

Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004

*Bartolo Salone**

CHILDREN "TO ORDER": CIVIL LAW ASPECTS OF SURROGACY IN ITALY AFTER THE LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: Surrogacy, widespread in some States of the U.S.A., Asia and continental Europe, is a reproductive practice prohibited in Italy, according to article 12, paragraph 6, of the Italian Law no. 40/2004 about the artificial reproduction. The present paper – after a brief recognition of the case-law, previous and following to the approval of the new law – tries to respond to the main legal issues deriving from the violation of the domestic prohibition realised into the national territory, particularly in relation to the effects of surrogacy contract and to the correct institution of the parental relationship with the new-born baby.

KEYWORDS: artificial reproduction; natural motherhood; parental relationships; surrogacy contract; surrogate motherhood.

SOMMARIO: 1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Premessa di metodo e problematiche biogiuridiche – 2. Gli accordi di maternità surrogata: natura giuridica, validità, efficacia – 3. Accordi di maternità surrogata e buon costume: il problema delle restituzioni e la *soluti retentio* – 4. Accordo di surrogazione e inosservanza degli impegni assunti: margini per una eventuale responsabilità aquiliana della madre surrogata? – 5. Questioni di *status* del nato da PMA: è applicabile alla surrogazione di maternità la regola di attribuzione della genitura stabilita dall'art. 8 della legge 40? – 6. Principio della maternità naturale legata al parto e governo del rapporto di filiazione del nato a seguito di surrogazione di maternità.

1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Premessa di metodo e problematiche biogiuridiche

Con l'espressione «procreazione medicalmente assistita» (PMA), la legge 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», d'ora in avanti «legge 40») si riferisce a quel fenomeno comunemente conosciuto con il nome di «fecondazione artificiale», che può essere sinteticamente definito come l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all'interno (fecondazione artificiale intracorporea o *in vivo*) oppure al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o *in vitro* o, come si dice più comunemente, «in provetta») delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone

* Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Palermo.

alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)¹.

Nel contesto delle metodiche di PMA una posizione tutta speciale riveste la *maternità surrogata* o *di sostituzione* (altrimenti detta *surrogazione di maternità*, in inglese *surrogate mother* o *surrogacy*), la quale, rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) sopra indicate, richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia (che può essere la stessa donatrice dell'ovulo impiegato per la fecondazione o una donna diversa) che mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza e si impegna a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia "committente" (ossia alla coppia che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato).

Da un punto di vista puramente descrittivo, la surrogazione di maternità presuppone pertanto, a monte, la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente, che si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata.

A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai "committenti" i propri gameti, si distingue tra "surrogazione per sola gestazione" (si parla in tal caso anche di "donazione", se a titolo gratuito, o di "locazione" o "affitto" d'utero, se è pattuito un corrispettivo) e "surrogazione per concepimento e gestazione". Si osservi ancora che la surrogazione per concepimento e gestazione è necessariamente una "surrogazione eterologa", giacché la madre "portante", in questo caso, prima ancora di "prestare" il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del *partner* maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, "omologa" (in questo caso la madre sostituta accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o "eterologa" (in tal caso l'embrione da impiantare nell'utero della surrogata è il frutto dell'incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore di seme o di una ovodona-trice). Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può ancora darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata².

Talvolta alla surrogazione di maternità viene ricondotta un'ulteriore ipotesi: quella della donazione di ovocita di una donna in favore di un'altra, che conduce a termine la gravidanza dopo avere fatto fecondare l'ovocita stesso con il seme del proprio marito o compagno³ (c.d. "gravidanza eterologa"). La donazione di ovocita, tuttavia, a ben vedere, dà luogo ad una semplice fecondazione eterologa, seppur *ex latere matris*, da tenere distinta rispetto alla maternità surrogata vera e propria, alla quale sono riconducibili senz'altro le ipotesi prima rassegnate.

In definitiva, la maternità surrogata, già da un punto di vista fenomenico (prima ancora che giuridico), si presenta come una fattispecie composita, risultante dalla successione e integrazione di due

¹ M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007.

² Per le distinzioni concettuali riportate nel testo vedi M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, 2010, 2, 358 ss.

³ Cfr. ancora M. FACCIOLI, *op. cit.*

momenti: la fecondazione artificiale propriamente detta (che, come si è appena visto, può essere tanto omologa quanto eterologa) e l'ulteriore *locatio ventris*. Diverse, e per molti aspetti peculiari, sono le problematiche giuridiche sottese alla surrogazione di maternità rispetto a quelle poste dalle tecniche di fecondazione artificiale alla stessa presupposte: ragion per cui la fattispecie qui in esame tende ad assumere, nell'ambito degli ordinamenti giuridici moderni, un'autonoma rilevanza e fisionomia anche dal punto di vista giuridico⁴.

Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall'altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura "genetica" e quella "sociale". La maternità surrogata, a sua volta, rende possibile un'ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, un'inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica⁵ (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre "committente" o sociale⁶ (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato). Ad esser più analitici, mentre nell'ipotesi di surrogazione per sola gestazione (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere,

⁴ Una conferma di questa impostazione la si ritrova all'interno della stessa legge 40, la quale, se da un lato ha consentito il ricorso alle tecniche di PMA omologa, dall'altro ha riservato due distinti divieti, in separate previsioni normative, rispettivamente alle tecniche di PMA eterologa (art. 4, comma 3, da ultimo dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale) e alla surrogazione di maternità (divieto tuttora in vigore – la cui persistente vigenza è stata riaffermata dalla pronuncia appena citata con cui la Consulta ha espunto dal nostro ordinamento il divieto di eterologa – sancito dall'art. 12, comma 6, il quale punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità»). Anticipando quanto sarà più compiutamente riferito nel prosieguo della trattazione, si può fin da ora osservare come l'eterogeneità delle fattispecie considerate (PMA eterologa e surrogazione di maternità), unitamente alla considerazione della non perfetta coincidenza dei problemi giuridici posti, rende assai dubbia l'estensione per via analogica, alla violazione del divieto di *surrogacy*, delle soluzioni individuate dal legislatore (segnatamente agli artt. 8 e 9 della legge 40) in riferimento all'esecuzione di pratiche di PMA (omologa e, venuto meno il divieto, anche eterologa) ai fini dell'attribuzione della maternità legale e dell'esercizio delle azioni di stato. Converrà pertanto considerare partitamente le due fattispecie, vincendo le suggestioni di certa dottrina, incline a ricondurre concettualmente la surrogazione di maternità nella più generale categoria delle tecniche di PMA eterologa, seppur latamente intesa (come fa, ad esempio, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 29).

⁵ Nella letteratura biogiuridica si parla anche, per identificare la medesima figura genitoriale, di madre gestazionale o portante o surrogata o sostituta.

⁶ Di madre sociale, e analogamente di padre sociale, più precisamente potrà parlarsi, allorché, per la durata del tempo vissuto insieme con il minore, per la qualità della relazione e per il ruolo genitoriale in concreto assunto dall'adulto, questi – pur in mancanza del dato dell'appartenenza biologica – si comporti esteriormente da genitore e tale venga percepito dalla sensibilità sociale. L'instaurazione della genitura sociale richiede in altri termini il decorso di un apprezzabile lasso di tempo, necessario ad instaurare, in fatto, una relazione significativa con il nato, in mancanza della quale la donna che ha espresso il suo consenso alla *surrogacy*, senza fornire un ulteriore apporto dal punto di vista genetico o biologico, andrebbe più esattamente identificata come "madre committente". Siffatta precisazione, confortata dalla più recente giurisprudenza interna e internazionale sulla emergente rilevanza giuridica della maternità "sociale", è suggerita da F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 7-8, 712.

nella surrogazione per concepimento e gestazione la figura della maternità sociale rimane a sé stante, accompagnandosi ora a un'unica maternità genetica e biologica (nel caso in cui l'ovocita fecondato sia fornito dalla stessa gestante) ora a due ulteriori e distinte figure di maternità, corrispondenti alla donna donatrice dell'ovocita (madre genetica) e alla diversa donna "portatrice" della gravidanza (madre biologica)⁷.

Il risultato è quello di una sostanziale "destrutturazione" dell'identità materna e, conseguentemente, dell'identità del figlio, il quale prima o poi dovrà pur porsi il problema di quale sia la figura materna da prendere in riferimento tra le tante coinvolte nel processo generativo. Come esattamente messo in evidenza da una pronuncia di merito, fondamentale per il dibattito biogiuridico sulla *surrogacy* in Italia in un momento storico in cui risultava ancora incerta la sua ammissibilità alla stregua del quadro normativo anteriore alla legge 40 (che, come si è visto, senza possibilità di equivoci, ne ha reso esplicito il divieto), «la coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia, e la figura di una madre genetica, ma non gestante, assume i contorni quasi di una *paternità femminile* che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione»⁸. Una destrutturazione dell'identità materna, dunque, tanto radicale da rendere la pratica della surrogazione in sé di dubbia compatibilità col principio costituzionale di protezione della maternità sancito dall'art. 31, comma 2 Cost.

Ad ogni modo, per effetto delle pratiche surrogatorie (in particolar modo di quelle eterologhe), la maternità assume caratteri di sempre più marcata "procedimentalizzazione", che ne intaccano la naturale fisionomia "unitaria", mercé il coinvolgimento di figure diverse (la madre genetica, la madre biologica e la "committente"), tutte potenzialmente idonee a rivendicare un titolo di genitura esclusiva sul nato. Il diritto si muove quindi attualmente in un mare periglioso, essendo chiamato con maggior frequenza a stabilire quale tra i diversi soggetti che pure hanno dato un contributo causale alla realizzazione di quell'articolato "procedimento medico-legale" in cui si risolve la maternità surrogata debba essere considerato "genitore" agli effetti legali, con tutto quel che ne deriva in termini di assunzione dei diritti e delle connesse responsabilità sul nato. In particolare, ci si chiede se la prevalenza dovrà essere data in via di principio al fattore naturalistico o a quello volontaristico-sociale e, all'interno dello stesso fattore naturalistico, in caso di conflitto tra la madre genetica e quella uterina, quale sia quella a cui l'ordinamento debba accordare preferenza.

Il divieto di maternità surrogata posto dalla legge italiana⁹, benché presidiato da una sanzione penale di non irrilevante entità (reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro) – sanzione applicabile, oltre che alle cliniche e al personale sanitario coinvolto nella procedura, anche ai soggetti che vi ricorrono (coppia committente e madre surrogata)¹⁰ – non risolve punto i divisati

⁷ Cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*

⁸ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 4, 483.

⁹ Peraltro in sintonia con la stragrande maggioranza dei Paesi dell'Europa continentale, mentre una posizione più aperta alla *surrogacy* presentano gli ordinamenti anglo-americani. Per una prospettiva comparatistica vedi A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2011.

¹⁰ L'art. 12, comma 8 della legge 40, infatti, con riferimento alla fattispecie surrogatoria disciplinata al comma 6, non esenta da responsabilità l'uomo e la donna a cui sono applicate le relative tecniche, a differenza di quanto è previsto in caso di inosservanza degli altri divieti contemplati dai commi 1, 2, 4 e 5 del medesimo articolo.

problemi (potendo al massimo contribuire a prevenirli in virtù della forza deterrente della norma incriminatrice), dato che questi sono destinati a ripresentarsi tutte le volte che la maternità surrogata sia eseguita nonostante e contro il divieto legale. Questa “tragica” fatalità pone precisamente al diritto due ordini di problemi, che in via di principio andrebbero analizzati e risolti separatamente. Il primo attiene alla qualificazione civilistica degli accordi di maternità surrogata e alla conseguente regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali tra le parti dell’accordo in caso di inadempimento. Il secondo, più delicato e complesso, attiene invece al profilo dell’attribuzione della maternità legale e del connesso governo dello *status filiationis*.

Nel rispondere a questi interrogativi un’attenzione privilegiata andrà riposta invero sulle disposizioni dettate dalla legge 40 a proposito del divieto di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6) e della tutela del nascituro (artt. 8 e 9): queste, infatti, per quanto incomplete o insufficienti possano *prima facie* apparire, costituiscono il referente normativo più prossimo e specifico *in subiecta materia*. Inoltre, per quanto non specificamente disciplinato dalle disposizioni in esame, l’interprete non potrà non fare riferimento alle norme del codice civile: non è da escludere, infatti, che queste ultime, benché fossero state pensate originariamente dal legislatore per la sola filiazione naturale, possano assumere rilievo anche nel settore della procreazione medicalmente assistita, essendo tali norme, nella misura in cui esprimono principi e regole di carattere generale, indubbiamente presupposte dalla legge 40.

Nel ricondurre ad unità il sistema giuridico, l’interprete è insomma chiamato a muoversi come sempre lungo le linee tracciate dal diritto positivo, ricorrendo a tutti gli strumenti ermeneutici a sua disposizione al fine di chiarificare il significato delle previsioni normative e di colmare eventuali lacune, con uno sguardo d’insieme che assicuri coerenza al sistema nel quadro dei principi e dei valori accolti dalla nostra Costituzione. Il pericolo da scongiurare in questa materia così delicata è infatti proprio quello del soggettivismo ermeneutico e giudiziario, cui facilmente l’interprete cade quando, influenzato dal suo personale bagaglio ideologico e culturale, nel fare i conti con una legge controversa come la legge 40, si disperde in profili “meta-giuridici”, soffermandosi ad esporre le proprie convinzioni personali circa le scelte compiute dal legislatore anziché impegnarsi a comprendere appieno il significato della nuova normativa¹¹.

Il solo modo per evitare questo pericolo è in verità quello di tenere presente che i valori morali, etici e perfino religiosi rilevanti per il giurista sono soltanto quelli che trovano accoglimento nelle norme positive e, in particolare, in quelle contenute nella Costituzione¹², le quali, in questo come in ogni al-

¹¹ Così, tra gli altri, A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 23, evidenzia come in questa materia «è necessario fare i conti, ad ogni istante, con implicazioni sociologiche, ideologiche, etiche e via enumerando» che «troppo facilmente possono tradursi in considerazioni meta-giuridiche, ovvero nella tentazione di piegare il dato positivo alla propria visione del mondo, scaturente dal bagaglio ideologico e culturale posseduto». Analogamente G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

¹² In questo senso vedi F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 630 ss., il quale sottolinea come la Costituzione (ma la considerazione potrebbe essere estesa alla generalità delle norme “assiologicamente connotate”, anche di rango non costituzionale) «consente l’introduzione all’interno dell’ordinamento di elementi che in una logica formale ne sarebbero estranei. È in

tro settore, non solo individuano i valori fondanti, ma ne tracciano al contempo il quadro di rilevanza, che si esplica in tre funzioni principali: quella di *limite* alla legittimità delle norme ordinarie; quella, cosiddetta *adeguatrice*, di orientamento dell'interprete nell'individuazione del significato delle norme ordinarie; quella, infine, cosiddetta *precettiva*, che le norme costituzionali svolgono laddove trovano diretta applicazione nei rapporti intersoggettivi¹³.

2. Gli accordi di maternità surrogata: natura giuridica, validità, efficacia

Alla base della surrogazione di maternità vi è normalmente un accordo tra i principali protagonisti della vicenda procreativa (ossia i membri della coppia committente e la madre surrogata), in virtù del quale la surrogata si impegna a ricevere (nella surrogazione per concepimento e gestazione, anche a fecondare) l'embrione di una coppia sterile al fine di farlo sviluppare e a riconsegnarlo dopo il parto alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e i doveri propri dei genitori senza nessuna ingerenza della madre sostituita. L'accordo può essere stipulato a titolo gratuito o a titolo oneroso: mentre nel primo caso vi sono normalmente motivazioni "altruistiche", dettate dalla volontà di contribuire alla realizzazione del desiderio di genitorialità di una coppia sterile nel contesto di una collaborazione di genere tra donne o di uno scambio solidale tra famiglie, nel secondo caso si assiste invece a una vera e propria commercializzazione del corpo femminile altrui (quello della madre uterina) e delle connesse funzioni biologiche legate alla gestazione e al parto¹⁴.

Dalla onerosità o meno dell'accordo, una diffusa opinione fa dipendere la diversa qualificazione giuridica dello stesso in termini ora di contratto, ora di negozio giuridico (non patrimoniale). Si ritiene cioè che, in mancanza della pattuizione di un corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata difetterebbe del requisito della patrimonialità richiesto dall'art. 1321 c.c., non potendosi quindi considerare tecnicamente un contratto¹⁵. Tuttavia questa opinione, ad avviso di chi scrive, andrebbe superata, visto che non tiene in debito conto un aspetto in verità dirimente, vale a dire che la distinzione fra negozi patrimoniali (*in primis* il contratto) e negozi non patrimoniali (nella specie familiari) attiene non tanto alla onerosità o meno della prestazione dedotta (se così fosse, si dovrebbe infatti paradossal-

questa prospettiva che il giurista non può fare a meno della morale, della filosofia, della scienza. Ma è in questa stessa prospettiva che sarebbe erroneo affidarsi a criteri morali, etici, filosofici che non dovessero trovare nell'ordinamento un preciso "riconoscimento".

¹³ Su queste tre funzioni delle norme costituzionali vedi M.R. MORELLI, *Valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 2, 237 ss.

¹⁴ Al di là del profilo mercenario, che sicuramente incide sulla valutazione "sociale" negativa dell'accordo in questione con inevitabili riflessi – peraltro – sulla validità del "contratto" sotto il profilo del buon costume, dietro la maternità surrogata "a pagamento" potrebbero in concreto nascondersi più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne poco abbienti o in situazioni di estrema povertà, sui quali l'ordinamento dovrebbe attentamente vigilare e intervenire con opportuni strumenti di prevenzione e contrasto, anche nel quadro di una auspicabile regolamentazione della realtà del c.d. "turismo procreativo" (ossia della condotta di chi si reca all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di maternità surrogata, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato).

¹⁵ Così, ad es., M. SESTA, *ult. op. cit.* Analoga opinione è espressa da Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, il quale osserva come debba parlarsi di "negozio" e non già di "contratto" laddove «difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo concesso il consenso per spirito di liberalità».

mente negare la natura di contratto a tutti quegli atti di disposizione patrimoniale che, come la donazione, sono posti in essere per spirito di liberalità e senza la previsione di un corrispettivo), quanto piuttosto alla natura dell'interesse soddisfatto, attingendo pertanto il profilo causale.

In questa prospettiva, dunque, è possibile distinguere i negozi giuridici in due categorie generali: a) negozi patrimoniali, che sono quelli volti a soddisfare interessi di natura patrimoniale (fra questi rientra il contratto, che secondo la definizione riportata dall'art. 1321 c.c. è l'accordo di più parti volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale); b) negozi familiari, che si riferiscono invece a rapporti familiari (e tra questi la figura più rilevante nel nostro ordinamento è il matrimonio)¹⁶. L'accordo di maternità surrogata, a ben vedere, rientra in quest'ultima categoria, presentandosi come un negozio familiare "atipico": infatti, anche nel caso in cui sia pattuito un corrispettivo in favore della madre surrogata, l'accordo (sotto il profilo causale) rimane pur sempre destinato a realizzare interessi di natura non patrimoniale, essendo diretto ad assicurare un figlio ad una coppia non in grado di procreare autonomamente e con rinuncia preventiva da parte della madre uterina a qualsivoglia diritto costei possa rivendicare, nella sua qualità di genitore biologico, nei confronti del nato. Rispetto alla preminente funzione familiare dell'accordo in questione, il quale presenta una evidente "vocazione" regolativa delle questioni relative allo *status filiationis* del bambino che in tal modo viene fatto oggetto di una vera e propria "cessione", l'elemento della onerosità della controprestazione eventualmente gravante sulla coppia committente assume un valore tutto sommato secondario, in ogni caso insufficiente a imprimere il sigillo della "contrattualità" al negozio.

Chiarita la reale natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, bisognerà valutarne gli effetti e, prima ancora, l'ammissibilità alla stregua del nostro ordinamento. La pronuncia che per prima si è occupata della questione nel nostro Paese¹⁷ ha correttamente posto in evidenza come il "contratto" di affitto d'utero¹⁸ non si risolve nell'impegno assunto dalla surrogata in ordine alla messa a disposizione di una parte del proprio corpo (l'utero per accogliere il concepito per l'appunto), ma ha come momento fondamentale la consegna del bambino e la rinuncia al riconoscimento del rapporto di filiazione da parte della madre surrogata. Argomenta pertanto il giudice che, se anche la funzione economico-sociale del contratto potrebbe essere lecita sotto l'aspetto finalistico ove non fosse previsto un corrispettivo – poiché in tal caso il negozio sarebbe diretto a realizzare uno degli scopi naturali della famiglia quale è appunto la procreazione – in ogni caso il contratto in questione dovrebbe considerarsi nullo in virtù del combinato disposto degli artt. 1418, co. 2 e 1346 c.c. per mancanza nell'oggetto dei prescritti requisiti di possibilità e liceità. Non possono infatti essere oggetto di un atto di autonomia privata le parti del corpo, che non sono beni in senso giuridico¹⁹, né a maggior ragio-

¹⁶ Cfr. F. CARINGELLA, V. DE GIOIA, *Compendio di diritto civile*, Roma, 2013, 79.

¹⁷ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, 5 con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*.

¹⁸ La fattispecie esaminata dal Tribunale monzese atteneva a un caso di surrogazione di maternità per concepimento e gestazione "a pagamento", visto che la madre surrogata si era impegnata, dietro compenso, a consegnare il bimbo da lei (concepito e) partorito alla coppia committente a seguito dell'avvenuta fecondazione col seme del marito della coppia.

¹⁹ Il consenso prestato in tal senso sarà pertanto sempre liberamente revocabile da parte dell'interessata. In ogni caso, rileva il Tribunale, l'affitto dell'utero, pur non cagionando una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna, esula dai limiti di ammissibilità fissati dall'art. 5 c.c., dovendosi considerare contrario all'ordine pubblico e al buon costume.

ne può essere considerato un bene giuridico il nascituro né, infine, possono essere negoziati gli *status* personali, per i quali vige nel nostro sistema un principio di assoluta indisponibilità. A ulteriore conferma del ragionamento ora esposto, il Tribunale dichiara altresì che non è dato desumere dalla nostra Carta fondamentale l'esistenza di un diritto incondizionato alla procreazione come «aspetto particolare del più generale diritto alla personalità [...]», non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole, in sé si intende tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo o, comunque, che sia emerso nella considerazione del costituente un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte cioè da un qualche fondamento biologico, relegate sotto l'esautistico governo dell'autonomia privata e suscettibili di cancellare dal mondo giuridico quelle naturali». Al contrario, secondo il giudice monzese, il rapporto biologico è stato considerato dal costituente presupposto necessario per l'individuazione e l'esercizio dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili spettanti alle parti del rapporto di filiazione. In quest'ottica, il ricorso a una famiglia «sostitutiva» (eventualità che si concretizza primariamente con l'adozione dei minori in stato di abbandono) assume un carattere puramente sussidiario, trattandosi di una soluzione «estrema» da limitare, in conformità al disposto dell'art. 30 Cost., ai soli casi di incapacità della famiglia di origine (individuata in quella «di sangue»).

In conclusione, secondo la pronuncia or ora brevemente passata in rassegna, il contratto di maternità surrogata sarebbe nullo, e quindi improduttivo di effetti, per impossibilità e illiceità dell'oggetto, vertendo su «cose» (parti del corpo e nascituro) che non possono essere considerate dei beni in senso giuridico e su diritti indisponibili. Nelle ipotesi in cui sia previsto un corrispettivo, inoltre, la nullità sarà determinata anche dall'illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e, nel caso in cui il contratto sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, sarà altresì nullo perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

La rigorosa impostazione del giudice monzese, seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito degli anni immediatamente successivi²⁰, viene tuttavia revocata in dubbio circa dieci anni più tardi da una innovativa pronuncia del Tribunale di Roma²¹. Il giudice capitolino, prendendo le distanze dal prece-

²⁰ Cfr. App. Salerno, sez. minori, (decr.) 25 febbraio 1992 e Trib. minorenni Taranto, 3 febbraio 1999, in *Famiglia e diritto*, 1999, 5, 483 con nota di E. RAVOT, «Cessione» del figlio e stato di abbandono. Tuttavia si segnala negli stessi anni una significativa pronuncia di segno contrario del Tribunale dei minorenni di Roma (decr. 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 188), la quale, affrontando il tema del riconoscimento da parte del padre genetico di una figlia nata da madre surrogata, afferma incidentalmente che «il metodo seguito dai coniugi (genitori committenti) non trova divieto nel diritto vigente: per cui, da questo punto di vista, essi hanno occupato uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa [argomento alquanto ardito, in quanto contraddice il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, secondo il quale non vi è lacuna nell'ordinamento che non possa essere colmata dall'interprete mediante il ricorso agli strumenti integrativi all'uopo previsti dalla legge – art. 12 cpv. disp. prel. al c.c. – ovvero sia l'*analogia legis* e l'*analogia iuris*, n.d.A.]» non potendosi così «sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito e compensato il concepimento della bambina».

²¹ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 con nota critica di M. SESTA, *op. cit.* Il caso portato all'attenzione del giudice capitolino è sensibilmente diverso da quello deciso dal Tribunale di Monza nel 1989, avendo ad oggetto un'ipotesi di maternità surrogata (omologa) per sola gestazione e a titolo puramente gratuito. Il che contribuisce a spiegare la diversità di impostazione seguita e di soluzione adottata, peraltro non senza qualche forzatura dei principi giuridici e con un apparato motivazionale non sempre fluido, in cui il piano *de iure condito* e quello *de iure condendo* si confondono tra loro, sì da lasciare ampio spazio – secondo le condivisibili osservazioni di M. Sesta – al soggettivismo dell'organo giudicante.

dente monzese, rilevata l'assoluta mancanza di corrispettività nel caso di specie, conclude per la piena validità ed efficacia del negozio di maternità surrogata, spendendo l'argomento per cui quest'ultimo, nel caso di specie, sarebbe diretto – sotto il profilo causale – a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), individuabile nel "diritto alla procreazione": diritto dotato – nell'argomentare dell'organo giudicante – di sicuro ancoraggio costituzionale in quanto «direttamente collegato a quello, costituzionalmente garantito, di manifestazione e svolgimento della personalità». Le difficoltà relative all'impossibilità ed illiceità dell'oggetto del "contratto", che il giudice monzese ricavava dalla assoluta indisponibilità dello *status* del nato, vengono praticamente eluse sulla scorta di una sorprendente interpretazione "evolutiva", che consente di fatto al giudice romano di disapplicare la regola desumibile dall'art. 269, comma 3 c.c. (per cui "madre" in senso giuridico è colei che partorisce), attribuendo la maternità legale alla donna committente. Sostiene, infatti, il Tribunale che solo in apparenza si è «in presenza di un'abdicazione al ruolo parentale della madre surrogata», dato che «l'irrinunciabile attribuzione delle potestà genitoriali è da collegare al fatto procreazione [...] [da non intendersi] come fatto materialisticamente considerato, dovendo essere ravvisato in un fatto umano, in un comportamento cioè rivolto alla procreazione secondo la normale valutazione sociale. Ora, tale significato dell'agire dell'uomo non pare assolutamente rintracciabile nei comportamenti di mera locazione dell'utero, quando sia da ritenersi estranea una qualsiasi assunzione del ruolo genitoriale». Ragion per cui «sembra corretto il superamento dello stato familiare originario solo quando, a seguito dell'accertamento e del controllo giudiziale, si riveli come non più auspicabile il mantenimento di una qualificazione giuridica a mero schema formale, quando cioè la famiglia biologica non rappresenti più un luogo privilegiato di sviluppo della personalità del minore».

Al riguardo, accorta dottrina²² – a commento della pronuncia – aveva avuto occasione di rilevare che, pur in assenza di divieti espliciti, la *surrogacy*, nel condurre a una maternità scissa dal parto, «sembra confliggere con quanto disposto dagli artt. 269, comma 3, 239 e 248 c.c., anche in relazione all'art. 567 c.p. Le norme richiamate, infatti, fissano il principio per cui la maternità coincide con il parto, il che significa che, allo stato della legislazione, non sembra possibile attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito», pervenendo alla conclusione che il Tribunale di Roma, nel radicare il rapporto di parentela con la madre genetica (e committente del parto) abbia di fatto consentito «la formazione di uno *status* al di fuori di ogni indice previsto dalla legge» e impedito di contro «la formazione di uno *status* non voluto (quello di figlio della partoriente), assolutamente conforme ai dati normativi esistenti».

Il divieto in esame, pur desumibile implicitamente dai parametri normativi appena evocati, da ultimo è stato esplicitato dall'art. 12, comma 6 della legge 40, che nel sanzionare penalmente la surrogazione di maternità *tout court*, senza distinguere la locazione d'utero dalle ipotesi di surrogazione a titolo gratuito, parrebbe confermare *in toto* la ricostruzione del giudice monzese, eliminando ogni incertezza circa le sorti del negozio di maternità surrogata, di cui senza ombra di dubbio oggi può predicarsi la nullità ex art. 1343 c.c. per contrarietà della causa a norma imperativa. La sanzione civilistica della nullità negoziale colpisce pertanto tutti gli accordi di maternità surrogata, tanto quelli "gratuiti" quanto quelli "onerati". Ne consegue che l'accordo in quanto tale non è idoneo a costituire alcun

²² Cfr. ancora M. SESTA, *op. cit.*

vincolo obbligatorio tra le parti, potendo le stesse recedere liberamente e in qualsiasi momento dagli impegni assunti²³, senza per questo incorrere in responsabilità *ex contractu*. L'accordo, inoltre, a motivo della sua radicale nullità e dell'indisponibilità delle posizioni di *stato* sottostanti, non è in grado di apportare di per sé alcuna modificazione al rapporto di filiazione, che si costituirà normalmente nei modi di legge con la donna e con l'uomo che l'ordinamento riconosce inderogabilmente quali genitori del nato.

3. Accordi di maternità surrogata e buon costume: il problema delle restituzioni e la *soluti retentio*

Con riguardo alla maternità surrogata "a pagamento" si pone l'ulteriore problema delle "restituzioni" di quanto la coppia committente abbia eventualmente corrisposto alla surrogata che, contravvenendo agli impegni originariamente assunti, non abbia portato a termine il suo compito, avendo in un secondo momento o revocato il consenso all'impianto dell'embrione o deciso di interrompere la gravidanza iniziata ovvero essendosi rifiutata, nell'esercizio delle proprie prerogative di madre "biologica", di "consegnare" il bimbo ai genitori "committenti" dopo la nascita.

Il problema delle "restituzioni" andrebbe risolto alla luce dei principi generali sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), tenendo conto della natura della prestazione ricevuta ai fini di una sua valutazione in termini di "immoralità" ai sensi dell'art. 2035 c.c. (operando in questo caso la regola della *soluti retentio*). Al riguardo merita ricordare come nei discorsi degli scrittori precedenti all'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita²⁴ il rifiuto degli accordi di maternità surrogata "a pagamento" traeva le sue più condivisibili giustificazioni in relazione alla contra-

²³ Rileva in contrario un Autore (G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, 329 ss.) che «va riconosciuto, quando concorrano volontà e responsabilità, il dovere di condurre a termine il compito che la madre surrogata si è assunto, giacché il rispetto della vita prevale sul rispetto della norma che vieta la surrogazione». Secondo questo orientamento dovrebbe ritenersi illegittima la revoca del consenso all'impianto dell'embrione dopo il concepimento o l'interruzione della gravidanza che sia stata volontariamente intrapresa dalla madre portante. A dire il vero, un ripensamento circa la prosecuzione della procedura surrogatoria – una volta fecondato artificialmente l'embrione destinato all'impianto nell'utero della madre sostituita – non sarebbe ammissibile per la sola coppia committente, dovendo ritenersi applicabile per analogia la regola (dettata da elementari ragioni di tutela del nascituro) posta dall'art. 6, comma 3 della legge 40, che consente alla coppia di revocare il consenso prestato alla procedura di PMA fino al momento della fecondazione dell'ovulo. La madre surrogata, cui si chiede di condurre la gravidanza, non può invece ritenersi vincolata al consenso precedentemente prestato, non potendosi da un lato ipotizzare un impianto coattivo dell'embrione nel suo utero (per il quale manca una precisa disposizione di legge che imponga il relativo "trattamento obbligatorio" a norma dell'art. 32, comma 2 Cost.) né dall'altro negarle il diritto di interrompere la gravidanza riconosciutole dalla legge 194/1978 appunto nell'ottica del bilanciamento tra il diritto alla vita del concepito e quello alla salute della madre. Non sarebbe da escludere, tuttavia, in linea teorica, una volta riconosciuta la soggettività giuridica dell'embrione (punto sul quale, invero, dottrina e giurisprudenza risultano allo stato attuale profondamente divise al loro interno), la facoltà dei genitori genetici di agire in giudizio contro la madre uterina che, del tutto immotivatamente e al di fuori dei casi previsti dalla legge 194, decida di interrompere la gravidanza volontariamente intrapresa, ponendo pertanto il diritto alla vita del nascituro a fondamento di una pretesa risarcitoria poggiante su un autonomo titolo di responsabilità extracontrattuale.

²⁴ V. per tutti M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. merito*, 1990, 79.

rietà dell'atto di autonomia privata ai canoni del "buon costume"²⁵. In breve, il ripudio della strumentalizzazione del corpo femminile e il rifiuto di concepire rapporti di scambio economico attorno alla disponibilità di funzioni così intime ed essenziali come quelle della riproduzione e della gestazione conducevano ad una unanime condanna, sotto il profilo della morale comunemente accettata, della locazione d'utero. Rilievi non dissimili, come si è visto sopra, avevano indotto i giudici di merito, pur profondamente divisi in ordine all'ammissibilità dei "contratti" di maternità surrogata puramente "gratuiti"²⁶, a convergere sulla qualificazione in termini di illiceità *ex art.* 1343 c.c. degli accordi surrogatori a titolo oneroso.

La problematica relativa all'"immoralità" del contratto di maternità surrogata "a pagamento", a ben considerare, è soltanto in apparenza superata dal divieto esplicito di surrogazione introdotto dalla legge 40, da cui deriverebbe inequivocabilmente e in ogni caso la nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. Per la giurisprudenza di legittimità²⁷, infatti, l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative, e quindi nullo per tale ragione, non impedisce un'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale "immoralità" al fine di negare l'azione di ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c., a tenore della quale «colui che ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al costume non può ripetere quanto ha pagato».

Da parte sua, attenta dottrina, prima ancora dell'approvazione della legge 40, segnalava, secondo una lettura condivisa, l'opportunità di distinguere, nel contesto di rapporti e situazioni normalmente riprovati secondo la coscienza comune, il piano di ciò che attiene alla qualificazione "teorica" (giuridica e morale) degli impegni assunti col contratto (di regola contrassegnata, come nel caso della maternità surrogata, da motivi di censura e di condanna) da quello relativo alla dimensione "concreta" del fatto compiuto. In tal senso, più che sul *contratto*, il controllo dell'interprete cade sulla valutazione dell'*atto* in cui consiste la *solutio*, rispetto al quale occorre considerare, sul piano di un "misurato" e "sobrio" controllo di giuridicità, il valore che pure verrebbero ad assumere i motivi o le forme concrete attraverso cui i rapporti "immorali" ebbero a prendere vita, a svolgersi e a compiersi, al fine di svelare, attraverso il sindacato sull'eventuale intollerabilità dei modi concreti di esercizio della *solutio retentio*, la dimensione abusiva della stessa pretesa di conservazione della prestazione ricevuta²⁸. Insomma, pur in presenza di un contratto nullo per contrarietà della causa alle regole deontologiche

²⁵ Secondo una diffusa opinione, «i buoni costumi costituiscono un corpo di regole deontologiche non formalizzate pregiudiziali», in quanto la clausola generale che dà ingresso al buon costume «comporta il rinvio da parte del legislatore a valutazioni non formulate dal diritto». Pertanto, se «nel corpo sociale è viva l'opinione che un atto sia contrario ai buoni costumi, il giudice fa sua quella opinione e la valutazione in questione diventa la base della contrapposizione tra contratto lecito e illecito» giusta il combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1343 c.c. La nozione di buon costume fa dunque riferimento ad un «minimo etico condiviso» dalla coscienza sociale di cui il giudice si fa interprete ai fini della valutazione in termini di illiceità di un atto di autonomia privata. In questi termini sostanzialmente v. G.B. FERRI, *Buon costume - II) Diritto civile* (voce), in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1995.

²⁶ V. al riguardo le contrapposte posizioni rispettivamente di Trib. Monza, 27 ottobre 1989 e Trib. Roma 17 febbraio 2000.

²⁷ Cass. n. 4414 del 1981, in *Foro it.*, 1982, 1, 1679.

²⁸ In questi termini, P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1 ss.; ora in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 215 ss.

del buon costume, il *solvens* potrebbe fondatamente richiedere la restituzione di quanto versato alla controparte in esecuzione del titolo nullo, qualora la pretesa di ritenzione da parte dell'*accipiens* risulti "abusiva". In tal caso, infatti, non potendo operare, proprio in quanto "abusiva", il congegno della *soluti retentio* contemplato dall'art. 2035 c.c., tornerebbe a valere il principio generale di cui all'art. 2033 c.c., a mente del quale «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato».

La ritenuta riferibilità delle regole ora esposte al settore specifico dei negozi di maternità surrogata consente, a questo punto, di condurre agevolmente a soluzione le questioni relative al *regime* dei rapporti patrimoniali intercorrenti tra le parti dell'accordo surrogatorio.

A questo proposito, pare ragionevole operare una distinzione preliminare tra rimborso delle spese sostenute dalla madre gestazionale e compenso per la *locatio ventris*. Ebbene, la pattuizione e la relativa corresponsione, ad opera dei genitori committenti, di un semplice rimborso in favore della madre gestazionale per le spese (mediche, ospedaliere, alimentari, ecc.) sostenute (o da sostenere) a fronte delle elementari esigenze di vita e di sostentamento tanto della gestante quanto del bambino nel periodo della gravidanza non sembra connotare in termini di onerosità l'accordo né giustificare un giudizio di "riprovazione" da parte del corpo sociale, inserendosi piuttosto nella cornice di un comprensibile rapporto di solidarietà umana e familiare. Nondimeno, neppure in questo caso quanto percepito dalla madre surrogata dovrebbe essere restituito (benché la prestazione ricevuta non sia in concreto contraria al buon costume), trattandosi all'evidenza, da parte del *solvens*, di mero adempimento di obbligazioni naturali ex art. 2034 c.c. (a norma del quale «non è ammessa la ripetizione di quanto *spontaneamente* prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace»), a nulla rilevando che il *solvens* abbia per errore (di diritto) ritenuto di adempiere ad una obbligazione civile. Infatti, il requisito della *spontaneità* dell'adempimento richiesto dall'art. 2034 c.c., secondo la prevalente dottrina²⁹, postula semplicemente la mancanza, nei confronti del *solvens*, di coazione da parte dello stesso creditore naturale o di terzi, mentre ai fini della ripetizione di quanto prestato non rileva l'erronea convinzione di aver adempiuto a un dovere giuridico.

Un discorso sensibilmente diverso deve farsi allorché la parte "committente" accordi alla madre sostituita un vero e proprio compenso per l'opera prestata, comprensiva della "cessione" del nato. In tal caso, l'accordo di surrogazione finisce per inserirsi nell'ambito di una operazione commerciale – sicuramente riprovata dalla coscienza sociale – avente ad oggetto proprio la funzione gestazionale e materna. La corresponsione di una retribuzione alla madre surrogata concretizza pertanto una prestazione contraria al buon costume anche da parte del *solvens*, tale da impedirne la ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c. (infatti, come recita il brocardo, *in pari causa turpitudinis, melior est condicio possi-*

²⁹ Così, ad es., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009 osserva che nel contesto dell'art. 2034 c.c. «il legislatore ha utilizzato l'espressione spontaneamente e non volontariamente, in tal modo chiarendo che, se da un lato è indispensabile che l'esecuzione non sia frutto di una coazione ad agire subita dal *solvens* (cioè dal debitore naturale), dall'altro non rileva che il *solvens* stesso abbia eseguito la prestazione ritenendo di esservi vincolato per aver scambiato l'obbligazione naturale per un'obbligazione civile, cioè giuridica. Ne consegue che se la violenza subita è sempre rilevante, l'errore è invece sempre irrilevante, nel senso che non legittima la ripetizione di quanto prestato».

dentis). Ed è chiaro che il giudizio di “immoralità” sarà ancor più severo se vi è stato approfittamento, da parte dei soggetti richiedenti, della eventuale situazione di indigenza della madre surrogata. Non bisogna d'altra parte nascondersi il pericolo che sia la stessa madre surrogata, ancorché in situazione di inferiorità economica, a tenere comportamenti opportunistici, ricattando la coppia committente mediante la reiterata richiesta di “maggiorazioni” retributive quale condizione per la “rinuncia” alla rivendicazione dei propri diritti parentali sul nato³⁰. In casi del genere, la *soluti retentio* costituirà senz'altro abuso del diritto previsto dall'art. 2035 c.c., ragion per cui la prestazione ricevuta dovrà essere restituita in base alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c.

4. Accordo di surrogazione e inosservanza degli impegni assunti: margini per una eventuale responsabilità aquiliana della madre surrogata?

Esclusa ogni forma di responsabilità contrattuale per la madre surrogata che venga meno ai patti assunti, dobbiamo chiederci se residuino spazi per la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale della madre sostituita nei confronti tanto del concepito quanto della coppia committente³¹. Si è visto sopra³² come il rifiuto, da parte della donna portante, di ricevere nel proprio utero l'ovulo già fecondato per via extracorporea costituisce espressione del diritto della persona di revocare in qualunque momento il consenso prestato a un trattamento sanitario (che, in mancanza di una espressa previsione di legge in senso contrario, è da reputarsi evidentemente come non obbligatorio): diritto dotato di sicuro ancoraggio costituzionale, essendo desumibile dall'art. 32, comma 2 Cost.³³ nonché dall'art. 5, comma 3 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina³⁴. L'esercizio di un tale diritto, per quanto confliggente in ipotesi – nell'ottica, si intende, della soggettività giuridica dell'embrione – col diritto alla vita del concepito, finirebbe, infatti, col privare il danno del requisito dell' “ingiustizia”, indispensabile ai fini del risarcimento³⁵. Lo stesso dicasi nel caso in cui, a gravidanza avviata, la madre surrogata decida di interromperla nel rispetto – si intende – della legge 194. Quanto alla configurabilità di una responsabilità aquiliana direttamente riferibile alla posizione giuridica dei membri della coppia committente, due sono gli ostacoli che potrebbero in teoria prospettarsi: il primo attiene all'identificazione della posizione giuridica soggettiva violata, essendo dubbia la

³⁰ Questo, ad esempio, era quanto accaduto nel caso concreto deciso dal Tribunale di Monza nella prima pronuncia italiana in argomento. In quell'occasione, infatti, la madre surrogata (una ragazza algerina immigrata), dopo aver reiterato le richieste di denaro oltre quelle originariamente convenute, rifiutava di consegnare il bambino partorito alla coppia committente.

³¹ Nel primo caso i genitori genetici (committenti) agiranno – come è ovvio – *iure alieno* (nell'interesse del figlio), mentre nel secondo caso agiranno verso la surrogata per il risarcimento del danno *iure proprio*.

³² V. nota n. 23

³³ A mente del quale «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

³⁴ Il quale, in materia di consenso informato al trattamento medico, stabilisce che il medesimo può essere «liberamente» ritirato «in qualsiasi momento».

³⁵ Infatti, secondo un consolidato orientamento, affinché il danno sia “ingiusto” ai sensi dell'art. 2043 c.c., non basta che sia *contra ius* (cioè lesivo di un interesse altrui giuridicamente rilevante), ma occorre anche che sia *non iure* (ossia non necessitato o facoltizzato dall'ordinamento): il che precisamente non accade quando la condotta, seppur lesiva di un interesse altrui giuridicamente protetto, sia posta in essere nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere.

stessa esistenza di un diritto soggettivo *assoluto* a diventar genitori (anche se in senso affermativo sembrerebbe essersi orientata recentissimamente la Corte costituzionale nella sentenza che ha fatto venir meno dal nostro ordinamento il divieto di PMA eterologa³⁶); il secondo attiene alla concorrente posizione giuridica vantata dalla madre surrogata, che, qualora dovesse essere ritenuta dal giudice come la “vera” madre dal punto di vista giuridico secondo la regola di attribuzione della maternità introdotta dall’art. 269, comma 3 c.c. (a mente del quale è madre colei che ha partorito), avrebbe non solo il diritto, ma altresì il dovere di rifiutare la “consegna” del figlio appena nato alla coppia committente. Anche in questo caso, il danno, ancorché in ipotesi *contra ius* (in quanto astrattamente lesivo del preteso diritto alla genitura dei membri della coppia committente), sarebbe in concreto scriminato dall’esercizio, da parte della madre surrogata, dei diritti e dei doveri inerenti al suo *status* di madre, e pertanto non potrebbe definirsi *non iure*.

A conclusioni opposte, invece, dovrebbe pervenirsi qualora la maternità legale fosse riconosciuta in capo alla donna committente. In tal caso, infatti, ammessa l’esistenza di un diritto soggettivo a diventare genitori, la mancata consegna del bambino da parte della madre uterina concretizzerebbe una lesione della posizione giuridica soggettiva vantata dai genitori “committenti”, per di più non giustificata dall’esercizio di alcun diritto da parte della “madre” portante (in quanto priva, appunto, di un effettivo *status* di madre). Il danno patito dalla coppia committente, in base a questa ricostruzione, sarebbe quindi certamente “ingiusto”, in quanto *non iure* e *contra ius*. Ai fini della responsabilità aquiliana (derivante dalla mancata “consegna” del bambino appena nato alla coppia committente³⁷) assume pertanto un ruolo fondamentale la risoluzione delle questioni relative allo *status* di madre: questione di cui adesso dovremo occuparci.

5. Questioni di *status* del nato da PMA: è applicabile alla surrogazione di maternità la regola di attribuzione della genitura stabilita dall’art. 8 della legge 40?

Come si è anticipato in premessa, la surrogazione di maternità determina una netta dissociazione tra la maternità genetica e quella gestazionale, che non ha precedenti nella storia dell’umanità e si affianca alla dissociazione tra la genitura genetica e quella “sociale”, già effetto delle tecniche di PMA (eterologa). Se da un lato, dunque, la mancata coincidenza della maternità genetica con quella “sociale” – possibile nell’ambito della sola surrogazione di maternità eterologa – potrebbe far apparire ragionevole l’estensione delle regole di *status* ricavabili dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 della legge 40 al fine di dirimere l’eventuale conflitto tra la madre genetica (in ipotesi distinta da quella

³⁶ Cfr. Corte cost. n. 162 del 2014. Al n. 6 della parte motiva il giudice delle leggi osserva, infatti, che la scelta della coppia sterile o infertile di diventare genitori «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», aggiungendo poco dopo che questo fondamentale diritto può essere limitato dal legislatore solo a fronte dell’esigenza di tutelare interessi di pari rango.

³⁷ Mentre, per le ragioni già viste, la revoca del consenso all’impianto dell’embrione procreato artificialmente, così come l’interruzione volontaria della gravidanza nei casi ammessi dalla legge, non costituiscono un atto illecito ai sensi dell’art. 2043 c.c. (essendo al contrario espressione di diritti e facoltà legittime).

biologica) e la madre sociale³⁸, dall'altro l'ulteriore dissociazione della maternità uterina da quella genetica (peculiare della sola maternità surrogata, in qualsiasi forma venga realizzata, ma non anche della PMA eterologa) rende assai problematica l'estensione in via analogica delle medesime regole all'interno della fattispecie surrogatoria al fine di dirimere l'eventuale conflitto tra la madre genetica (che sia anche "committente") e la madre biologica³⁹ ovvero tra la madre biologica (che sia anche madre genetica) e la donna committente⁴⁰.

Appare evidente, infatti, come la regola enunciata dall'art. 9, comma 3 della legge 40 – che nell'ambito della fecondazione artificiale eterologa esclude rilevanza al mero dato genetico ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione – non possa essere utilmente impiegata al fine di dirimere le questioni di *status* del nato nell'ambito della maternità surrogata, ove la maternità genetica sovente convive con altri "titoli" di maternità (quella "sociale" e quella gestazionale) egualmente idonei a giustificare una relazione parentale "esclusiva" col nato⁴¹. La sola indicazione certa che si può ricavare dalla disposizione citata è che, in caso di surrogazione eterologa per sola gestazione (allorché l'ovocita provenga da una terza donatrice)⁴², la ovidonatrice non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato; ma anche in questa peculiare fattispecie rimarrebbe il problema di stabilire a quale delle altre due donne (se a quella "uterina" o alla committente) debba essere attribuita la qualità di

³⁸ Con attribuzione della maternità a quest'ultima, in ossequio al principio di responsabilità procreativa sotteso ai riferimenti normativi appena evocati.

³⁹ Eventualità che si verifica precisamente nell'ambito della surrogazione (omologa) per sola gestazione.

⁴⁰ Evenienza che si verifica nell'ambito della surrogazione per concepimento e gestazione.

⁴¹ Non convince sul punto l'argomento proposto in contrario da M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2007, secondo cui il tema dell'attribuzione della maternità, in caso di violazione del divieto imposto dalla legge 40, deve ritenersi risolto "in radice" in forza del disposto di cui all'art. 9, comma 3 della medesima legge, il quale confermerebbe «che la donna che ha partorito è l'unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l'embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (la madre committente)». La tesi – che sconta i limiti dell'estensione analogica di una regola dettata per la PMA eterologa a una fattispecie, quella surrogatoria, tipologicamente assai diversa – non tiene conto di alcuni aspetti fondamentali implicati nella vicenda *de qua*: in primo luogo bisogna rilevare, sul piano della *ratio legis*, che la soluzione offerta dall'art. 9, co. 3 in tema di eterologa parte dal presupposto che la donatrice (o il donatore) di gameti non siano interessati ad assumersi la responsabilità genitoriale del bambino che dovesse eventualmente essere procreato per iniziativa di un'altra coppia con procedure fecondative artificiali (cosa che evidentemente non può dirsi, nell'ambito della surrogazione di maternità, della donna che "commissioni" ad altra la gestazione di un embrione che geneticamente le appartiene); in secondo luogo, si osservi che, nella surrogazione di maternità, la coppia committente non si limita a fornire, in tutto o in parte, i propri gameti per la procreazione, ma piuttosto conferisce alla madre surrogata un embrione già formato, e quindi un principio di vita individualizzato, che è cosa ben diversa rispetto alla semplice donazione di gameti. La diversità di *ratio* e la non omogeneità delle situazioni comparate impediscono di conseguenza – una volta esclusa un'applicazione diretta della norma in questione, che si riferisce alla sola PMA eterologa di cui all'art. 4, comma 3 e non anche alla surrogazione di maternità il cui divieto si rinviene invece nell'art. 12, comma 6 – un'applicazione in via analogica della disposizione considerata alla fattispecie surrogatoria. Ove ciò non bastasse, si ponga mente all'ulteriore rilievo formulato da attenta dottrina (cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*, nota n. 18) secondo cui non sempre la surrogazione di maternità realizza una vicenda procreativa di tipo eterologo, dovendosi di conseguenza sicuramente escludere l'applicazione dell'art. 9, comma 3 nei casi di surrogazione omologa in cui l'embrione sia stato fecondato con gameti esclusivamente della coppia committente.

⁴² È questo, infatti, il solo caso in cui si realizza, in capo a tre differenti persone, una dissociazione completa tra le figure della madre biologica, genetica e committente (o sociale).

madre. L'art. 9, invece, non suscita particolari dubbi applicativi nell'ambito di quella fattispecie solo in apparenza surrogatoria da noi denominata "gravidanza eterologa", riconducibile, come si è visto, ad una PMA eterologa *ex latere matris*, ottenuta mediante la donazione di ovuli da fecondare col seme del partner *maschio* della coppia. L'ipotesi da ultimo considerata, infatti, è perfettamente suscumbibile all'interno della disposizione considerata, che conduce al risultato di attribuire al nato lo stato di figlio della coppia e all'esclusione di qualsiasi rapporto fra il medesimo e la terza donatrice dell'ovulo⁴³.

Nel contesto della maternità surrogata, il vero problema – proprio a motivo della mancanza di una disciplina espressa e della impossibilità di estendere in via analogica le soluzioni individuate dall'art. 9 della legge 40 con riferimento specifico alla PMA eterologa – consiste nel capire se la regola per dirimere il conflitto tra la madre biologica e quella sociale (data la ritenuta irrilevanza nella materia *de qua*, come si ricordava, del semplice dato dell'appartenenza genetica) debba essere desunta dai principi che regolano la filiazione naturale⁴⁴ o da quelli che presiedono alla filiazione *artificiale*⁴⁵. Il dilemma così posto deriva appunto dalla natura "composita" della fattispecie surrogatoria, la quale, pur necessitando a monte dell'esecuzione di una pratica di PMA omologa o eterologa, non può fare a meno di una gravidanza e di un parto "naturali"⁴⁶. La sua soluzione, pertanto, passa attraverso la necessaria evidenziazione delle relazioni intersistemiche intercorrenti tra la disciplina generale della filiazione stabilita dal codice civile e la disciplina della filiazione da PMA ricavabile dagli artt. 8 e 9 della legge 40, che rispetto alla prima riveste evidentemente carattere di specialità.

L'analisi a cui si dà ora avvio è dunque volta a definire l'esatto ambito di operatività dell'art. 8 della legge 40 al fine di verificare se la regola ivi enunciata possa valere anche nel caso di violazione del divieto di *surrogacy* sancito dall'art. 12, co. 6 (proprio come fino a poco tempo fa avveniva per espressa volontà del legislatore a proposito del divieto – venuto poi meno a seguito di Corte cost. n. 162/2014 – di fecondazione eterologa). Infatti, qualora non dovesse trovare applicazione la regola di attribuzione della genitura ricavabile dall'art. 8 cit., tornerebbe inevitabilmente ad applicarsi la disciplina codicistica – in quanto disciplina di carattere generale – con conseguente attribuzione della maternità in base al criterio naturalistico del parto di cui all'art. 269, comma 3 c.c. D'altro canto, ai fini della

⁴³ Cfr. R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 154 ss. e Id., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, VII, Agg. (gennaio 2003-giugno 2006), Milano, 2006, 325 nonché F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 75.

⁴⁴ Che inducono a riferire la relazione di maternità alla madre portante, giusta il disposto dell'art. 269, comma 3 c.c., per cui «La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

⁴⁵ I quali porterebbero a radicare la relazione parentale in capo alla coppia committente (e quindi a preferire la madre "sociale"), secondo la previsione di carattere generale di cui all'art. 8 della legge 40, per cui «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'art. 6».

⁴⁶ È pur vero che da una gravidanza e da un parto naturali non si prescinde neppure nell'ambito delle comuni tecniche di PMA; tuttavia, a differenza di queste ultime, nella surrogazione di maternità la gravidanza e il parto sono affidati a una donna diversa da quella da cui prende inizio il "progetto" procreativo. Tanto basta, ad avviso dello scrivente, a rendere le due ipotesi non omogenee e a dover pertanto mettere in allarme l'interprete circa la possibilità di risolvere l'indicato dilemma applicando de plano alla fattispecie surrogatoria la regola di cui all'art. 8 della legge 40. Ma su questa complessa questione si argomenterà ampiamente più avanti.

risoluzione del quesito in questione, non potrebbe attribuirsi valore decisivo alla constatazione della nullità del negozio di maternità surrogata: la radicale nullità degli accordi di maternità surrogata, come si è evidenziato più sopra, preclude infatti all'autonomia privata soltanto di introdurre delle modificazioni pattizie alla disciplina giuridica degli *status* personali e familiari, ma in linea di principio non impedirebbe all'ordinamento – messo di fronte al “fatto compiuto” della nascita di un bambino, ancorché ottenuta attraverso delle tecniche vietate – di qualificare giuridicamente tale “fatto” e di determinarne gli effetti mediante l'applicazione degli ordinari criteri di attribuzione della paternità e della maternità. Fatta questa premessa, entriamo allora nel “cuore” della questione.

L'art. 8 della legge 40, ispirato al principio della responsabilità procreativa o di “autoresponsabilità”, disciplina – come è noto – lo stato giuridico del nato da procreazione medicalmente assistita, distinguendo a seconda che la coppia di genitori sia coniugata o semplicemente convivente: nel primo caso il nato acquisisce lo stato di figlio legittimo della coppia che l'ha generato; nel secondo invece lo stato di figlio riconosciuto della medesima coppia⁴⁷. D'altro canto, il chiaro tenore testuale della disposizione, per cui «[i] figli nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [...] riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6», non lascia dubbi circa il fatto che qui ci troviamo di fronte a un riconoscimento automatico *ex lege* del figlio che, in deroga alle ordinarie regole civilistiche, non necessita di una specifica dichiarazione di volontà in tal senso da parte dei conviventi, benché non uxorati⁴⁸.

⁴⁷ Si rammenti che, a seguito della recente riforma del diritto di famiglia, culminata con l'emanazione del d.lgs. n. 154/2013, è venuta meno, nella legislazione familiare, la differenza tra figli legittimi, legittimati, riconosciuti e adottivi, nell'ottica dell'unificazione dello status di figlio. Tuttavia, il legislatore, pur a fronte di uno *status* di figlio ormai unitario sotto il profilo contenutistico, ha tenuto distinte le modalità di attribuzione dello stato di filiazione e di formazione del relativo titolo, a seconda della sussistenza o meno di un legame matrimoniale tra i coniugi, con inevitabili riflessi sull'esercizio delle c.d. azioni di stato. Al riguardo è dato osservare come il matrimonio conservi, tuttora, in conformità con quanto previsto dall'art. 29 Cost., la sua attitudine all'attribuzione automatica dello stato di filiazione. Quanto al marito, questi è considerato padre del figlio nato dalla moglie in costanza di matrimonio, senza che sia necessaria a tal fine alcuna dichiarazione o dimostrazione della paternità, proprio in virtù della presunzione di paternità del marito prevista dall'art. 231 c.c. (presunzione che può essere contestata solo mediante l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità di cui al nuovo art. 243-bis c.c.). La disposizione, inoltre, si collega a quelle che disciplinano l'atto di nascita (art. 30 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), alla cui stregua – se la partoriente è coniugata e non esprime la volontà di non essere nominata – nell'atto vengono indicate le generalità della madre e del di lei marito. Per contro, ove la madre non sia coniugata, la sua identità non può essere indicata nell'atto di nascita, salvo che la stessa renda di persona la dichiarazione di riconoscimento o abbia espresso per atto pubblico il proprio consenso. Dunque, in difetto del vincolo matrimoniale tra i genitori, il figlio acquista il corrispondente titolo dello stato attraverso il riconoscimento, in forza del quale un soggetto dichiara la propria paternità o maternità nei confronti di una determinata persona. Le azioni esperibili per contestare lo stato di figlio, a seguito del riconoscimento, sono quelle di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, per violenza o per effetto di interdizione giudiziale, disciplinate dagli art. 263 ss. c.c. Per una sintesi efficace delle novità introdotte dal decreto di riforma del diritto di famiglia vedi M. SESTA, *Le azioni di stato dopo il decreto n. 154/2013*, in www.consiglionazionaleforense.it (ultima consultazione 27 agosto 2014).

⁴⁸ Ad ulteriore conferma di questo assunto, alcuni autori (cfr. C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 154 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 102 ss. e ID., *Procreazione assistita* (voce), in *Tratt. fam. Zatti*, cit., 305 ss.) rilevano che la tradizionale regola della discrezionalità del riconoscimento del figlio naturale trova ragione in quella necessità di evitare di imporre ai genitori il

L'acquisto dello stato giuridico di figlio, pertanto, nell'ambito della PMA viene a dipendere unicamente dalla manifestazione del consenso alle tecniche riproduttive artificiali. La norma, sotto questo aspetto, non fa altro che esplicitare a livello legislativo quel principio – che parte della dottrina riteneva immanente al sistema già prima dell'approvazione della legge 40 – secondo cui nella procreazione medicalmente assistita (sia essa omologa sia essa eterologa) il consenso prestato dal marito tiene luogo al rapporto diretto con la madre⁴⁹ e, al pari del rapporto naturale, è idoneo a fondare la responsabilità genitoriale allorché il processo generativo sia coronato da successo. È questo il c.d. principio di responsabilità procreativa o di "autoresponsabilità" nella procreazione, di cui è stato individuato il fondamento costituzionale talora nell'obbligo di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.⁵⁰, talaltra negli obblighi dei "genitori" sulla base di una interpretazione evolutiva dell'art. 30, comma 1 Cost.⁵¹.

Il principio di responsabilità procreativa – che costituisce il cardine su cui si muove l'intera disciplina della filiazione *artificiale* – comporta in definitiva che il concetto di genitorialità sia incentrato, più che sul dato biologico, sull'assunzione di responsabilità mediante l'espressione di un consenso libero e consapevole. Se il consenso degli "aspiranti" genitori costituisce la condizione di legittimità del ricorso alla PMA⁵² nonché l'imprescindibile presupposto per la formazione dello *status* di figlio ai sensi dell'art. 8, allora gli eventuali "vizi" del consenso dovrebbero impedire, a rigore, l'attribuzione della genitura a norma della indicata disposizione. Il modo più corretto per impostare il problema

riconoscimento di figli naturali non voluti – perché nati in circostanze particolarmente difficili o drammatiche; si pensi al figlio nato da violenza sessuale – che senz'altro non sussiste nell'ipotesi in cui il bambino sia stato concepito per mezzo di fecondazione artificiale e la coppia convivente abbia pertanto espresso precedentemente la volontà di procreare (e di assumersi la conseguente responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro) attraverso la complessa procedura di formazione del consenso regolata dall'art. 6 della legge.

⁴⁹ Così A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 217 ss. Sulla stessa scia, più di recente, F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 3; l'Autore, a commento di Corte cost. n. 347 del 1998, sviluppando l'intuizione di Trabucchi, osserva: «Il consenso del marito in realtà non *facit filios*, ma *supplet naturam*: una natura che, poiché sotto il profilo procreativo non è stata benigna con lui, viene sostituita con una decisione da lui stesso presa di darsi un figlio [...] Il suo è il consenso che di solito si dovrebbe avere (per il suo contenuto morale) nell'atto biologico del procreare; è un consenso procreativo, in perfetta armonia, data la situazione di fatto, con i diritti e i doveri dei coniugi, quali inderogabili; con esso è stata attuata una partecipazione responsabile alla procreazione».

⁵⁰ È questa ad esempio la prospettiva da cui muove Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014 pronunciata nell'ambito della triste vicenda dello scambio di embrioni verificatosi recentemente presso l'Ospedale Pertini di Roma.

⁵¹ Vedi al riguardo la lettura offerta da F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2000, 2, secondo cui «chi ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio è poi responsabile della sua formazione come persona e come cittadino, con un sostanziale avvicinamento della disciplina della filiazione al principio espresso dall'art. 30, comma 1 Cost.». "Genitore" – secondo questa suggestiva lettura – sarebbe, conformemente alla *ratio* di tutela del nato dell'art. 30, co. 1 Cost., colui che ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio (eventualmente avvalendosi delle tecniche di riproduzione artificiale), al quale andrebbero quindi riferiti i diritti e gli obblighi conseguenti allo status genitoriale.

⁵² Questo è il motivo per cui l'art. 6 della legge 40 grava il medico di pesanti obblighi informativi, parametrandone la "sufficienza" al criterio per cui le informazioni fornite devono essere tali «da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

dell'applicabilità o meno, alla fattispecie surrogatoria, della peculiare regola di attribuzione della genitura prevista dall'art. 8 non è dunque quello – invero troppo sbrigativo e comunque agevolmente eludibile attraverso un'interpretazione estensiva della norma⁵³ – di rilevare come la citata disposizione si riferisca alle sole tecniche di PMA propriamente dette e non anche alla surrogazione di maternità (che fa la sua prima e unica “apparizione” nel successivo art. 12), bensì quello di verificare in che modo la violazione del divieto di maternità surrogata si riverbera sulla formazione del consenso richiesto dall'art. 8 ai fini della valida instaurazione del rapporto di filiazione con la coppia “committente”.

Si tratta di problematica non dissimile, a dire il vero, da quella che si pone in relazione alla violazione di altri divieti o limiti posti dalla legge 40 alle possibilità di riproduzione artificiale offerte attualmente dalla biomedicina. Come è stato giustamente rilevato⁵⁴, uno dei problemi di cui la legge 40 ha colpevolmente mancato di occuparsi è quello dello *status* del figlio procreato tramite PMA realizzata in mancanza di uno dei presupposti richiesti dagli artt. 4, 5 e 6 della stessa legge (mentre è stata espressamente normata l'ipotesi della violazione del divieto di fecondazione eterologa, al fine di escluderne qualsivoglia effetto sullo stato di figlio del nato⁵⁵).

La dottrina che si è interessata di questo problema⁵⁶, se da un lato ha ritenuto, peraltro comprensibilmente, che la mancanza dei requisiti oggettivi previsti dall'art. 4 della legge non possa incidere sullo stato di figlio – da riconoscere pertanto ai sensi dell'art. 8 anche al soggetto procreato da genitori

⁵³ Qui in teoria praticabile proprio alla luce della *ratio legis* e, in particolare, della portata espansiva del principio di responsabilità procreativa sotteso alla previsione normativa considerata.

⁵⁴ Cfr. M. FACCIOLO, *op. cit.*

⁵⁵ L'art. 9 della legge 40, nel precludere al padre “sociale” che aveva in precedenza prestato il suo consenso (comma 1) la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità (se coniugato) o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (se convivente) e alla madre (comma 2) l'esercizio del diritto a non essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. 396/2000, non fa altro che applicare alla PMA eterologa la regola di determinazione della filiazione enunciata in termini generali dall'art. 8. Pertanto, la mancanza di legittimazione all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che in precedenza aveva manifestato il suo consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie (con seme quindi di un terzo donatore) non deriva dal fatto che l'azione medesima, esercitata in violazione dei principi di correttezza e buona fede nei rapporti familiari, costituirebbe nel caso di specie “un abuso del diritto” – come invece, anche di recente, ha sostenuto con forza la Suprema Corte nella sentenza n. 11644 del 2012 (con nota di C. COSSU, *Inseminazione eterologa, non scienza del marito, “diritto vivente” e disconoscimento della paternità*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 1, 51), deducendone coerentemente che l'azione, sebbene preclusa al padre per i motivi anzidetti, è consentita al figlio «certamente estraneo al consenso prestato dal genitore e portatore di un interesse alla verità biologica [...] meritevole di tutela» – ma piuttosto dal fatto che in ipotesi del genere il nato, in virtù del principio di responsabilità procreativa di cui all'art. 8, sarebbe da considerarsi a tutti gli effetti di legge quale “figlio” del marito consenziente. D'altronde, ad intendere diversamente, non si comprenderebbe di chi il nato da PMA eterologa dovrebbe essere ritenuto figlio (beninteso dal lato paterno), dal momento che lo stesso art. 9, al comma 3, stabilisce che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo [...] il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». L'esclusione del rapporto parentale col padre biologico, in verità, può spiegarsi solamente se si riconosce implicitamente la paternità legale in capo al genitore “sociale”.

⁵⁶ Vedi in particolare M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano 2004 e U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, 489 ss.

che siano riusciti ad accedere alla fecondazione artificiale pur senza essere affetti da sterilità o infertilità o comunque in violazione del principio di gradualità previsto dall'art. 4, comma 2, lettera a) – , dall'altro ha privilegiato un approccio "casistico", che tenesse conto dell'*effettivo* interesse del nato, nella diversa ipotesi in cui l'accesso alle tecniche procreative si verifichi in mancanza dei requisiti soggettivi posti dall'art. 5⁵⁷. Così, ad esempio, si è sostenuto che, al pari dell'inosservanza dei requisiti oggettivi, non dovrebbero incidere sullo *status filiationis* del nato la mancanza del requisito della convivenza o dell'età potenzialmente fertile della coppia, mentre al contrario l'art. 8 della legge 40 non dovrebbe trovare spazio quando a mancare sia il requisito della diversità di sesso, atteso che «non sembra [...] che, nell'attuale contesto sociale ed in assenza di un intervento normativo, possa essere considerato in linea di principio rispondente all'interesse del minore il riconoscimento di siffatto rapporto genitoriale»⁵⁸.

Più problematica, invece, è parsa l'ipotesi in cui ad accedere alle procedure riproduttive artificiali sia una coppia di minorenni, dal momento che in questo caso si porrebbe un problema di tutela, oltre che del nato, anche dei genitori, proprio a motivo della loro minore età. La dottrina sul punto è profondamente divisa. Secondo una diffusa opinione⁵⁹, preminenti ragioni di tutela del nato imporrebbero, anche in questa ipotesi, di riconoscere l'applicazione dell'art. 8 della legge 40 per attribuire al bambino lo *status* di figlio legittimo o naturale (in quest'ultimo caso, peraltro, soltanto nei confronti del genitore ultrasedicenne, tenuto conto della regola generale che richiede il compimento del sedicesimo anno d'età per il riconoscimento del figlio naturale⁶⁰). Ma non è mancato chi ha evidenziato come il minore appartenga alla categoria degli incapaci legali e che quindi il problema dovrebbe più correttamente essere risolto secondo la soluzione che si ritenga di accogliere per disciplinare le ipotesi in cui le tecniche di PMA sono state eseguite in presenza di un consenso genitoriale difettoso per incapacità o per altri vizi attinenti alla formazione o alla trasmissione della volontà⁶¹. In questa prospettiva, dunque, l'art. 8 della legge 40 non dovrebbe operare in quanto il consenso richiesto dalla norma risulterebbe nella fattispecie "viziato" per incapacità legale dei richiedenti.

L'approccio da ultimo indicato risulta, a parere di chi scrive, estremamente interessante, anche al di fuori dell'ipotesi specifica da cui prende le mosse, poiché conferma quanto prima era stato da noi evidenziato, e cioè che la condizione essenziale per il funzionamento della regola attributiva della genitura nell'ambito delle procedure di procreazione artificiale rimane, ai sensi dell'art. 8, quella del

⁵⁷ Il quale – si ricorda – limita l'accesso alle tecniche di PMA a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», sì da escludere *single*, minorenni, vedovi (e vedove), coppie omosessuali e coppie "anziane". Questi requisiti, pur tacciati da taluno di irragionevolezza, sono posti a ben vedere a tutela del nascituro, e in particolare del fondamentale diritto di ogni bambino ad avere un padre e una madre in grado di adempiere agevolmente (anche a motivo dell'età non troppo avanzata) ai propri doveri familiari.

⁵⁸ Così, U.A. SALANITRO, *op. cit.* Siffatto approccio "casistico" però non convince del tutto, specie se l'elemento discriminativo viene individuato nell'interesse del nato, dato che tutti i requisiti soggettivi contemplati dall'art. 5 della legge 40, a ben vedere, sono egualmente fissati dalla legge a tutela del nato. La soluzione, anche nei precedenti casi, a voler essere coerenti, dovrebbe essere allora analoga a quella correttamente individuata dall'Autore a proposito della PMA (eterologa) richiesta da coppie omosessuali.

⁵⁹ Cfr. fra gli altri C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 157; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 131; G. OPPO, *op. cit.*

⁶⁰ Così, M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *op. cit.*, 193.

⁶¹ Così, U.A. SALANITRO, *op. cit.*, 499.

consenso, che deve essere libero, consapevole nonché immune da vizi che, come la mancanza di capacità (legale e naturale) o il difetto di legittimazione, possano in qualche modo inficiarlo. Al fine di definire la validità e/o l'efficacia del consenso occorrerà fare affidamento, invero, alle norme del codice civile relative alla capacità e ai vizi del consenso (artt. 1425 ss. c.c.), sicuramente riferibili (anche se con gli opportuni adattamenti) alla materia *de qua*, data la natura negoziale del consenso richiesto dalla legge per l'accesso alle procedure procreative. Muovendoci in questa prospettiva diventa agevole risolvere il problema delle conseguenze che sullo *status* del nato da PMA sortisce la violazione dei divieti posti dal legislatore, senza più necessità di seguire quell'approccio "casistico" privilegiato dalla prevalente dottrina, ma foriero di ambiguità e di incertezze applicative.

Così, in primo luogo, si può affermare ragionevolmente che l'inosservanza dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5, attenendo alla legittimazione soggettiva della coppia stessa ad esprimere il consenso, rende quest'ultimo inefficace e quindi *inutiliter* dato agli effetti di cui all'art. 8, quale che sia il requisito soggettivo (differenza di sesso, età, convivenza) in concreto "evaso". Con riguardo, invece, agli obblighi informativi gravanti sul medico ai sensi dell'art. 6, commi 1 e 2, pare eccessivo ritenere che la loro inosservanza determini in ogni caso l'invalidità del consenso: in verità, facendo applicazione dei principi civilistici in tema di errore (artt. 1429 ss. c.c.), sembra più corretto concludere nel senso che solo l'omissione di informazioni "essenziali", cioè effettivamente determinanti del consenso (e non anche di quelle secondarie) possa impedire la formazione dello stato di figlio in base all'art. 8. In maniera piuttosto elastica, infine, andrebbe considerato il requisito di forma indicato dall'art. 6, comma 3, secondo cui «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute». Ai fini della sua validità, infatti, è sufficiente che il consenso prestato possa essere ricavato tacitamente *per facta concludentia*, come viene precisato nell'art. 9, comma 1, seppur nel contesto della PMA eterologa⁶².

Sviluppando, a questo punto, le premesse di tale ragionamento con riferimento alla surrogazione di maternità, risulta arduo sostenere che il consenso manifestato a una pratica fecondativa vietata possa reputarsi efficace, atteso ancora una volta il difetto di legittimazione dei soggetti coinvolti nella pratica surrogatoria. E si tratta nel caso di specie, per la precisione, di un difetto di legittimazione apprezzabile sul piano sia oggettivo che soggettivo. I coniugi (o i conviventi) che in ipotesi si rivolgesse ad un centro di procreazione assistita per una pratica di maternità surrogata, infatti, esprimerebbero – proprio perché la pratica è vietata dalla legge – un consenso viziato per l'impossibilità (giuridica) dell'oggetto. A ciò si aggiunga che, data la natura necessariamente trilaterale dell'accordo di maternità surrogata e l'incidenza che l'esecuzione della procedura avrebbe sul corpo della madre uterina, il consenso dovrebbe essere espresso contestualmente anche da quest'ultima, ossia da una persona estranea alla coppia, e quindi priva di legittimazione soggettiva ai sensi dell'art. 5.

La soluzione cui si è pervenuti risulta altresì indirettamente confermata dalla scelta del legislatore di estendere volutamente la regola del consenso di cui all'art. 8 anche alla PMA eterologa, ossia ad una procedura vietata al tempo dell'emanazione della legge. La ragione per cui il legislatore del 2004 ha

⁶² Non vi sono ragioni, infatti, per limitare l'operatività della regola anzidetta alla sola PMA eterologa, tanto più che oggi, dopo la declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, le due fattispecie procreative (l'omologa e l'eterologa) si sono notevolmente avvicinate sotto il profilo della disciplina giuridica.

sentito il bisogno di confermare espressamente (con due disposizioni di dettaglio, di cui rispettivamente ai commi 1 e 2 dell'art. 9) l'applicabilità del principio di responsabilità procreativa alla eterologa è probabilmente legata alla riconosciuta consapevolezza dei limiti di operatività di una norma formulata nei termini di cui all'art. 8 ad una fattispecie procreativa vietata, rispetto alla quale il consenso della coppia non si sarebbe potuto esprimere validamente. Il silenzio serbato sulla diversa – e comparativamente più grave⁶³ – fattispecie surrogatoria, per converso, è sintomatico della volontà legislativa di non sottrarre la maternità surrogata (analogamente ad altri divieti previsti dalla legge) al presupposto obiettivo⁶⁴ da cui l'art. 8 fa dipendere l'applicazione della speciale regola di genitura dallo stesso prevista.

I compiuti rilievi dimostrano in conclusione come in materia di maternità surrogata non possa operare il criterio di attribuzione dello *status* di figlio previsto dall'art. 8, data l'inefficacia – sotto il profilo della legittimazione oggettiva e soggettiva – del consenso manifestato dalle parti. Il conflitto tra la madre “committente” e la madre surrogata, di conseguenza, non potrà che essere risolto sulla base dei principi della filiazione naturale accolti dal codice civile⁶⁵ e quindi in favore della madre surrogata alla stregua del criterio del parto di cui all'art. 269, co. 3 c.c.

6. Principio della maternità naturale legata al parto e governo del rapporto di filiazione del nato a seguito di surrogazione di maternità.

Quanto fin qui considerato conferma che il dato positivo elementare al quale tuttora riferirsi nella determinazione del rapporto di filiazione materna risale, nell'ambito della maternità surrogata, alla disposizione del terzo comma dell'art. 269 c.c., che assegna alla partoriente la qualità di madre del nuovo nato.

La norma – è quasi superfluo ricordarlo – rispecchia il senso tradizionale della maternità naturale (per cui non è data alternativa tra sessualità e procreazione) ed insieme il significato rivelatore del parto, fissando in termini formali ciò che la saggezza popolare da tempo immemore tramanda come una certezza (*mater semper certa est* – recita infatti il brocardo latino – e «di madre ce n'è una sola» secondo un antico detto)⁶⁶. Del resto, è indubitabile l'essenzialità e il significato del rapporto simbiotico che lega prima l'embrione, e poi il feto, con il corpo della donna che lo riceve e lo accompagna passo dopo passo a vita autonoma, attraverso uno scambio continuo e inarrestabile che segna il senso misterioso di un'esistenza comune e di una comune appartenenza⁶⁷.

⁶³ In tal senso orientano la rilevanza degli interessi coinvolti nella surrogazione di maternità e la previsione di una sanzione penale per la violazione del divieto a fronte della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 12, co. 1 della legge 40 per la violazione del divieto di PMA eterologa (con norma da ritenersi, tra l'altro, non più in vigore a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 162/2014).

⁶⁴ Vale a dire l'esistenza di un consenso valido ed efficace.

⁶⁵ Che in quanto disciplina di carattere generale torna ad applicarsi in via residuale una volta acclarata l'impossibilità di ricorrere alla disciplina di carattere speciale contemplata dagli artt. 8 e 9 della legge 40.

⁶⁶ In questi termini, M. DELL'UTRI, *op. cit.*

⁶⁷ Così, C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*, 2, Milano, 1985, 300. Analogamente, Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014 osserva: «Tutta la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino».

Tuttavia, l'indiscutibilità della maternità giuridica della partoriente non è parsa insuperabile a giudizio di una parte della dottrina, la quale ha posto icasticamente in evidenza, alla stregua di una lettura *storica* delle disposizioni civilistiche in tema di filiazione naturale, come è «da ritenere che la regola dell'art. 269 c.c., secondo cui madre è la partoriente, non sia applicabile a un'ipotesi che non era immaginabile al tempo dell'emanazione del codice; ed è da ritenere che paternità e maternità, e così lo stato del nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione. [...] Se è vero che la surrogata non dà solo asilo ma contribuisce a plasmare la vita del nascituro, questo contributo non sembra equiparabile alla creazione dell'embrione se è vero che nell'embrione vi è già tutta l'essenza dell'individuo futuro»⁶⁸. Di conseguenza, seguendo questo indirizzo, «la partoriente dovrà restituire il nato a coloro che le hanno affidato l'embrione, mentre nessun rapporto familiare si costituisce tra questi soggetti e la surrogata»⁶⁹.

La tesi esposta, per quanto suggestiva, però, non è meritevole di condivisione. Al suo accoglimento, infatti, osta innanzitutto il rilievo per cui il legislatore del 2004, nel dettare le norme sullo stato giuridico del nato nella delicata materia della PMA, non solo non ha ritenuto di modificare né di introdurre deroghe espresse alla previsione di cui all'art. 269 c.c., ma ne ha confermato al contrario la rilevanza nel settore specifico della fecondazione artificiale, disponendo – all'art. 9, co. 2 della legge 40 – «che la madre del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»⁷⁰.

Verso una rinnovata conferma del criterio civilistico del parto orientano altresì – come puntualmente rilevato da una recente pronuncia di merito⁷¹ – le modifiche introdotte dal legislatore della riforma della filiazione di cui al d.lgs. n. 154 del 2013. È dato invero constatare come il legislatore di riforma, da un lato, abbia mantenuto l'originaria formulazione dell'art. 269, comma 3 c.c. e, dall'altro, nel sostituire la norma di cui all'art. 239 c.c., abbia previsto la possibilità di reclamare, o contestare lo stato di figlio ex art. 240 c.c., solo nel caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto (ma, significativamente, non nel caso di maternità surrogata). Si osserva ancora che «il riferimento all'embrione, quale prodotto del concepimento, perde di rilevanza anche nella norma relativa alla presunzione di paternità laddove sparisce il riferimento al figlio “concepito” durante il matrimonio, facendosi esclusivo riferimento al figlio nato nel matrimonio»⁷². La riforma della filiazione ha mantenuto, pertanto, il principio in base al quale è il parto che determina la maternità naturale nella piena consapevolezza – è da ritenere – dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od uterina possa non identificarsi con la madre genetica⁷³.

⁶⁸ Così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 104.

⁶⁹ Ancora G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit.

⁷⁰ Nel contesto della norma richiamata, infatti, “madre” non può che essere colei che ha partorito, conformemente all'art 269 c.c., dato che l'art. 30, comma 1 del ricordato regolamento prevede espressamente che la dichiarazione di nascita sia resa «da persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

⁷¹ Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014.

⁷² In questi termini, Trib. Roma, ord. ult. cit.

⁷³ Ed infatti, precisa ancora il Tribunale di Roma nell'ordinanza da ultimo citata, la dottrina discute di questa possibilità «fin dagli anni '80, quando in parlamento erano in gestazione i diversi disegni di legge sulla

Sono quindi proprio i più recenti sviluppi “ordinamentali” a smentire quella lettura *storica* su cui parte della dottrina aveva ritenuto in passato di poter fondare l’attribuzione di maternità in favore della donna “committente”. D’altro canto, si è pure evidenziato⁷⁴ che la prevalenza del mero dato genetico nella risoluzione della questione della maternità – un assioma sovente promosso attraverso il suggestivo e avveniristico richiamo alle prestazioni di un’incubatrice artificiale⁷⁵ o alle evidenze della “logica del buon senso”⁷⁶ – rischia di assumere toni o coloriture di stampo ideologico, specie quando il linguaggio inclina a riferirsi alla pretesa dimensione “essenziale” o “sostanziale” dell’individuo o della persona umana, ridotta al suo corredo genetico, o della filiazione in sé, concepita o identificata nella mera trasmissione di quello.

L’attribuzione della maternità legale alla madre sostituita in conformità al codice civile pone, a questo punto, delicate questioni inerenti al governo dello *stato* di filiazione del nato attraverso la procedura surrogatoria.

Un primo profilo problematico attiene alla possibilità o meno per la madre surrogata di dichiarare l’eventuale volontà di non essere nominata nell’atto di nascita a norma dell’art. 30, comma 1 del d.P.R. 396/2000. Buona parte della dottrina risolve il problema in termini negativi, nella convinzione che la preclusione contemplata dall’art. 9, co. 2 della legge 40 a carico della madre⁷⁷ sia espressione di una regola generale nell’ambito delle procedure procreative artificiali, applicabile a tutte le ipotesi di PMA, sia consentite che vietate, e quindi, sembrerebbe, anche in tema di maternità surrogata, senza che peraltro assuma rilevanza decisiva in senso contrario la peculiare *sedes materiae* (che è quella della PMA eterologa) in cui la norma in questione risulta inserita⁷⁸.

Va preso atto, al riguardo, che, sebbene inserita all’interno di una disposizione specificamente dedicata alla PMA eterologa, la norma è suscettibile senz’altro, in virtù della sua *ratio*, di essere estesa anche alla PMA omologa, data l’esigenza – presente in entrambe le situazioni – di tutelare il bambino, una volta nato, da un “ripensamento” (in ordine all’assunzione della responsabilità genitoriale) della madre che in precedenza aveva manifestato il desiderio di un bimbo prestando il suo consenso alla fecondazione artificiale⁷⁹. Questa circostanza, a ben vedere, si pone in termini decisamente di-

procreazione medicalmente assistita, ponendosi espressamente il problema della prevalenza della madre genetica o della madre biologica in caso di conflitto».

⁷⁴ V. ancora M. DELL’UTRI, *op. cit.*

⁷⁵ Secondo Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 cit., “la madre genetica svolge un ruolo insostituibile rispetto all’identità del nato, mentre la madre gestante ha una funzione accessoria e come tale intercambiabile, potendo [...] essere sostituita in un futuro che non appare lontano da dispositivi tecnologici”.

⁷⁶ Sostiene al riguardo A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1251: «la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità effettiva e rapporto temporale o l’immaginifica visione del seme lontano fatto crescere e sviluppare nel proprio orto, è sovvertita dalla *logica del buon senso* [corsivo nostro] secondo cui l’ovulo fecondato di una donna negra, pur con la gestazione di una donna bianca, non può far diventare bianco il nato».

⁷⁷ E tale si considera all’interno della disposizione considerata, come visto sopra, quella portante o uterina.

⁷⁸ In tal senso, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 162 ss.; Id., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, cit., 328 ss.; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 139 ss.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 169 ss.; M. SESTA, voce cit., 10; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *op. cit.*, 194; U.A. SALANITRO, *op. cit.*, 506 ss.

⁷⁹ V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, 265 ss., la quale mette in luce come la *ratio* della norma è quella di impedire a chi

versi nel contesto della maternità surrogata, visto che la madre sostituta – salvo che violi deliberatamente gli impegni assunti verso la coppia committente, facendo valere, ma solo dopo la nascita del bambino, le sue prerogative di madre naturale – manifesta *ab origine* disinteresse circa l'assunzione di un qualsivoglia ruolo genitoriale verso il bambino, che porta in grembo solamente per conto di altri. Per la madre surrogata non ha ragione, quindi, di operare il principio di responsabilità procreativa posto dal legislatore a fondamento della previsione di cui all'art. 9, comma 2 (principio riferibile piuttosto alla donna "committente", alla quale però l'ordinamento non attribuisce la qualifica di "madre"). Come risulta dalla sua stessa *ratio*, insomma, l'art. 9, comma 2 non può essere esteso (attraverso un palese procedimento analogico) alla surrogazione di maternità, ma va circoscritto rigorosamente alla tecniche di PMA (omologa ed eterologa) propriamente dette.

Ne dovrebbe seguire – contrariamente all'avviso della dottrina dominante – che la madre surrogata, allo stesso modo di qualunque altra madre "naturale", ha il diritto di dichiarare, dopo il parto, la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita secondo quanto prevede l'art. 30, comma 1 del d.P.R. 396/2000. Anzi, la mancata indicazione della madre naturale nell'atto di nascita renderebbe più agevole l'instaurazione di relazioni parentali con la coppia committente, in ipotesi la sola interessata ad accogliere e crescere il bambino. In tal caso, infatti, non solo il padre genetico potrebbe riconoscere il figlio nelle forme di cui all'art. 254 c.c. – senza peraltro incontrare l'ostacolo della volontà contraria della madre (art. 250 c.c.) o incorrere nella preclusione di cui all'art. 253 c.c. (se la madre naturale è coniugata e la filiazione dovesse instaurarsi con il di lei coniuge ai sensi dell'art. 231 c.c.) – ma, almeno secondo un autorevole indirizzo dottrinale, la stessa madre committente (a condizione che sia anche la madre genetica) avrebbe la possibilità di riconoscere direttamente il bambino in alternativa all'adozione speciale prevista dall'art. 44, comma 1, lett. b) della legge n. 184/1983 (adozione comunque conseguente al riconoscimento da parte del marito)⁸⁰.

Qualora invece la partoriente non rifiuti la propria maternità, si aprirebbero i seguenti scenari. Data l'attribuzione della maternità giuridica alla madre surrogata, se questa è coniugata, andrebbe riconosciuta al marito di lei la paternità legale del bambino conformemente alla presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. (fatta salva, in tal caso, l'esperibilità dell'azione di disconoscimento da parte del presunto padre nel rispetto dei ristretti termini prescrizionali introdotti dal decreto di riforma della filiazione del 2013⁸¹). Se si tratta invece di donna sola, il padre "committente", il quale abbia fornito il

volontariamente si sottoponga a pratiche di fecondazione assistita di sottrarsi all'assunzione della responsabilità genitoriale conseguente.

⁸⁰ Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, 407, il quale giustifica questa conclusione argomentando che «la preferenza normativa per l'adozione non esclude il tentativo di recupero del rapporto col genitore naturale come più rispondente all'interesse del minore. Ora, al preminente interesse del minore devono adeguarsi le scelte interpretative che lo coinvolgono, e la considerazione di tale interesse impone pertanto di ritenere ammissibile il riconoscimento della madre genetica, pur in contrasto con lo stato formale di filiazione del minore abbandonato, quale soluzione privilegiata rispetto a quella dell'adozione».

⁸¹ Critico sul punto Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, il quale sostiene che il marito che ha dato il suo consenso a far da "padre" al bambino partorito dalla moglie (quale madre surrogata) perde il diritto di esperire l'azione di disconoscimento della paternità, giusto il disposto dell'art. 9, co.1 della legge 40, che dovrebbe applicarsi in via analogica alla fattispecie considerata, sussistendo – a parere del Tribunale – le medesime ragioni (legate sostanzialmente all'osservanza del divieto di *venire contra factum proprium* e all'abuso del diritto che l'esercizio dell'azione di disconoscimento in tal caso comporterebbe) che avevano indotto la Cassazione nel

materiale genetico utilizzato nelle procedure di fecondazione, potrebbe riconoscere il nato come proprio figlio – cosa che invece gli sarebbe preclusa, in virtù dell’art. 253 c.c.⁸², ove la partoriente fosse coniugata – ed eventualmente chiederne l’inserimento nella propria famiglia legittima secondo quanto previsto dall’art. 252 c.c. Solo dopo che il padre naturale ne abbia effettuato il riconoscimento, la madre “committente” potrebbe adottare il nato ai sensi dell’art. 44, co. 1, lett. b) della citata legge sulle adozioni, secondo la soluzione prospettata dalle prime pronunce che ebbero ad occuparsi dei contratti di maternità surrogata⁸³; soluzione invero non smentita dalla legge 40⁸⁴. Occorre però precisare che, ai sensi dell’art. 46 della legge 184/1983, per l’adozione da parte della madre “committente” sarà comunque necessario il consenso della madre surrogata, salvo chiedere che il Tribu-

1999 (i cui rilievi sono stati infine ripresi da Cass. n. 11644 del 2012 nel quadro della frattanto approvata legge sulla procreazione medicalmente assistita) a ritenere non legittimato a proporre l’azione di disconoscimento di paternità chi avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa. Sennonché, come visto supra (nota n. 55), il divieto di disconoscimento introdotto dall’art. 9, co. 1 della legge 40 va compreso alla luce del principio di attribuzione della paternità ricavabile dall’art. 8 della stessa legge, senza che a tal fine assumano rilevanza eventuali considerazioni fondate sull’abuso del diritto, il cui richiamo in questo contesto risulterebbe a dire il vero fuorviante. Infatti, se si ritiene, come sembra peraltro da preferire, che dall’art. 9, co. 1 – sul fondamento del principio della responsabilità procreativa – derivi la paternità legale del marito che ha espresso il suo consenso alla PMA eterologa, ne segue coerentemente che quest’ultimo non potrà esercitare l’azione di disconoscimento della paternità per la semplice ragione che, essendo “padre” del nato a tutti gli effetti (e non in virtù di una semplice presunzione legale), non può evidentemente vantare un diritto al disconoscimento. Impostare la questione in termini di “abuso del diritto”, in questo caso, è contraddittorio proprio perché mancherebbe *ab initio* il preteso diritto di cui si avrebbe ad abusare. Piuttosto, è proprio la ritenuta non applicazione alla fattispecie in esame dell’art. 9 della legge 40 a consentire di impostare il problema in termini di abuso del diritto. Non si nasconde tuttavia la difficoltà che nel caso di specie si incontra – dopo l’ultimo provvedimento di riforma della filiazione – nel qualificare come “abusivo” l’esercizio tempestivo di una azione per la quale il legislatore stesso ha già imposto delle rigide limitazioni temporali proprio al fine di evitare un uso improprio dello strumento del disconoscimento ai danni del minore.

⁸² Il quale dispone che «[i]n nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trova».

⁸³ In tal senso Trib. Monza, 27 ottobre 1989 cit. e App. Salerno, 25 febbraio 1992 (*Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177 ed ivi la nota di R. BITETTI, *Commento a App. Salerno, sez. min., decr. 25 febbraio 1992. Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*), quest’ultima così massimata: «Ammessa l’illiceità del contratto di maternità surrogata che preveda la cessione del nascituro, non è escluso che, una volta nato e volontariamente ceduto dalla madre biologica, il minore, riconosciuto dal padre naturale, possa essere dalla moglie di questi adottato ai sensi dell’art. 44, co. 1, lett. b) l. 4 maggio 1983, n. 184».

⁸⁴ Di contrario avviso, di recente, si è mostrato Trib. Milano, sent. 8 aprile 2014, G.U.P. Mastrangelo, con commento di M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all’estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it (ultima consultazione 30 agosto 2014). Il Tribunale, dopo aver premesso che «secondo l’ordinamento italiano, è madre colei che ha partorito il figlio (arg. ex art. 269, comma 3 c.c.)» e aver ricordato che la stessa legge 40, pur non disciplinando la maternità surrogata, all’art. 9, comma 2 stabilisce che la madre del nato a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata nell’atto di nascita ai sensi dell’art. 30, comma 1 d.P.R. 396/2000, conclude nel senso che l’art. 9, comma 2 «è funzionale ad evitare che la donna committente possa adottare, ex art. 44, comma 1, lett. b) l. 184/1983, il bambino frutto della c.d. genitorialità condivisa, con un meccanismo avallato dalla giurisprudenza minorile (come consentito da App. Salerno, sez. min., decreto 25 febbraio 1992)». Non si comprende, però, come dall’art. 9, comma 2 della legge 40 – anche a volerlo ritenere applicabile alla madre surrogata – possa ricavarsi una conclusione siffatta, che si pone in così netto contrasto con la disciplina in materia di adozione.

nale pronunci ugualmente l'adozione per essere il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando⁸⁵.

A conclusione di questo essenziale scritto sui profili giuridici inerenti alla pratica della maternità surrogata in Italia vale la pena ribadire che allo stato attuale della legislazione non può dirsi superato il principio della maternità naturale legata al fatto storico del parto, che al contrario rimane il cardine attorno a cui è costruito l'intero sistema della filiazione (sia naturale che *artificiale*). Il principio in questione rappresenta, dunque, il vero anello di congiunzione tra la disciplina generale della filiazione (naturale) contenuta nel codice civile e la disciplina speciale della filiazione da PMA contenuta nella legge 40. Tranne che in caso di adozione – dove peraltro a venire in rilievo non è il diritto, in quanto tale, degli adulti a procreare, bensì quello del minore ad una famiglia – il concetto di maternità conserva, pertanto, un irriducibile riferimento al dato biologico, che l'ordinamento richiede ancor oggi che si accompagni necessariamente al dato “spirituale” della assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro⁸⁶.

In tal modo viene smentita quella posizione giurisprudenziale che, sulla traccia della riflessione teorica di una parte significativa della dottrina, proprio in un precedente in tema di maternità surrogata, alla fine degli anni '90 ammoniva come il fatto-procreazione non dovesse essere inteso in senso materialistico, ma andasse ravvisato piuttosto in un “fatto umano”, in un «comportamento cioè rivolto alla procreazione, secondo la normale valutazione sociale», estraneo nel gesto, cui è programmaticamente sottratta qualsivoglia assunzione di responsabilità genitoriale, della volontaria cessione dei gameti o della garantita disponibilità di un grembo⁸⁷. Il fatto-procreazione, al contrario, pare conservare attualmente all'interno del sistema giuridico la sua duplice fisionomia di atto al contempo “materiale” e “spirituale”, seppur variamente intrecciati i due profili a seconda della specifica fattispecie procreativa (naturale o artificiale, omologa o eterologa) di volta in volta considerata.

Il che dovrebbe valere da monito al giureconsulto affinché non incorra inopinatamente in quell'approccio ermeneutico-ricostruttivo, che si risolve in sostanza in una forma di “manicheismo giuridico”: quell'approccio, cioè, che, estremizzando gli aspetti “spirituali” insiti nella volontà riproduttiva della coppia o del singolo, finisce con l'obliterare del tutto l'importanza che nell'ambito delle relazioni familiari da sempre rivestono – e, nonostante i progressi della scienza medica, continuano a rivestire – gli aspetti “materiali” implicati nell'esercizio della sessualità e nella conseguente instaurazione di legami di tipo biologico-affettivo (come quello che si crea appunto nella gravidanza tra il bambino e la madre) e di sangue, su cui solo successivamente si innestano quei legami di tipo “spirituale” ai quali la sensibilità odierna riconosce giustamente sempre più valore.

⁸⁵ Così, F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 56.

⁸⁶ Più evanescente si fa, invece, il legame naturalistico col nato dal lato paterno per effetto della ritenuta ammissibilità, all'interno del sistema, della fecondazione artificiale eterologa, in seguito al recente pronunciamento del giudice delle leggi (Corte cost. n. 162/2014), sì da rendere non ingiustificati i timori manifestati da una parte della dottrina circa il pericolo che la fecondazione eterologa intacchi la concezione costituzionale della famiglia come «società naturale» fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.): concezione la quale esigerebbe, invero, che i figli nascano dai coniugi (l'uno attraverso l'altro) e non da altri, quale “riflesso” di «un interesse della *res publica* alla “naturalità” della formazione della famiglia in coerenza con il suo fondamento matrimoniale» (cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit.).

⁸⁷ In questo senso Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 cit., che fa eco alla voce di A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 944 ss.