondo le Sezioni Unite del 2019 – si realizzerebbe mediante il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri che sanciscono la genitorialità dei cd. committenti, la sezione prima della Cassazione sottolinea, ancora una volta, l'importanza di verificare le concrete circostanze di fatto della nascita. Afferma, infatti, che

«una procreazione mediante surrogazione di maternità in cui non vi è stato alcun contributo genetico da parte dei genitori intenzionali si risolve in una vicenda pattizia che normalmente viene gestita da un intermediario per fini economici e che esclude in radice la partecipazione dei genitori intenzionali e della madre gestazionale a un progetto procreativo. Come tale implica nella normalità dei casi, e salva una verifica concreto, una lesione della dignità della donna che assume l'obbligo della gestazione e un attentato all'istituto dell'adozione»³⁰.

²⁷ Cfr. Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Dir e giust.*, 2022, nella parte della motivazione in cui i giudici della prima sezione propongono una soluzione interpretativa per la questione sottoposta alle Sezioni Unite. Si tratta dello stesso procedimento nel quale, con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020 n. 8325 (sulla quale A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la fase 2?*, in *Questione e giustizia*, 18 giugno 2020), fu sollevata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004; 18 D.P.R. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995, dichiarata inammissibile dalla Consulta con la già richiamata sentenza monito n. 33 del 9 marzo 2021. Alla luce della motivazione di quest'ultima sentenza, la Cassazione propugna ora il «superamento dell'interpretazione secondo cui il diritto fondamentale del minore a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero costituisca un interesse destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità». Deve inoltre essere superata, a detta dei giudici di legittimità, «la riconduzione di questa interpretazione a una scelta compiuta una volta per tutte dal legislatore finalizzata a segnare il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoreponsabilità e torna a operare il *favor veritatis*», prospettiva fatta propria dal diritto vivente a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019.

²⁸ Relazione annuale 2021 del Parlamento europeo sui diritti umani (corsivo aggiunto).

²⁹ Relazione annuale 2019 del Parlamento europeo sui diritti umani.

³⁰ Ancora Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, *cit.*, nella parte della motivazione che va sotto il titolo «La soluzione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite».

Siamo sempre sul piano delle approssimazioni, che possono trovare smentita nei singoli casi concreti, ma emerge in modo netto la presa di coscienza che la gestazione per altri non determina di per sé una violazione di interessi fondamentali tale da giustificare l'esclusione assoluta di questa tecnica di procreazione.

L'approccio restrittivo della giurisprudenza e di parte della dottrina³¹ all'ammissibilità della GPA merita un'ultima notazione: l'interesse alla genitorialità e il destino dei figli concepiti in violazione dei divieti di cui alla l. n. 40/2004 vengono tenuti spesso su piani rigorosamente distinti e inspiegabilmente contrapposti, dominati, l'uno, dal biasimo per la violazione della legge e, nel caso di surrogazione di maternità, dalla stigmatizzazione aprioristica della gestante e di chi ricorre al suo aiuto; l'altro, dalla condivisibile preoccupazione che le scelte degli adulti coinvolti nel concepimento e nella nascita non si traducano in un danno per i minori. Si discorre così di prospettiva "adultocentrica", da contenere, nel timore che venga a configurarsi un diritto a diventare genitori oltre i limiti attuali alla PMA; e si evidenziano con preoccupazione gli effetti dell'impostazione "minorecentrica", la quale conduce in sostanza a consolidare legami instaurati in violazione di divieti di legge.

In questo modo però si sminuisce la circolarità della relazione genitori-figli (la più intensa, credo, che si possa concepire nei rapporti umani) nella quale si condensa un interesse comune e convergente: generare una nuova vita per gli adulti e nascere per il figlio, rispetto all'alternativa di non nascere affatto. Si taglia dunque di netto una realtà assai più complessa di quanto la divisiva contrapposizione tra interesse alla genitorialità degli adulti e diritto del nato a una famiglia non riesca a rappresentare. Questa realtà, pur osservabile da diverse prospettive, non escludenti l'una rispetto all'altra, è unica: è la famiglia. Essa meriterebbe una più attenta valutazione a seguito della quale non è da scartare l'eventualità che qualche ulteriore barriera, che tutt'ora si frappone ad un più ampio accesso alla PMA, venga abbattuta.

«Il rapporto di filiazione è una relazione che manifesta una necessaria reciprocità»³². Non si vede dunque come si possa continuare a slegare l'aspirazione alla genitorialità degli adulti – che si esprime mediante un atto di assunzione di responsabilità da parte di chi decide di essere coinvolto, prestando il suo libero e consapevole consenso, in una nascita – e la sua effettiva realizzazione dall'interesse dei nati, che pure deve poter essere concretamente verificato in ogni fase della vita del figlio a fronte del pericolo di un suo sacrificio.

Non si comprende, infine, come si possano ignorare gli effetti di un fenomeno che impegna in modo ormai patologico la giurisdizione nazionale e sovranazionale, senza porsi il dubbio se la strada del divieto assoluto sancito dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 sia giusta, atteso che – oltre ad apparire abnorme nella sua generalità – la scelta di politica legislativa si è finora rivelata inefficace e inidonea ad arrestare una pratica sempre più diffusa nel mondo.

³¹ Si vedano, tra gli altri, E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ.*, 4, 2021, 919 ss.; ID., *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 664 ss.; G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in AA. Vv., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), Napoli, 2019, 317 ss.

³² Così E. FALLETTI, *"Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA*, in *Fam. dir.*, 2020, 743.

3. L'affaire A.L. c. France (CEDU, 7 aprile 2022): la maternità surrogata mediante "insémination artisanale" e l'enfante conteso

Dopo i celebri casi *Mennesson* e *Labassee*³³ l'ordinamento francese, che per le sue regole restrittive sulla surrogazione di maternità è assai simile quello italiano³⁴, ha nuovamente impegnato la Corte di Strasburgo adita – a seguito di una vicenda assai singolare – dal padre biologico di un minore, nato da maternità surrogata, per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)³⁵.

Vale la pena ripercorrere brevemente i fatti che hanno portato alla recente decisione della Corte europea nel caso *A.L. c. France*³⁶, per poi trarne qualche considerazione ai fini dello sviluppo del nostro ragionamento.

L'8 marzo 2013 nasce in Francia S., un bimbo partorito dalla sig.ra B. coniugata, la quale – rispondendo alla pubblicazione di un annuncio su internet – aveva accettato di concludere con il sig. M. e il suo compagno un contratto di maternità surrogata. La fecondazione avvenne in modo "artigianale" utilizzando i gameti di M. Sennonché, alla nascita, il bambino, dietro pagamento di € 15.000, viene affidato dalla donna che lo aveva partorito a un'altra coppia, coniugata, con la quale la gestante aveva stretto un accordo analogo a quello precedentemente concluso con la coppia *same sex*. I coniugi accolgono il minore come loro figlio senza sapere che era stato concepito sulla base di un (altro) patto di maternità surrogata.

Dalla vicenda scaturì un procedimento penale nell'ambito del quale si accertò che il sig. M. era il padre biologico del bambino. Costui, dunque, adì il Tribunale civile per contestare il riconoscimento di paternità effettuato dal marito della coppia "affidataria" e veder riconosciuto il rapporto di filiazione con il nato, nonché la sua responsabilità genitoriale verso di lui.

³³ Corte EDU, IV sez., *Mennesson e Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014.

³⁴ In base all'art. 16, par. 7, *code civil* «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»; la disposizione, si legge a seguire, è di ordine pubblico. La maternità surrogata è inoltre punita dall'art. 227, par. 12, *code pénal*.

³⁵ In questo caso, il ricorrente lamentava la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma l'art. 8 della Convenzione è stato forse più spesso invocato nella prospettiva dei minori. La CEDU, infatti, ha da tempo chiarito che rientra nel c.d. margine di apprezzamento degli Stati membri sia il divieto di maternità surrogata che la possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero a seguito di tale tecnica procreativa. Tuttavia, se gli ordinamenti nazionali sono liberi di sanzionare la condotta e scoraggiare il turismo procreativo, non possono invece optare per rimedi che incidano negativamente sui diritti del bambino, il quale verrebbe gravemente pregiudicato nel suo diritto alla vita privata e familiare qualora non gli fosse garantita la possibilità di mantenere lo *status filiationis* legittimamente conseguito all'estero. Il superiore interesse del minore, difatti, deve essere valutato caso per caso e la sua tutela è incompatibile con un generale divieto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale, che potrebbe pregiudicare il radicamento del figlio nel contesto familiare in cui è nato e cresciuto. I singoli ordinamenti devono dunque offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale, mediante una procedura rapida che non esponga il minore a una protratta situazione di incertezza sul legame giuridico con il genitore non biologico (esito da scongiurare perché andrebbe a scapito del diritto all'identità personale del figlio costruita nell'arco di una seppur breve esperienza di vita).

³⁶ CEDU, sez. V, 7 aprile 2022, *Requête* no 13344/20.

Esauriti i ricorsi interni, nei quali le domande avanzate dal padre biologico trovarono accoglimento solo in primo grado³⁷, e trascorsi oltre sei anni di contenzioso (fino alla Cassazione) – durante i quali si era giocoforza stabilizzato il rapporto affettivo del minore con i genitori che lo avevano cresciuto – il padre biologico lamenta davanti alla Corte EDU la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata per il rifiuto dei giudici nazionali di accertare legalmente la sua paternità nei confronti del figlio.

La Corte di Strasburgo, rilevato che il rigetto delle domande promosse dal padre biologico aveva effettivamente realizzato un'ingerenza nella sua vita privata (profilo non contestato nemmeno dalla difesa del Governo francese), ha ritenuto l'ingerenza giustificata – ex art. 8, comma 2, CEDU – in quanto derivante dall'applicazione di una norma di legge e necessaria alla protezione dei diritti del minore. Il superiore interesse del figlio, nel bilanciamento con i diritti del ricorrente e con il contrapposto interesse alla "verità" della filiazione, aveva legittimamente goduto del primato che gli è conferito dalla legge e dalle convenzioni internazionali, consentendo ai legami affettivi di prevalere sulla realtà biologica.

La sentenza, peraltro, non manca di sottolineare come la qualità del processo decisionale interno – in ragione della durata della procedura protrattasi per oltre sei anni nei tre gradi della giurisdizione francese – avesse contribuito in modo decisivo a determinare l'esito del processo, consentendo di cristallizzare una situazione all'origine della quale era ravvisabile una responsabilità di tutti gli adulti coinvolti.

Ora, a parte il dubbio che la donna avventuratasi in una "doppia cessione" del figlio che portava in grembo sia stata effettivamente sfruttata, come si è soliti ritenere, essendosi essa stessa resa protagonista di una condotta che sembrerebbe motivata esclusivamente da ragioni economiche, la vicenda palesa uno dei profili più critici degli accordi di maternità surrogata, ovvero l'incoercibilità degli obblighi assunti dalla gestante per altri³⁸. Dimostra altresì quanto la mercificazione della pratica, tanto più se svolta in un contesto "clandestino", condizioni negativamente il suo esito. E che, per contro, esso dipende dalle motivazioni che muovono i soggetti coinvolti e, soprattutto, dalle modalità di attuazione del progetto procreativo.

Eppure, nulli entrambi gli accordi di GPA per contrarietà all'ordine pubblico secondo il diritto francese, e analogo il giudizio morale che nel caso esaminato potrebbe formularsi verso le aspiranti coppie genitoriali (pur in buona fede, si direbbe, l'una verso l'altra) e la madre genetica, l'interesse del minore – il migliore possibile nelle circostanze date – si è affermato da sé. Il figlio è stato accudito e cresciuto

³⁷ L'esecuzione provvisoria della decisione del Tribunale, che aveva disposto un graduale trasferimento di residenza del minore onde consentirgli di conoscere il padre biologico e il suo partner, era stata tempestivamente sospesa dalla Corte d'appello di Rouen, che poi annullò la sentenza di primo grado, reputando che la verità biologica non potesse imporsi atteso che risultava in contrasto con il superiore interesse del minore a non veder modificato lo *status* di figlio della coppia che, fino ad allora, lo aveva accudito e cresciuto.

³⁸ L'eventualità che la donna – durante la gravidanza o subito dopo il parto – cambi idea non rispettando l'impegno assunto di rinunciare ai diritti sul nascituro affidandolo ai genitori d'intenzione, in qualche caso storico, ha fatto insorgere laceranti conflitti tra la madre surrogata e la coppia committente. Così avvenne nel celebre caso californiano *Baby M.*, dal quale prende le mosse lo studio di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 5 ss. V. anche G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, IV, 1988, 97; ID., *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità*, *ivi*, I, 1989, 293; ID., *California e vecchia Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, *ivi*, IV, 1993, 338. Si tratta di un rischio che non si può azzerare con una regola di attribuzione legale della maternità, ma che risulta nei fatti assai contenuto.

in modo ineccepibile dai coniugi francesi ai quali i giudici, onde evitare al bambino il trauma del distacco dalla sua famiglia, ha riconosciuto la genitorialità³⁹.

Non conosciamo le ragioni che hanno indotto la seconda coppia a rivolgersi alla madre surrogata, ovvia essendo invece la motivazione per i due omosessuali che per primi presero accordi con la donna. Solitamente, è l'infertilità femminile a motivare la richiesta di una gestazione in favore delle coppie eterosessuali.

Possiamo dunque domandarci se una regolamentazione della gestazione per altri che collochi il progetto procreativo in un contesto sanitario "controllato" non giovi a smascherare il volto più turpe della maternità surrogata, sottraendo il desiderio di genitorialità a un mercato privato nel quale si possono verificare vicende assai riprovevoli, che mettono fortemente in pericolo i valori e gli interessi che si vorrebbero preservare con il divieto.

4. Infertilità femminile e sostituzione "altruistica" nella gestazione, ovvero come ovviare a un problema di salute

Il caso appena esaminato conferma un ulteriore dato non controverso, ossia che alla maternità surrogata – realizzata prevalentemente in contesti di procreazione medicalmente assistita nei paesi che ammettono la metodica⁴⁰ – ricorrono sia le coppie omoaffettive sia, e in maggior numero, coppie eterosessuali nelle quali la partner è affetta da infertilità.

A seconda del ruolo che la donna estranea alla coppia assume nella procreazione, si è soliti distinguere: il caso della cd. madre uterina (detta anche madre incubatrice o portante), che accoglie nel suo utero l'embrione formato da seme e ovocita forniti dalla coppia cd. committente o, eventualmente, da uno o due donatori di gameti; e il caso della cd. madre vicaria, che assume un ruolo completo di generatrice, in quanto porta avanti una gravidanza alla quale contribuisce con il proprio ovocita.

Questa seconda forma di gestazione per altri, implicando un pieno legame genetico e biologico della gestante con il nato, solleva maggiori perplessità e, difatti, è vietata dalla gran parte degli ordinamenti, pur essendo realizzabile, dalla notte dei tempi, per via naturale, mediante rapporto sessuale tra madre vicaria e padre biologico. Essa può attuarsi anche in modo "artigianale", come nel caso francese, ovvero senza unione sessuale tra l'uomo (che fornisce il liquido seminale) e la donna (che lo introduce nel proprio corpo in modo idoneo a una possibile fecondazione). In entrambe le "varianti" la madre naturale-vicaria, dopo il parto, può esercitare il diritto all'anonimato (scelta che è invece preclusa in caso di fecondazione artificiale⁴¹) e il nato può essere riconosciuto dal padre biologico, la cui moglie potrebbe avanzare istanza di adozione del figlio del coniuge ex art. 44, lett. b, l. n. 184/1983.

³⁹ Verosimilmente, la soluzione non gli risparmierà, per contro, il possibile turbamento di conoscere da adulto le circostanze delle proprie origini.

⁴⁰ Per un quadro abbastanza aggiornato del panorama internazionale, v., AA. Vv., *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2017, 683; T. CHORTARA, S. PENASA, L. BUSATTA, *The best interests of the child born via cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy*, in *Biolaw Journal*, 1, 2016, 189.

⁴¹ L'art. 9, comma 2, l. n. 40/2004 recita: «La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»,

Il divieto di maternità surrogata risulta meno giustificabile, e in qualche misura incoerente con l'ammissibilità della fecondazione eterologa mediante ovodonazione⁴², in riferimento alla prima forma di gestazione per altri che rappresenta un modello di procreazione artificiale, diffuso nel mondo, idoneo ad assicurare la possibilità di generare a una vasta platea di donne affette da problemi di salute riproduttiva. Alcune di esse ricorrono insieme al proprio coniuge/compagno alla collaborazione della madre uterina dopo infruttuosi tentativi di fecondazione eterologa, facendo uso di gameti estranei sia alla coppia, sia alla gestante.

In altri casi, invece, coppie non sterili si rivolgono a una donna terza per l'impianto nel suo utero di un embrione formato con gameti propri. E lo fanno esclusivamente in ragione della difficoltà o impossibilità della *partner* femminile di impegnarsi nella gestazione. Oltre alla sindrome di *Rokitansky*, nella quale la mancanza dell'utero preclude in radice alle giovani che ne sono affette la maternità per via naturale, esistono numerose patologie che impediscono, o sconsigliano fortemente, di condurre una gravidanza, esponendo la donna che riesca ad intraprenderla a enormi rischi per la sua salute fisica e mentale. Solo per citarne alcune, si pensi alla diffusione dell'endometriosi⁴³ e di varie patologie dell'apparato cardiocircolatorio, scheletrico o renale. In una condizione analoga si trovano le donne che, a causa di tumori pregressi, necessitano di terapie di mantenimento incompatibili con una gravidanza efficace e sicura. In tutti questi casi, il divieto di affidare la gestazione di un figlio biologicamente proprio ad un'altra donna frustra ulteriormente il diritto alla salute, negando alla coppia l'opportunità di diventare genitori anche laddove non siano ravvisabili contrapposti interessi costituzionalmente prevalenti.

In particolare, la condizione delle donne prive di utero, normalmente capaci di produrre ovociti, che considerano la maternità una tappa fondamentale di costruzione e realizzazione della propria personalità, mette a dura prova la razionale sostenibilità degli argomenti giuridici su cui si fonda il divieto assoluto di gestazione in sostituzione.

Vale la pena, dunque, esaminare quali rimedi la scienza medica sia in grado di offrire a questa categoria di persone, considerate le sempre crescenti *chances* offerte dalla tecnica applicata alla procreazione. A questo riguardo, occorre ricordare che sebbene il ricorso alla procreazione artificiale sia concepito dal legislatore come residuale, potendosi accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o

proprio perché, in questi casi, la nascita avviene in un contesto di procreazione governato dalla tecnica-medica, dalla volontà e dall'assunzione della responsabilità genitoriale *ante* nascita.

⁴² Non a caso, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in AA. VV., *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, 2018, 725 ss., associa fecondazione eterologa e maternità surrogata criticando unitamente entrambe le forme di procreazione che, secondo l'autore, sacrificano la discendenza e il legame genetico con il nato, riducendo la "*poligenitorialità di fatto*" tipica di queste modalità di procreazione a "*bigenitorialità*" che si realizza, su base volontaristica, per legge nella eterologa ammessa e per altra via, pur sempre legale, nella gestazione per altri e nella eterologa delle coppie *same sex*. Queste pratiche vietate in Italia, ma effettuate all'estero, «configurando un caso di contrasto tra fatti e norme» danno luogo, difatti, a «un inedito e problematico possesso di stato *contra legem*» (757).

⁴³ L'endometriosi è una malattia diffusa ma poco conosciuta, che interessa circa il 10% (190 milioni) delle donne e delle ragazze in età riproduttiva a livello globale. In Italia si stima ne siano affette oltre 3 milioni di donne. Può essere causa di sub-fertilità o infertilità nel 30-40% dei casi. Fonte: Giornata mondiale endometriosi: 28 marzo 2022 (disponibile in <https://bit.ly/3bqAt1l>).

infertilità»⁴⁴, la strada del trapianto d'utero – unica alternativa che si è riusciti finora ad ipotizzare per la sindrome di *Rokitansky* – non sembra aver raggiunto il necessario grado di affidabilità e sicurezza. Oltre ad essere particolarmente invasiva, questa soluzione presenta specifici limiti clinici e criticità applicative connesse all'approvvigionamento dell'organo⁴⁵. Richiede, inoltre, un susseguirsi di interventi chirurgici ad alto impatto. Non meno di tre: il trapianto, il parto cesareo e l'asportazione dell'utero dopo l'eventuale nascita.

L'ectogenesi, poi, rappresenta un'eventualità attualmente non disponibile, che appartiene ad un futuro probabilmente non lontano. Ad essa dovremmo culturalmente prepararci⁴⁶.

L'alternativa della gestazione condotta da una donna esterna alla coppia genitoriale⁴⁷, invece, sebbene implichi una stringente interazione tra dati culturali ancora profondamente disomogenei nella nostra società e tecniche mediche al momento inapplicabili nelle strutture sanitarie italiane perché illegali, merita d'essere presa in seria considerazione, in una prospettiva *de iure condendo*, quale forma di procreazione artificiale rispettosa del principio della minore invasività della pratica medica.

L'interrogativo preliminare e di fondo, tuttavia, è se la donna priva di utero, o affetta da altre patologie preclusive della gestazione, e il suo coniuge/partner siano portatori di un interesse a procreare meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico e compatibile con la tavola dei valori costituzionali. Dubbio sul quale influiscono fattori ideologici e culturali, nonché l'obiettivo difficoltà di regolare i rapporti tra tutti i soggetti coinvolti.

Come si è detto, l'ordinamento italiano è ben lontano dallo sciogliere affermativamente il dilemma e la concezione della gestazione per altri come trattamento di patologie femminili è estranea alla visuale della giurisprudenza, esclusivamente concentrata a trovare *ex post* soluzioni che assicurino piena protezione ai nati con questa pratica.

Orbene, l'aspirazione alla maternità di queste donne, sotto il profilo della verità biologica della filiazione, si pone in linea di continuità con la tradizione. Mentre, ad essere evidentemente derogata è la norma secondo la quale madre è colei che partorisce (art. 269, comma 3, c.c.). Regola che, nella procreazione naturale, esprime il rassicurante principio *mater semper certa est*. Si tratta, tuttavia, di una disposizione che opera sul piano probatorio e che ricava la sua valenza dal concepimento mediante atto sessuale, unico modello di procreazione al quale si riferisce il sistema normativo che la contempla. Questa logica, invece, è estranea alla procreazione artificiale nella quale la fecondazione eterologa con donazione di ovociti ha già scardinato la coincidenza tra madre gestazionale e madre genetica richiedendo l'adozione di criteri di attribuzione della maternità legale diversi dal mero legame biologico.

⁴⁴ Art. 1, comma 2, l. n. 40/2004.

⁴⁵ Il primo trapianto d'utero avvenuto in Italia è stato eseguito al Centro trapianti del Policlinico di Catania, in collaborazione con l'Azienda ospedaliera Cannizzaro in favore di una paziente di 29 anni affetta da sindrome di *Rokitansky*. A donare l'organo, una donna di 37 anni, deceduta per arresto cardiaco improvviso, che aveva espresso in vita il proprio consenso alla donazione. Fonte: Primo trapianto di utero in Italia, un evento storico per tutta la Rete (disponibile in <https://bit.ly/3bmClmd>). Sulla vicenda v. lo scambio di opinioni tra C. PERIS, *Gestazione per altri "solidale" o trapianto d'utero?*, in *Quotidiano sanità*, 28 ottobre 2020 e M. PILI, *Trapianto d'utero anziché gestazione per altri solidale. Ma a che prezzo?*, *ivi*, 3 novembre 2020.

⁴⁶ In tema, C. BULLETTI, C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna 2017, 169 ss.; H. ATLAN, *L'utero artificiale*, trad. V. Calderai, Milano, 2006.

⁴⁷ Solitamente legata agli aspiranti genitori da vincoli familiari e/o di amicizia.

Discostarsi dalla norma che associa indissolubilmente la maternità al parto è certamente possibile: l'atto procreativo, quali che siano le modalità del suo realizzarsi, resta il presupposto di fatto della filiazione, ma essa diviene rapporto giuridico quando la relazione tra genitori e figli è accertata secondo le modalità che il diritto stabilisce. Queste modalità storicamente privilegiano il dato biologico, assecondando il legame di sangue, ma come si è detto ne sanno altresì prescindere quando entrano in gioco ulteriori interessi, primo tra tutti quello del minore a crescere in una comunità stabile di affetti che può giustificare una rinuncia alla verità biologica per la conservazione dello *status* di figlio altrimenti acquisito per via legale. Ed è oramai matura nel nostro ordinamento l'idea secondo la quale la "provenienza genetica" non costituisce più un requisito imprescindibile della famiglia, atteso il rilievo autonomamente riconosciuto alla genitorialità sociale.

Le condizioni di infertilità femminile da cui prendiamo le mosse giustificano, dunque, una rimeditazione della posizione totalmente restrittiva, atteso che la gestazione in sostituzione, se condotta per spirito solidaristico e attuata con le opportune garanzie per i soggetti coinvolti a partire dal nascituro, consente la realizzazione di un progetto di genitorialità responsabile di chi, per ragioni di salute, non può altrimenti procreare⁴⁸.

In altri ordinamenti analoghe istanze hanno superato il vaglio di meritevolezza e compatibilità con i valori costituzionali, a partire dalla dignità umana. La legislazione portoghese sulla procreazione medicalmente assistita, recentemente modificata a seguito di una pronuncia del Tribunale costituzionale⁴⁹, ammette la gestazione per altri quale metodo sussidiario ed eccezionale, basato sul consenso delle parti che, animate da spirito solidaristico, stringono un accordo gratuito la cui attuazione deve essere autorizzata da un ente amministrativo. Vi possono accedere le coppie per le quali sia accertata l'infertilità femminile a causa di assenza, lesione o malattia dell'utero o altra condizione clinica che impedisca alla donna la gravidanza in modo assoluto e definitivo, con l'obbligo di utilizzare i gameti di almeno uno dei genitori beneficiari e il divieto di utilizzare ovociti della gestante⁵⁰. Resta punita con la reclusione e una multa la *Gestação de substituição a título oneroso* (art. 39).

⁴⁸ In dottrina, oltre agli autori citati alle note 24, 25 e 26, si è espresso a favore S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 52, il quale osserva come «nell'intreccio tra solidarietà e gratuità viene fondata la legittimità del ricorso alla maternità di sostituzione in quei paesi (non l'Italia) dove si vuole privilegiare appunto la solidarietà tra donne, in particolare tra quelle appartenenti alla medesima famiglia». Nello stesso senso, A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Persona e mercato*, 2017, 169, secondo il quale «La surroga biologica di maternità a titolo gratuito potrebbe essere introdotta nel nostro ordinamento senza confliggere con alcun principio costituzionale. Almeno laddove si intenda favorire, in attuazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), il dono del proprio ventre tra donne appartenenti alla stessa famiglia».

⁴⁹ V. *Acórdão do Tribunal Constitucional* n. 225/2018.

⁵⁰ V. art. 8 l. n. 32/2006 sulla *Procriação medicamente assistida*, come modificato dalla l. n. 90/2021, la quale ha introdotto due nuovi articoli, 13 A e 13 B, che regolano i diritti e i doveri della *gestante de substituição*. Per una puntuale ricostruzione dell'iter che – a seguito di un proficuo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore – ha condotto all'adozione del vigente modello regolatorio permissivo in Portogallo, v. A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in questa *Rivista*, 1, 2022, spec. 62 ss.

5. Prospettive *de iure condendo*, dall'ammissibilità della gestazione solidale per altri alla proposta di "reato universale"

Le ragioni illustrate suggeriscono di intraprendere anche in Italia la strada del controllo e della regolamentazione del fenomeno.

Qualora si volesse procedere in questa direzione, mantenendo l'ordinamento al passo con l'evoluzione della tecnica e dei fenomeni sociali, senza rinunciare alla funzione regolatoria del diritto, occorrerebbe disciplinare l'accordo di sostituzione nella gestazione condizionandone l'ammissibilità allo spirito altruistico e di solidarietà sociale. Bisognerebbe, inoltre, definire i requisiti soggettivi e i presupposti oggettivi di accesso alla metodica. Stabilire, infine, similmente a quanto la l. n. 40/2004 dispone per la fecondazione eterologa, i criteri legali di attribuzione della genitorialità.

Il patto tra la coppia e la donna terza potrebbe essere in gran parte eterodeterminato con norme inderogabili di modo che siano rispettate condizioni e modalità prestabilite allo scopo di assicurare i diritti di tutte le persone coinvolte, assicurando al nascituro la certezza e la stabilità del legame con i soggetti destinati ad accoglierlo come genitori e preservando il suo diritto a conoscere, per lo meno, la modalità delle proprie origini.

Ora è evidente che, come negli altri casi di procreazione medicalmente assistita, l'individuazione dei soggetti destinati ad assumere la responsabilità genitoriale del nascituro sarà fondata sul criterio volontaristico. Il consenso informato delle parti potrebbe dunque guadagnare un ulteriore spazio nell'attribuzione degli *status* familiari nella misura in cui, rispettando i valori fondamentali della persona, esprima volontà indirizzate a costituire un nucleo familiare predefinito, idoneo ad accogliere la nuova vita, ad assolvere i compiti di cura del nato e a consentire un armonioso sviluppo della sua identità.

La disciplina dell'accordo di gestazione per altri, necessita che siano affrontati diversi nodi problematici. I più delicati attengono alla vincolatività e (in)coercibilità degli impegni assunti. Per colei che diverrà gestante la (ir)revocabilità del consenso a portare avanti la gravidanza prima e ad affidare successivamente il nato ai genitori d'intenzione, tenendo ferma la rinuncia preventiva a legami giuridici con il medesimo e, ovviamente, allo *status* di madre. Per chi accede alla pratica nel ruolo di genitore l'irrevocabilità del consenso alla procreazione e dell'assunzione di responsabilità genitoriale.

Le due volontà non possono essere messe sullo stesso piano.

La donna che porta in grembo il nascituro deve poter mantenere il diritto di interrompere la gravidanza. La maggior parte delle legislazioni che ammettono la metodica le riconoscono, inoltre, il diritto al ripensamento fin dopo il parto, seppure entro un termine piuttosto breve dalla nascita.

Si tratta di un momento estremamente delicato nel rapporto della madre uterina con il nato e i genitori d'intenzione; certamente significativo del modo di intendere e di atteggiarsi di un impegno che si inserisce in un progetto genitoriale altrui. Se per un verso, la gestazione condotta per decisione libera e consapevole e con spirito altruistico si giustifica in una logica "donativa" che mal si concilia con ripensamenti sul proposito iniziale (il che potrebbe far propendere per l'irrevocabilità del consenso dopo la nascita), per l'altro verso, consentire alla gestante di revocare il consenso fin dopo la nascita, oltre a risultare coerente con l'incoercibilità della libertà e dell'autodeterminazione che sono alla base

della scelta, fornirebbe la miglior garanzia e dimostrazione dello spirito solidaristico e dell'assenza di una condizione di subordinazione della madre uterina.

In ogni caso, anche in uno scenario normativo che precludesse un ripensamento della gestante attribuendo con fermezza assoluta gli *status* familiari sulla base dell'elemento volontaristico antecedente il concepimento, il peculiare contesto relazionale nel quale si realizzano queste nascite potrebbe giustificare la formalizzazione di un diverso legame giuridico della madre uterina con il nato. La sociologa Chiara Saraceno ha ipotizzato l'introduzione di una nuova concezione di parentela, idonea a stabilizzare i rapporti tra i soggetti⁵¹. Il Tribunale di Roma, in un caso affrontato nel lontano 2000, suggerì che le parti regolassero *ex ante* il rapporto che il figlio avrebbe avuto con la gestante⁵².

Su questi profili, la proposta di legge n. 3016 del 13 aprile 2021, recante una "*Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*", dopo aver stabilito i criteri soggettivi e oggettivi di accesso alla pratica, sia per chi intende assumere il ruolo genitoriale (in coppia o come singolo), sia per la gestante, stabilisce che quest'ultima, rigorosamente già madre naturale di almeno un figlio proprio vivente, una volta assunto l'impegno «a ospitare nel proprio utero un embrione ottenuto attraverso le tecniche di fecondazione in vitro e senza l'utilizzo dei propri gameti, a favorirne lo sviluppo fino alla fine della gravidanza e a partorire» ed espresso «il consenso al riconoscimento dei diritti genitoriali sul nascituro in favore del genitore singolo o della coppia» (art. 5, comma 1), possa revocare tale consenso solo fino al trasferimento in utero dell'embrione, momento che segna il riconoscimento del rapporto di genitorialità con il nascituro da parte dei genitori d'intenzione (art. 7, comma 9).

Successivamente, se la gravidanza è confermata, il consenso della gestante può essere revocato solo qualora decida di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza (art. 7, comma 7), mentre se la stessa viene portata a termine si esclude l'instaurazione di una relazione giuridica, economica e sociale della partoriente con il nato (art. 5, comma 7). È fatta salva un'ulteriore ipotesi del tutto eccezionale: qualora sorga una controversia tra le parti in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati, il Tribunale competente può decidere di riconoscere la genitorialità in favore della gestante (art. 5, comma 7). I dati di cui disponiamo a livello mondiale testimoniano, peraltro, un bassissimo indice di conflittualità nella gestazione in sostituzione solidale.

Nel disegno legislativo, volto ad ammettere alla pratica sia le donne che non possono condurre una gravidanza «per ragioni medico-fisiologiche», sia coloro per i quali l'impedimento discenda da «situazioni personali, di carattere psicologico o sociali, oggettivamente valutabili», i donatori di gameti, ove vi si ricorra, non acquisiscono invece alcuna relazione giuridica parentale, né alcun diritto nei confronti dei nati, analogamente a quanto già previsto dalla l. n. 40/2004 per la fecondazione eterologa (art. 1 lett. g della proposta).

Per contro, chi ha prestato il consenso come genitore non può revocarlo a partire dal trasferimento in utero dell'embrione e «non può esercitare alcuna azione di disconoscimento o di negazione del rapporto di filiazione» (art. 7, comma 6). Si impegna, inoltre, «ad assumere la piena custodia e

⁵¹ C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017. Al di là dei legami giuridici, lo spontaneo instaurarsi, nella maggior parte dei casi, di profondi legami affettivi tra le madri surrogate e le famiglie che accolgono i nati è testimoniata nelle storie raccontate da S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017.

⁵² Trib. Roma, 17 febbraio 2000, ord., in *Foro it.*, I, 2000, 972.

responsabilità dei nati, acquisendo la responsabilità genitoriale, a prescindere dalle caratteristiche fisiche degli stessi o dall'eventuale presenza di malattie, anche genetiche» (art. 5, comma 9).

Una disciplina così costruita, oltre a rispondere al problema della infertilità femminile, consoliderebbe una genitorialità basata su una consapevole e volontaria assunzione di responsabilità, allargando l'accesso alle tecniche procreative alle coppie maschili *same sex* e, addirittura, al genitore singolo.

La realtà dei lavori parlamentari, tuttavia, è molto distante da questa prospettiva. Le ultime iniziative guardano, difatti, nella direzione esattamente opposta, mosse dall'intento di rafforzare la logica repressiva mediante l'estensione dell'ambito territoriale di punibilità del reato alle condotte tenute all'estero da cittadini italiani⁵³. Si tratta di un'opzione giuridicamente dubbia, che tuttavia dà la misura di quanto il futuro della legge n. 40/2004 sia di là da venire.

⁵³ V. le Proposte di legge abbinata Carfagna n. 2599 del 20 luglio 2020 e Meloni n. 306 del 23 marzo 2018, quest'ultima ora adottata come testo base dalla commissione Giustizia della Camera dei Deputati (21 aprile 2022). Per un giudizio critico sulla vocazione panpenalista delle proposte, M. PELLISERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei Deputati*, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021.