

La gestazione per altri: prospettive di diritto interno

Alessia Valongo*

ALTRUISTIC SURROGACY: ITALIAN LAW'S PERSPECTIVES

ABSTRACT: The overview of practical experiences regarding surrogacy is very various, thus implies different legal choices in order to respect the principle of equality. The multiplicity of situations should induce the Italian lawmakers to address the issue in a new perspective, as the complete prohibition is not a realistic option. Making a comparison with other States, the essay intends to support the idea of a legal regulation regarding parentage between the child born from surrogacy and the commissioning couple in particular contexts. The logic of absolute ban should be abandoned in certain cases, precisely when the woman who wants to become mother cannot gestate the pregnancy. Exceptionally, the rigid legislative model of motherhood should be put aside, adopting a method based on the continuous reference to the fundamental principles of protection of human rights.

KEYWORDS: human reproductive technology; surrogacy; children; parentage.

SOMMARIO: 1. Obiettivo dell'indagine. – 2. La situazione italiana attuale. – 3. Il confronto con alcuni ordinamenti stranieri. – 4. Varietà delle fattispecie concrete ed espansione dell'autonomia familiare. – 5. Limiti alla libertà negoziale nella configurazione di una nuova maternità sociale. – 6. Profili di parziale illegittimità costituzionale del divieto. – 7. Prospettive di regolamentazione della gestazione per altri come atto di solidarietà. – 8. I diritti del nato alla bigenitorialità e alla conoscenza delle proprie origini.

1. Obiettivo dell'indagine

Dal momento in cui risulta avvenuta la prima nascita mediante gestazione per altri, tale tecnica è stata oggetto di acceso dibattito tra gli studiosi del diritto e della bioetica nella letteratura nazionale¹ e in quella straniera².

* Professore aggregato di Diritto della famiglia e dei minori, Università degli Studi di Perugia. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.

¹ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 497; F.B. BUSNELLI, *Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1989; V. FRANCESCHELLI, *Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, p. 1159-1174; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, p. 1011; F.P. SISTO, *Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, pp. 1467-1473; G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 250; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 113; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, pp. 43-57; ID., *La surrogazione nella maternità*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 826; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino,

La discordia delle opinioni concerne essenzialmente l'idea che una donna (madre surrogata) accetti di partorire un figlio con l'intenzione di non essere madre, ma di dismettere la maternità a favore di altre persone che desiderano diventare genitori (coppia committente o genitori intenzionali).

In Italia le difficoltà maggiori derivano dal fatto che la legge 2004 n. 40, all'art. 12, comma 6, punisce, con una sanzione penale e amministrativa, chiunque compie o organizza il ricorso a qualsiasi forma di surrogazione di maternità; ne vieta parimenti la pubblicità, sebbene sui siti *web* si riscontrino numerosi annunci pubblicitari posti da cliniche straniere che offrono servizi di gestazione per altri o da agenzie specializzate che rintracciano le donne disponibili alla gestazione e curano le pratiche amministrative riguardanti il nascituro. Mentre, da un lato, l'accordo di maternità surrogata è giudicato nullo per contrarietà a norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., d'altro lato, l'ambito applicativo della proibizione è circoscritto alle sole condotte commesse sul territorio italiano. La situazione è complicata dalla mancanza nel nostro Paese di una disciplina positiva che regoli le relazioni familiari tra il nato e coloro che si recano all'estero a realizzare lo scopo procreativo mediante la gestazione per altri e rientrano in Italia con l'atto di nascita del figlio³.

La presente analisi tenta di individuare il discrimine tra un regime restrittivo e uno permissivo della gestazione per altri, focalizzandosi sulla possibilità di consentire a coppie di sesso diverso, in presenza di gravi patologie o di elevati rischi per l'integrità fisica della donna, l'accesso ad una genitorialità nuova, rapportabile, soltanto sotto certi aspetti, alla filiazione adottiva. Esula dall'indagine la questione relativa alle coppie dello stesso sesso, che, riguardando situazioni diverse, richiederebbe un ragionamento differente. Il panorama delle ipotesi prospettabili, infatti, è così variegato che non sarebbe compatibile con il principio di uguaglianza configurare un unico regime giuridico.

Le motivazioni che inducono le coppie eterosessuali a recarsi all'estero sono legate a gravi patologie riguardanti l'apparato riproduttivo femminile, quali l'assenza di utero o la presenza di malformazioni tubariche. Altre cause possono dipendere dalla disabilità della donna non in grado di produrre ovociti in seguito ad interventi chirurgici (si pensi all'isterectomia) o dal fatto che la donna potrebbe conta-

1999, p. 96; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 94; M. SESTA, *La maternità surrogata tra norme etiche, deontologia e diritto giurisprudenziale*, in *Dieci lezioni di diritto civile*, raccolte da G. Visintini, Milano, 2001, p. 87; F. D. BUSNELLI, *Verso una madre "intercambiabile"?*, in *o.u.c.*, 99; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002, p. 21; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 358.

² W. APPLETON, *Modern Family Law, Cases and Materials*, New York, 2006, p. 1107, che riporta agli anni settanta la diffusione della maternità surrogata, fissando all'anno 1976 la redazione del primo formale accordo denominato "*surrogacy arrangements*". Sul dibattito a livello internazionale, si vedano, tra i tanti: M. COLEMAN, *Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction*, in *Cardozo Law Review*, 17, 1996, p. 497; R. SCHUZ, *The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos*, in *The International Survey of Family Law*, 1996, p. 237; M. H. BAUGHMAN, *In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 10, 2001, p. 263; JULIE WALLBANK, *Too Many mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child*, in *Medical Law Review*, 2002, p. 10, 271; V. S. BROWNE - BARBOUR, *Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?*, in *Whittier Law Review*, 26, 2004, p. 429; J. B. REICH, D. SWINK, *Outsourcing Human Reproduction: Embryos and Surrogacy Services in the Cyberprocreation Era*, in *Journal of Health Care Law & Policy*, 14, 2011, p. 241.

³ S. MORTAZAVI, *It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *The Georgetown Law Journal*, 100, 2012, p. 2249; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli (a cura di) *Le persone e la famiglia, Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 4, Torino, 2015, p. 79 ss., in part. 112.

giare il feto con malattie trasmissibili durante la gravidanza. La forte pressione di tali bisogni essenziali induce il giurista a pensare ad una possibile deroga al divieto normativamente sancito: se l'accordo fosse regolato in ipotesi eccezionali nel rispetto dei principi costituzionali, le ragioni di totale avversione alla pratica potrebbero venir meno⁴. Si precisa fin da ora che una pattuizione sulla gestazione per altri sarebbe ammissibile solo se escludesse ogni forma di coazione o strumentalizzazione della gestante e prevedesse la certezza del rispetto dei diritti del nascituro mediante l'assunzione della responsabilità dei genitori intenzionali e la garanzia di conoscenza delle origini.

2. La situazione italiana attuale

In via preliminare, *de iure condito*, preme soffermarsi sulla determinazione dello stato di genitore ogni qualvolta l'attività di surrogazione della maternità sia svolta in violazione del divieto di legge.

Per quanto riguarda l'accertamento della paternità, occorre distinguere due fattispecie nelle quali è particolarmente complesso raggiungere l'obiettivo della costituzione del rapporto di filiazione tra il nato e il padre intenzionale.

Nell'ipotesi in cui la surrogata sia legata da vincolo matrimoniale, la paternità sarebbe ascrivibile, in base alla presunzione di cui all'art. 231 c.c., al marito della stessa, con la conseguenza che il padre intenzionale non potrebbe rimuovere lo *status* di figlio nato nel matrimonio e potrebbe riconoscerlo come proprio figlio soltanto dopo che sia stato ottenuto il disconoscimento da parte della partoriente, del marito o del figlio stesso. L'uomo committente, anche quando abbia fornito il materiale genetico alla gestante, non potrebbe esercitare un'azione di contestazione dello stato di figlio del marito della donna ai sensi dell'art. 248 c.c.⁵ e non potrebbe neppure agire per il disconoscimento della paternità del marito della surrogata; la norma di cui all'art. 243 *bis* c.c., infatti, prevede che la domanda di disconoscimento può essere proposta solo dal figlio, dalla madre e dal marito di lei, ma non da un terzo, anche ove costui sia il genitore biologico del figlio.

Nell'ipotesi in cui la surrogata non sia sposata, il padre intenzionale potrebbe riconoscere il figlio non matrimoniale, a condizione che abbia contribuito con il proprio materiale genetico alla fecondazione; in tal caso, però, non sarebbe soddisfatto l'interesse dei genitori intenzionali, dal momento che la paternità spetterebbe al committente in quanto padre genetico e la maternità resterebbe in capo alla surrogata, con la conseguente applicazione a questi ultimi delle norme del codice civile relative all'affidamento dei figli, all'assegnazione della casa familiare e alle altre disposizioni concernenti i figli

⁴ L. RUBINO, *Rilevanza giuridica degli accordi in tema di fecondazione artificiale*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 211.

⁵ In giurisprudenza, Cass. 10 gennaio 1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, c. 959, secondo la quale "il preteso padre naturale del figlio che, nato da madre coniugata, abbia lo stato di figlio legittimo del marito di questa, in forza dell'atto di nascita, non può esperire, per contrastare tale paternità legittima, l'azione di contestazione della legittimità, contemplata dall'art. 248 c.c., poichè questa disposizione avente carattere residuale non trova applicazione con riguardo alle ipotesi in cui si metta in discussione la paternità, che sono compiutamente regolate dagli artt. 235 e 244 c.c., in tema di disconoscimento della paternità, con l'individuazione dei soggetti all'uopo abilitati, da cui è escluso il preteso padre naturale". Nello stesso senso, App. Cagliari 19 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 458; Cass. 25 gennaio 1996, n. 547 e Cass. 24 marzo 2000, n. 3529, entrambe reperibili in <http://www.leggiditalia.it>.

nati fuori del matrimonio (artt. 337 *bis* - 337 *octies*, c.c.)⁶. Quanto all'accertamento della maternità, infatti, il comma 3 dell'art. 269 c.c., basandone la prova sul parto, attribuisce la qualità di madre alla partoriente; ciò sembra escludere la maternità di un'altra donna, anche se il nato discenda geneticamente da lei.

Pertanto, la donna che volesse diventare madre dopo aver partecipato ad un accordo di gestazione per altri, nel sistema italiano potrebbe soltanto chiedere al giudice un provvedimento di adozione particolare ai sensi della lett. b) dell'art. 44, della legge 1983 n. 184 (adozione del figlio del coniuge), se coniugata con l'uomo committente, oppure ai sensi della lett. d) dello stesso articolo (impossibilità di affidamento preadottivo), se con lui convivente. Tuttavia, pur applicando le citate disposizioni normative, che richiedono per il perfezionamento della fattispecie il consenso della surrogata, lo strumento non parrebbe adeguato al soddisfacimento degli interessi coinvolti, in quanto l'adozione in casi particolari crea una situazione giuridica che si aggiunge alla filiazione di sangue, lasciando permanere il rapporto del nato con la donna che lo ha partorito, la quale resterebbe madre agli effetti di legge, sebbene l'adottante assuma le responsabilità proprie di un genitore⁷.

E' evidente che le conseguenze negative che possono prodursi in casi del genere sono legate a complesse questioni di tutela di diritti personalissimi.

3. Il confronto con alcuni ordinamenti stranieri

Dinanzi agli ostacoli che l'ordinamento italiano pone al fenomeno, la presente riflessione si apre a future evoluzioni della legislazione vigente e si basa sul confronto con alcune normative straniere, nella convinzione che la via per rispettare i principi non dovrebbe consistere nel divieto assoluto, ma nell'equilibrio tra istanze fondamentali e nella configurazione, come eccezione al divieto, di una maternità diversa da quella tradizionale, degna di essere tutelata perchè diretta a realizzare l'aspirazione alla genitorialità nel rispetto del preminente interesse del nascituro⁸.

Il fatto che la pratica in questione è ammessa in diversi Stati anche europei dimostra che non è contraria all'ordine pubblico internazionale, in quanto non collide con le esigenze comuni ai diversi ordinamenti statali volte a garantire i diritti e le libertà fondamentali della persona.

⁶ M. DELLACASA, *Maternità e contratto: termini compatibili?*, in I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, L. CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014, p. 239.

⁷ Sul punto, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 317; L. LENTI, J. LONG, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, 2014, pp. 340-341; M. VELLETTI, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione* a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 178.

⁸ In dottrina, per tutti, P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 213. In giurisprudenza, Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 151, con nota di M. DOGLIOTTI, G. CASSANO, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*; in *Giur. it.* 2001, I, p. 300, con nota di R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*; in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199, con nota di E. CAPOBIANCO, M.G. PETRUCCI, *La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale civile di Roma*; in *Giur. merito*, 2000, p. 527, con nota di A.G. CIANCI, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*. Si veda, altresì, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

In Europa la maternità surrogata è spesso vietata⁹, talvolta, tollerata e, talaltra, consentita, mentre è permessa in vari Paesi al di fuori del continente europeo.

Oltre alla Russia¹⁰ e all'Ucraina¹¹, che la ammettono entro precisi limiti, la Grecia¹², con la legge n. 3089 del 2002, contempla la maternità surrogata come mezzo capace di porre rimedio alla sterilità della donna, qualora costituisca l'unica alternativa per avere un figlio e purché un'autorizzazione giudiziale sia rilasciata prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante. La legge greca consente la pratica unicamente a condizione che la donna che porta a termine la gravidanza non fornisca i propri ovociti, considerando imprescindibile l'assenza di un legame biologico tra il nato e la partoriente. Fino al 2014, la coppia richiedente e la donna partoriente dovevano necessariamente avere il domicilio in Grecia (art. 8 l. 3089 del 2002), ma una modifica legislativa (articolo 17, legge n. 4272 dell'11 luglio 2014¹³) ha previsto che, per accedere alla pratica, debbano essere residenti in Grecia o la gestante o la madre intenzionale, ma non necessariamente entrambe, rendendo così più agevole stringere accordi tra cittadini e stranieri.

Nel Regno Unito¹⁴, il *Surrogacy Arrangements Act* emanato nel 1985 è una legislazione particolarmente permissiva, che consente gli accordi tra la coppia committente e la madre surrogata per spirito di solidarietà, purché la procedura avvenga, nel rispetto della legge, in una clinica autorizzata dalla

⁹ Si pensi alla Spagna, alla Francia, alla Germania, all'Austria, alla Svezia, alla Norvegia, alla Danimarca. Con riguardo all'ordinamento spagnolo v. H. CORRAL, *La nuova legislazione civile spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui processi affini*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 79.

¹⁰ Secondo la legge federale russa sugli atti dello stato civile n. 143-FZ del 15 novembre 1997, gli aspiranti genitori, in presenza di un documento della struttura sanitaria attestante il consenso da parte della madre sostitutiva, possono chiedere ed ottenere un certificato di nascita che li indica come padre e madre (art. 15, comma 5). Sul tema, v. K.N. SVITNEV, *Surrogacy and its Legal Regulation in Russia*, *Reproductive Biomedicine Online*, 2010, p. 590, in www.rbmonline.com (ultima consultazione 10/03/2015); O.A. KHAZOVA, *Russia, Five Years of the Russian Family Code: The First Results*, in *The International Survey of Family Law*, 2002, p. 347.

¹¹ Si veda il *Family Code of Ukraine*, consultabile in <http://www.familylaw.com.ua>. Gli aspetti specifici della tecnica vengono regolati dall'Ordine del Ministero della Salute ucraino del 23 dicembre 2008, n. 771.

¹² La maternità surrogata è contemplata dalla legge greca del 2002 n. 3089 sulla riproduzione umana medicalmente assistita, modificata dalla legge n. 4272 dell'11 luglio 2014, reperibile in www.laboratoriobiodiritto.com (ultima consultazione 26/04/2016). Per tutti, in argomento, v. I. KRIARI CATRANIS, *Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time*, in *European Journal of Health Law*, 10, 2003, 271; ID., *Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame*, in *Legal Essays in honour of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, Sakkoulas, 2011, p. 437.

¹³ Legge 11 luglio 2014, n. 4272, pubblicata in <http://www.laboratoriobiodiritto.com> (ultima consultazione 20/02/2016).

¹⁴ Il *Surrogacy Arrangement Act* fu adottato nel Regno Unito nel 1985 dopo la redazione del *Rapporto Warnock (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology)*, H.M.S.O., London, 1984) da parte della Commissione di indagine sulla fecondazione ed embriologia istituita dal governo inglese allo scopo di regolare la fecondazione assistita e la ricerca sull'embrione. Il *Rapporto Warnock*, così definito dal nome della Prof. Mary Warnock che ha presieduto la Commissione, è reperibile in *Dir. fam. pers.*, 1986, II, p. 1278. Sul tema, v. S. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, 1029; B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 524. Nella dottrina straniera, si vedano: S. CRETNEY, *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 543; K. HORSEY, *Challenging Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements*, in *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449; F. BURTON, *Family Law*, London, New York, 2012, p. 300; M. VIJAY, *Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.

Human Fertilisation and Embriology Authority. Questi patti, però, restano non eseguibili in caso di inadempimento fino a quando non intervenga una pronuncia del giudice, la quale può anche essere di contenuto diverso rispetto all'accordo delle parti, dovendo il giudice scegliere sempre, con ampia discrezionalità, quale sia il *best interest* del minore nel caso specifico.

Spostando l'attenzione al di fuori dell'Europa, si osserva che, nello Stato di Israele¹⁵, la *Embryo Carrying Agreements Law* del 1996 ha regolato la maternità in sostituzione come contratto sottoposto all'approvazione dello Stato, purchè i richiedenti siano coppie eterosessuali.

L'esperienza americana¹⁶ adotta, invece, una varietà di soluzioni coerenti con i caratteri strutturali del diritto di *common law*.

Verso una linea di liceità controllata degli accordi di gestazione per altri è orientato per tutti gli Stati Uniti d'America, il Modello di legge uniforme sullo *status* dei nati con fecondazione assistita approvato il 4 agosto 1988 dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*. Negli Stati ove prevale la logica permissiva, i principi applicabili agli accordi di *surrogate motherhood* si traggono essenzialmente dalla disciplina dell'adozione, la quale porta a ritenere accettabili pattuizioni che attribuiscono una genitorialità adottiva, concessa dal giudice dopo adeguati controlli ed in presenza di determinati presupposti favorevoli al nato. Alla base del riconoscimento della facoltà di stipulare simili accordi si pone la tutela del "new umbrella right", del diritto della persona alla *privacy*¹⁷, che include il diritto di procreare delle coppie che non possono avere figli, realizzando interessi quali l'«*individual freedom, fulfillment and responsibility*». Le leggi americane, in gran parte, vietano la corresponsione di denaro come corrispettivo dell'attribuzione della maternità, per evitare lo sfruttamento riproduttivo delle donne vulnerabili e bisognose che potrebbero essere indotte alla pratica per sopravvivere¹⁸.

15 In argomento, v. A. BENSHUSHAN, J.G. SCHENKER, *Legitimizing surrogacy in Israel*, in *Human Reproduction*, 12, 1997, p. 1832, reperibile nel sito: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/12/8/1832.full.pdf+html> (ultima consultazione 5/01/2015); C. SHALEV, *Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, in *Israel Law Review*, 32, 1998, p. 51; R. SCHUZ, *Surrogacy and PAS in the Israeli Supreme Court and the Reports of the Committee on Children's Rights*, in *International Survey of Family Law*, 2004, p. 247; ID., *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, 2013, p. 197.

¹⁶ J.V. FEINERMAN, *Comparative Look at Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 76, 1988, p. 1837; MARK A. HALL, IRA M. ELLMAN, *Health Care Law and Ethics*, St. Paul, Minnesota, 1990; H.D. KRAUSE, *Cases, Comments and Questions on family law*, St. Paul, Minnesota, 1990; A. WERTHEIMER, *Exploitation and Commercial Surrogacy*, in *Denver University Law Review*, 74, 1997, p. 1215; A. GARRITY, *A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana*, in *Louisiana Law Review*, 60, 2000, p. 809; C. TUININGA, *Ethics of Surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law*, in *Creighton Law Review*, 41, 2008, p. 185; SARAANN C. BENNETT, *There's No Wrong Way to Make a Family: Surrogacy Law and Pennsylvania's Need for Legislative Intervention*, in *Penn State Law Review*, 118, p. 2013, 408; DIANE S. HINSON, MAUREEN MCBRIEN, *Surrogacy Across America*, in *Family Advocate*, 34, 2011, p. 32; M.A. FIELD, *Compensated Surrogacy*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, p. 1155.

¹⁷ J.A. ROBERTSON, *Procreative Liberty and Human Genetics*, in *Emory Law Journal*, 39, 1990, p. 697; ID., *What Does it Mean to be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, in *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353.

¹⁸ M.J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849; M. CELESTE SCHEJBAL -VOSSMEYER, *What Money Cannot Buy: Commercial Surrogacy and the Doctrine of Illegal Contracts*, in *Saint Louis University Law Journal*, 32, 1988, p. 1171; M. RYZNAR, *International Commercial Surrogacy and Its Parties*, in *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009.

In California è prevista una surrogazione commerciale, con il solo limite che le somme pagate non debbano rappresentare il mezzo di sussistenza per la surrogata: in questi termini, il *Family Code* del 2013¹⁹ permette alla coppia committente di ottenere un *parental order* di attribuzione della genitorialità, sempre nel rispetto di determinate condizioni normative. La sentenza che dà luogo al nuovo *status* può intervenire sia prima che dopo la nascita e stabilisce che la partoriente non è la madre e non ha diritti e doveri nei confronti del nato, mentre i due *partners* sono considerati i genitori fin dal momento della nascita. Anche la legge della Florida del 2008²⁰ garantisce la formazione del rapporto di filiazione con un provvedimento del giudice e considera essenziali ai fini dell'attribuzione delle qualità genitoriali l'assunzione di responsabilità da parte della madre intenzionale e il legame genetico con il padre intenzionale. Fin dal 1989 lo Stato dell'Arkansas ha approvato una legge²¹ in base alla quale, nell'ambito di un procedimento giudiziale, l'uomo che pone a disposizione i gameti per la fecondazione e sua moglie sono riconosciuti come i genitori del nato dalla surrogata, anche nel caso in cui il figlio non sia geneticamente legato alla madre intenzionale.

In Canada²², il *Assisted Human Reproduction Act* del 2004 contempla la maternità surrogata solidaria, aperta anche alle coppie *same sex*.

Analogamente, in Sud Africa, il *Children's Act* del 2005²³ permette alle coppie *gay* e ai *single*, purché domiciliati in quello Stato, di accordarsi con una donna affinché attui una gestazione per altri a scopo altruistico.

Da uno sguardo di insieme degli Stati che regolano la pratica in esame risulta che, mentre in passato l'accordo interveniva per lo più tra la coppia committente e la partoriente, ora il fenomeno ha assunto connotazioni differenti, prospettandosi come un patto stipulato tra i genitori intenzionali e il centro medico, che pone gli stessi in contatto con la gestante.

4. Varietà delle fattispecie concrete ed espansione dell'autonomia familiare.

Se si confronta il contenuto dell'art. 12, comma 6, della l. 2004 n. 40 con i principi che fondano l'attuale impianto della legge come rimodellato dagli interventi della Corte costituzionale (v. senten-

¹⁹ California *family code*, section 7960-7962, in www.leginfo.ca.gov. (ultima consultazione 20/02/2016). Al riguardo, si veda D. E. LAWRENCE, *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, in *Golden Gate University Law Review*, 1991, 521.

²⁰ Florida Statute 2008 (FS) 742.14, in <http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2012/742.14> (ultima consultazione 20/02/2016).

²¹ La legge dell'Arkansas, n. 647 del 17 marzo 1989, è reperibile nel sito <http://www.arkleg.state.ar.us> (ultima consultazione 20/02/2016).

²² L'Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2) è reperibile in <http://laws-lois.justice.gc.ca/>. Riguardo alla legge canadese in materia, v. R. RUPARELIA, *Giving away the "gift of life": surrogacy and the canadian assisted human reproduction act*, in *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12; U. OGBOGU, *Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada*, in *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153.

²³ Il *Children's Act* del 2005, più volte emendato, è reperibile in www.justice.gov.za/legislation (ultima consultazione 20/02/2016). Per l'analisi della legge vigente in Sud Africa sulla maternità surrogata, v. D. MEYERSON, *Surrogacy Agreements*, in *Acta Juridica*, 1994, pp. 121-145; L. MILLS, *Certainty about Surrogacy*, in *Stellenbosch Law Review*, 21, 2010, p. 429.

ze n. 151 dell'8 maggio 2009²⁴ e n. 162 del 10 giugno 2014²⁵), non è arduo avvedersi che la proibizione assoluta non è in linea con l'attuale assetto normativo, non più fondato sulla preminente tutela dei diritti del nascituro. L'assolutezza del divieto non risponde, infatti, alle esigenze diffuse nella società contemporanea e alla variabilità e peculiarità delle fattispecie concrete²⁶.

La fattispecie più interessante è quella che si verifica allorchè, su incarico della coppia che fornisce il materiale genetico per la formazione dell'embrione, si procede alla fecondazione della partorientente²⁷. E' la *maternità surrogata per sola gestazione* (c.d. surrogata gestazionale o parziale o utero in affitto), in base alla quale l'embrione formato *in vitro* con i gameti della coppia richiedente viene impiantato nell'utero della donna che si rende disponibile ad accoglierlo, a condurre a termine la gravidanza e ad affidare il neonato ai committenti. In tal caso, si realizza un tipo di fecondazione assistita omologa.

La *maternità surrogata per sola gestazione* può essere collegata ad una tecnica eterologa, quando i gameti non provengono dai genitori intenzionali, ma appartengono tutti a donatori, oppure solo il gamete maschile ad un donatore ovvero solo il gamete femminile ad una donatrice.

Nella *maternità surrogata per concepimento e gestazione* (c.d. surrogata tradizionale o totale), invece, la donna mette a disposizione sia il materiale genetico sia la funzione di gestazione, dichiarando di voler portare a termine la gravidanza a vantaggio dei genitori intenzionali. In tal caso è possibile che il concepimento sia realizzato attraverso una fecondazione *in vitro* o *in vivo*, quest'ultima direttamente nel corpo della gestante, che fornisce gli ovociti e si sottopone ad inseminazione con i gameti dell'aspirante padre. Pertanto la *maternità surrogata per concepimento e gestazione* è sempre collegata ad una forma di procreazione eterologa.

²⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*.

²⁵ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, p. 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*. Per i commenti più attenti, si vedano: A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, 2014, 11, pp. 1-9; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. intern.* 2014, p. 1123.

²⁶ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 604; R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, 2, p. 300; A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI (a cura di) *Le persone e la famiglia*, 4, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2015, p. 3 ss., spec. 24.

²⁷ Sulla *maternità surrogata per sola gestazione*, si vedano, di recente, SHIRDAR, TAL LAZER, S. SWANSON, J. SILVERMAN, C. WASSER, I. SERGEY MOSKOVTSSEV, A. SOJECKI, L. LIBRACH CLIFFORD, *Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program*, in *Human Reproduction*, 30, 2015, p. 345, in <http://humrep.oxfordjournals.org/content/30/2/345.full.pdf+html> (ultima consultazione 16/03/2016). Sulle differenze tra surrogata gestazionale e surrogata tradizionale, v. A. M. HERMAN, *The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts*, in *Chapman Law Review*, 18, 2014-2015, p. 553.

Le vicende di surrogazione di maternità svoltesi all'estero in violazione della legge italiana²⁸ e le posizioni espresse da parte della giurisprudenza²⁹ inducono a riflettere sull'opportunità di far uscire alcune ipotesi dall'area della clandestinità. Sotto il profilo semantico, sarebbe più corretto parlare di «gestazione per altri», perchè i due termini «maternità surrogata», non paiono pienamente appropriati per spiegare una realtà nella quale l'obiettivo è di assegnare la maternità in capo ad una persona diversa dalla surrogata, appunto, in capo a colei che aspira a diventare madre.

Analogamente al ragionamento che è alla base dei trapianti di organo³⁰, non può escludersi che una persona sia disposta a sacrificare una parte del proprio corpo per produrre benefici alla salute ripro-

²⁸ Sul mancato riconoscimento di effetti giuridici di una gestazione per altri realizzata a pagamento, v. Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*. Si veda anche la nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, p. 471. In tal caso, la Suprema Corte non ha riconosciuto alcuna relazione giuridica tra una coppia di coniugi di Brescia e un bambino nato in Ucraina da una donna che aveva rinunciato alla maternità, consegnando il neonato immediatamente alla coppia, nonostante il rilascio, da parte delle competenti autorità straniere, di un certificato di nascita attestante che i coniugi erano i genitori.

²⁹ Nella giurisprudenza civile, v. Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 532, che riguarda il caso della nascita a Mumbai di due gemelli da madre surrogata con ovociti di donatrice ignota. Il tribunale romagnolo, pur ravvisando la consumazione di un illecito nel comportamento della coppia committente, ha affermato la non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione nei registri dello stato civile italiano degli atti di nascita rispetto all'uomo ai sensi del combinato disposto degli artt. 18 del d.P.R. 396/2000 e 16 della legge 1995 n. 218, basandosi sul diritto costituzionalmente protetto dei minori ad avere come padre colui che si è assunto la responsabilità procreativa e che possiede con essi un collegamento genetico. Quanto alla giurisprudenza penale, la tendenza di parte di essa ad assolvere gli imputati che si recano all'estero per ricorrere alla maternità surrogata per poi fare rientro in Italia con il figlio, lascia trasparire la volontà di dare priorità all'interesse del nato a restare con la coppia che lo ha accolto fin dai primi momenti della nascita e di evitare il successivo traumatico distacco. Si vedano: Cass. pen. 10 marzo 2016, n. 13525, in <http://www.eius.it>, che conferma la sentenza di assoluzione dal reato di alterazione di stato ex art. 567, c. 2, c.p. e dal reato di false dichiarazioni in atti dello stato civile ex art. 495, comma 2, n. 1 c.p.; Trib. Pisa, 19 giugno 2015, in <http://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 20/01/2016), che ha negato la responsabilità penale di una coppia di cittadini italiani, rientrati in territorio italiano con due figli nati grazie ad un procedimento di surrogazione di maternità e di ovodonazione svoltosi in Ucraina. Nel caso di specie, la posizione della donna è stata considerata alla pari di quella dell'uomo, in quanto entrambi sono stati riconosciuti, in base alla legge ucraina, genitori dei neonati, sebbene la donna non avesse fornito alcun apporto biologico o naturale alla procreazione. In senso analogo, il Tribunale di Trieste (sent. 6 giugno 2013, in <http://www.dirittoegiustizia.it>, ultima consultazione 20/01/2016), che ha assolto due coniugi triestini che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata a Kiev ed erano stati imputati del reato di "alterazione di stato", di cui all'art. 567, comma 2, c.p., per aver consegnato all'ambasciata italiana a Kiev, con richiesta di trascrizione presso il Comune di Trieste, i certificati di nascita rilasciati dall'autorità ucraina, nei quali la donna imputata era indicata come madre dei minori.

³⁰ F. MASTROPAOLO, *Profilo civilistico*, in G. BISCONTINI (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli, 1994, p. 29; D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 197-229; *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 495; C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazione di organi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, I, p. 39; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. disc. pubbl. Sez. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 329; A. DE BLASIO, *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, Milano, 2001, p. 86; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, p. 165; E. CALÒ, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, p. 182; P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso*, Padova, 2004, p. 175; V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale "complessità dell'ordinamento" e l'emergere delle "destinazioni solidaristiche"*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di*

duttiva di altre persone. Da un lato, chi dona un organo, perdendo definitivamente una parte di sé, agisce per evitare la morte di un soggetto gravemente malato e, dunque, per salvare una vita già esistente. Dall'altro, la donna che accetta di partorire per conto altrui non si priva definitivamente dell'apparato riproduttivo, ma si sottopone temporaneamente ad atti invasivi sul suo corpo e agisce per far nascere un essere umano e, precisamente, per dare un figlio a una coppia che non può averlo a causa di gravi problemi sanitari.

L'obiettivo perseguito appare nobile e, perciò, i margini di ammissibilità della pratica devono individuarsi nei limiti in cui la condotta della gestante trovi fondamento nella solidarietà volta a rendere effettiva l'autodeterminazione procreativa dei genitori intenzionali qualora la futura madre sia afflitta da sterilità o infertilità totale ed irreversibile. A tale riguardo, è opportuno segnalare che il Rapporto sulla procreazione artificiale umana del Consiglio d'Europa del 1989, pur vietando il commercio di maternità (principio 13) in quanto contrario alla dignità umana, lascia agli Stati la libertà di consentire la gestazione per altri nel caso in cui una donna incapace di sviluppare nel suo utero un embrione si rivolga ad un'amica o parente per realizzare il proprio desiderio di maternità, purchè non vi sia alcun pagamento per la prestazione.

Le riflessioni sul tema si inquadrano nel generale processo evolutivo che ha portato, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale³¹, ad ampliare il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito dei legami familiari, coinvolgendo anche gli aspetti attinenti alla procreazione e alla filiazione³².

La diffidenza verso un'espansione dell'autoregolamentazione nella famiglia non risponde più alla fisionomia attuale della società, ove prevale l'idea di una crescente libertà dell'individuo nell'esercizio dei diritti che attengono alla sfera esistenziale³³. E' lo stesso principio personalistico che informa la Costituzione a lasciare spazio alle scelte dei privati che concernono la salute, il corpo, la psiche, l'identità individuale, la genitorialità, l'affettività.

Palazzo, II, Torino, 2009, p. 675; ID., *I trapianti tra "leggenda", storia e diritto*, in F. DI PILLA (a cura di) *Le Giornate della Bioetica*, Roma, 2010, pp. 303-322.

³¹ Per il superamento della visione statocentrica del diritto, v. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 41; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 64; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (ultima consultazione 20/12/2015); A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in M. NUZZO (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, I, p. 83.

³² Sul ruolo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia, v., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381. Con riguardo al dibattito concernente il controllo sui negozi volti a regolare rapporti familiari, si vedano: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 198; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494; G. FERRANDO, *L'interruzione della gravidanza tra autonomia della donna e accordo dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 125; E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 277; E. BELLISARIO, *Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali*, in L. ROSSI CARLEO, S. PATTI (a cura di), *L'affidamento condiviso* Milano, 2006, p. 69; F. NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Trattato teorico pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 547; P. STANZIONE, G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, p. 21; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 134.

³³V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto*, IV, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, pp. 430-437; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 174.

Nel campo della filiazione il principio della rilevanza della volontà delle persone coinvolte funge sempre più da comune denominatore delle relazioni createsi in ciascuna comunione di vita materiale e spirituale. Ormai da tempo il diritto ricollega il sorgere del legame genitore-figlio non più soltanto alla relazione sessuale, ma anche al consenso della coppia all'uso delle tecniche sempre più sofisticate di riproduzione assistita. Nella procreazione eterologa, l'instaurazione del rapporto parentale è basata non sulla corrispondenza tra verità legale e verità biologica, ma su una procedura fondata sulla volontà degli aspiranti genitori di assumere il ruolo genitoriale e sul principio di tutela dell'interesse del minore. Posto che il collegamento genetico con i genitori non è più requisito indispensabile per la costituzione dello *status* di figlio, si dubita che il legame naturale derivante dal parto sia l'unico elemento per la determinazione della maternità, ritenendo che vi sia spazio per regolare, in specifiche situazioni, la costituzione del rapporto materno sulla base, sia pure non esclusiva, di un atto di volontà negoziale.

La libertà di diventare genitori attraverso la tecnica medica, quando la via naturale è preclusa per gravi ragioni sanitarie, è una manifestazione del diritto della persona alla tutela della salute intesa come benessere fisico e psichico: non è una pretesa assoluta di generare un figlio ad ogni costo, anche a costo di usare il corpo come una merce³⁴, ma è un diritto fondamentale³⁵ che presenta tanto un contenuto negativo, di rispetto della sfera individuale nei confronti dei privati e verso lo Stato, quanto un contenuto positivo, di pretesa alla realizzazione della persona nei confronti degli organi statuali. Tale diritto è esercitabile esclusivamente in presenza di determinati presupposti che assicurino il contemperamento con una serie di esigenze, prima fra tutte quella della protezione del minore³⁶. Ad individuare le pratiche terapeutiche ammesse non dovrebbe essere il legislatore, ma i medici che possono valutare le peculiarità dei singoli casi sul presupposto della volontà del paziente e assumere le decisioni più appropriate nel corso di un trattamento sanitario sulla base delle più aggiornate conoscenze tecniche e scientifiche³⁷.

A tale proposito si considera piena di significato la circostanza che l'art. 44 del codice deontologico medico vigente, a differenza del codice del 2006 che proibiva ogni forma di maternità surrogata, non

³⁴ G. BELARDELLI, *L'ideologia dei nuovi diritti affronti il concetto di limite*, in *Corriere della Sera*, 24 dicembre 2015, il quale, con riguardo al dibattito sulla maternità surrogata, sottolinea la necessità di porre dei limiti alla sua realizzazione.

³⁵ Di diritto fondamentale a procreare aveva già parlato la Corte costituzionale poco dopo l'approvazione della legge 2004 n. 40, quando, con la sentenza del 28 gennaio 2005 n. 45 (v. nota di G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, 2005, I, p. 337), aveva dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione totale della legge, affermando che essa è diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona e che perciò, una volta approvata, potrebbe essere solo modificata o sostituita dal legislatore con altra disciplina, ma non potrebbe essere puramente e semplicemente abrogata, così da eliminare la tutela precedentemente concessa.

³⁶ A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p. 22; A. GORASSINI, *Procreazione*, (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1971, p. 952; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 94.

³⁷ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 394, con note di A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*, di V. MOLASCHI, *"Livelli essenziali delle prestazioni" e Corte costituzionale: prime osservazioni* e di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*.

prevede più il divieto, quasi a voler indicare che tale proibizione non riflette ormai le attuali esigenze della collettività³⁸.

5. Limiti alla libertà negoziale nella configurazione di una nuova maternità sociale.

Alla luce delle osservazioni svolte, il dettato codicistico che individua la madre sempre in colei che ha partorito deve essere rivisto alla luce dell'evoluzione sociale. Ragionando *de iure condendo*, una nuova nozione di maternità potrebbe essere incentrata non sul dato biologico del parto, ma sull'assunzione di responsabilità procreativa mediante l'espressione di un consenso libero, consapevole e informato.

Sul piano civilistico, si tratta di valutare la congruità dell'assetto degli interessi perseguiti mediante un patto che abbia ad oggetto il concepimento di un figlio per conto di altri e, dunque, la configurazione di una nuova figura di madre fondata sulla volontarietà³⁹.

Non vi è dubbio che le manifestazioni di volontà finalizzate alla gestazione per altri dovrebbero precedere i necessari atti di consenso ai trattamenti medici e agli interventi chirurgici connessi alla fecondazione, alla gravidanza e alla nascita⁴⁰. Si tratta di dichiarazioni negoziali atipiche di natura familiare⁴¹, perchè volte a tutelare esigenze legate agli affetti, attributi attinenti alla sfera più intima, alla

³⁸ Il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Medici potrebbe in questo modo voler anticipare il legislatore, così come è accaduto quando il codice del 3 ottobre 1998 ha precorso la legge sulla tematica della procreazione assistita che richiedeva di adattare i comportamenti dei medici alle mutate esigenze della società e alla realtà scientifica e tecnologica in continuo divenire. La funzione di supplenza della legge è avvenuta principalmente per la capacità della deontologia di adattarsi più rapidamente alle molteplici sfaccettature delle vicende umane e alle trasformazioni del rapporto tra medico e paziente. Sulla funzione "creativa" svolta dalla deontologia e dalla giurisprudenza, sia consentito il rinvio a A. VALONGO, *Deontologia medica e regole di responsabilità alla luce del principio di sussidiarietà*, in M. NUZZO (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 157.

³⁹ Nel senso che la generazione è sottratta all'inderogabilità dei doveri coniugali d attratta alla sfera della libertà della persona, v. P. CENDON, *Commentario al cod. civ.*, 2009, p. 81, che ammette il patto di non concepimento in quanto conforme al principio della "procreazione responsabile" affermato dalla legge 1978 n. 194 e riguardante un aspetto personalissimo della vita di coppia. Nello stesso senso, V. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, p. 314; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, p. 156. In senso contrario, P. MOROZZO DELLA ROCCA, in A.A.V.V., *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 40, secondo il quale il patto di non concepimento sarebbe nullo perchè contrastante con il dovere derivante dal matrimonio di accettare l'eventualità della procreazione e della cura dei figli che dovessero nascere dall'unione.

⁴⁰ L. Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 225 ss., in particolare 243.

⁴¹ In generale, sul controllo dell'autonomia negoziale in ambito familiare, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, pp. 968-969; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 73; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 662; A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 93; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 122; A. PALAZZO, *Donazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1991, p. 137; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in C. A. GRAZIANI e I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità*, Milano, 2002, p. 49.

vita e alla salute nella sua più ampia accezione, interessi che sono espressione del potere di governo del corpo e di autodeterminazione della persona⁴².

Di ausilio alla presente ricostruzione è il dato che il nostro ordinamento è aperto alla pluralità delle fonti europee e internazionali e che i suoi valori sono in continuo cambiamento unitamente all'evoluzione dei costumi e ai fatti che si susseguono nella società⁴³. In tale contesto in continuo divenire, si è inclini a riconoscere degni di tutela giuridica accordi personalissimi in precedenza riprovati dalla coscienza collettiva. In questa direzione, valorizzando l'elemento altruistico, la gestazione per altri si prospetta come un negozio gratuito meritevole di approvazione da parte dell'ordinamento giuridico. La ragione pratica perseguita consiste nell'incontro tra il bisogno della coppia di procreare e l'intento solidaristico della partoriente (sorella o altra donna del circolo parentale o amicale⁴⁴) di aiutarla a realizzare l'obiettivo all'interno della famiglia.

Come insegna la migliore dottrina⁴⁵, per formulare un giudizio di meritevolezza di un patto, non è sufficiente un giudizio formale e astratto di liceità o illiceità dello schema, ma occorre analizzare l'accordo in tutti i suoi aspetti, soggettivi (la condizione delle parti) e oggettivi (es. una clausola accessoria), che potrebbero apparire di importanza secondaria e che, invece, incidono sulla realizzazione del risultato finale. L'esito del giudizio, quindi, discende da una valutazione della realtà e delle peculiarità del caso concreto che vengono inglobate nella funzione complessiva dell'operazione negoziale. E' necessario soppesare le finalità realmente volute dalle parti e la rispondenza di tali finalità ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Ove si ammettesse un simile accordo, questo avrebbe ad oggetto la volontà della donna di sottoporsi ad un impianto di embrioni (o ad un'inseminazione *in vivo*) per la conduzione di una gravidanza a vantaggio della coppia, l'espressa assunzione di responsabilità genitoriale da parte della coppia e le modalità della gravidanza e del parto.

La previsione di un versamento di somme a titolo di rimborso anticipato delle spese necessarie per l'intero processo (si pensi al mancato guadagno nel periodo in cui la gestante deve interrompere il lavoro) non muterebbe il titolo gratuito dell'accordo. Il carattere personalissimo delle dichiarazioni contemplate fa sì che i relativi obblighi non possono reputarsi nè esigibili, nè coercibili⁴⁶. Pertanto l'attuazione del negozio dipenderebbe dalla persistente intenzione delle parti di compiere atti conformi a quanto concordato e un eventuale rifiuto di dare esecuzione alle dichiarazioni negoziali dovrebbe essere consentito per la preminenza del principio di libertà personale.

Occorre distinguere, tuttavia, come sarà precisato al par. 8, tra la posizione della gestante, la cui volontà non potrebbe essere coartata nelle decisioni che riguardano la sua persona (es. prosecuzione o

⁴² M. R. MARELLA, S. CATANOSSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, p. 161.

⁴³ In dottrina, per tutti, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, pp. 27-28 e 59.

⁴⁴ Cfr. G. BELARDELLI, *Maternità surrogata, dubbi etici di natura economica*, in *Corriere della Sera*, 11 marzo 2016, secondo il quale "l'unico caso in cui è lecito supporre assoluto altruismo è quello di colei che lo fa per una sorella o una figlia e questo può essere autorizzato".

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., p. 348.

⁴⁶ L'*Human Fertilisation and Embriology Act 1990*, che modifica il *Surrogacy Arrangements Act 1985*, dispone che "Nessun accordo di surrogazione può essere giuridicamente applicabile da o contro una persona che ha partecipato all'accordo stesso".

meno della gravidanza) e la posizione della coppia dei genitori intenzionali che assumono obblighi giuridici prestando il consenso alla procedura; il principio di libera revocabilità degli atti attinenti alla sfera dell'integrità fisica, infatti, deve contemperarsi con i principi della responsabilità per la procreazione e di certezza dello *status* di figlio.

Un'impostazione dottrinale⁴⁷ ammette la possibilità di dedurre parti del corpo in accordi di natura contrattuale, fermo restando il diritto del disponente di recedere dal contratto. La tesi si basa sulla legge sulla donazione di rene da persona vivente (art. 2, l. 26 giugno 1967 n. 458), che prevede non solo il consenso del donatore di organi, ma anche il consenso del destinatario in mancanza del quale non potrebbe farsi luogo all'impianto. In contrario si deve obiettare che lo schema negoziale degli atti di disposizione del corpo si distacca necessariamente dal modello contrattuale, per l'incompatibilità del suo contenuto con quello proprio dei negozi patrimoniali.

Parte della dottrina femminista americana⁴⁸ ha qualificato la concessione di utero per fini di gravidanza come un contratto diretto a regolare «tutte le questioni giuridiche inerenti alla paternità e maternità prima del concepimento». Secondo questa teoria, la gestante, quale prestatrice di «servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali», dovrebbe ottenere un vero e proprio corrispettivo per l'attività riproduttiva svolta nell'ambito di un rapporto definito quale «vendita di servizi di procreazione».

Anche tale ricostruzione non convince. Al consenso della gestante non può attribuirsi la stessa funzione assoluta dall'accettazione di una proposta volta a concludere un contratto, perchè si è dinanzi ad un negozio consensuale riguardanti beni personalissimi. In particolare, appare assolutamente inadeguato il ricorso alla figura della «vendita» perchè, se tale fosse la qualificazione del rapporto, il corpo femminile, la funzione generativa e perfino la nascita di un essere umano sarebbero attratti alla sfera patrimoniale e resi suscettibili di valutazione economica, in aperto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo⁴⁹. La qualificazione in termini di contratto cozzerebbe con il principio della Carta di Nizza che vieta la commercializzazione di parti del corpo umano e sarebbe

⁴⁷ Tra gli altri, C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, pp. 268-296; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 254.

⁴⁸ C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven and London, 1989; trad. italiana: *Nascere per contratto*, pp. 16, 92, 127, 148 e 158, la quale ritiene sufficiente per la protezione adeguata del bambino che tutte le conseguenze giuridiche della "cooperazione nella procreazione" vengano chiarite "prima dell'inizio della vita fetale" fondando, quindi, il rapporto giuridico genitore-figlio esclusivamente su un patto concluso tra le parti. Cfr. E. JACKSON, *What is a Parent?*, in A. DIDUCK, K. O'DONOVAN (a cura di), *Feminist Perspectives on Family Law*, Abington, Oxon, New York, 2006, 65; J.A. ROBERTSON, *Assisted Reproduction, Choosing Genes, and the Scope of Reproductive Freedom*, in *George Washington Law Review*, 76, 2008, p. 1490.

⁴⁹ La corresponsione di somme è condannata come "baby selling" e riduzione in schiavitù da G.J. ANNA, *Fairy Tales Surrogate Mothers Tell*, in *Law Medicine and Health Care*, 16, 1988, p. 27; A. VAN NIEKERK, VAN ZYL, LIEZL, *Commercial Surrogacy and the Commodification of Children: An Ethical Perspective*, in *Medicine and Law*, 14, 1995, p. 163. Per uno sguardo comparativo in argomento, v. M.M. ERTMAN, *What's Wrong with a Parentwood market? A new and Improved Theory of Commodification*, in *North Carolina Law Review*, 82, 2003, p. 1; K.D. KRAWIEC, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, in *Washington and Lee Law Review*, 66, 2009, p. 203; XINRAN CARA TANG, *Setting Norms: Protections for Surrogates in International Commercial Surrogacy*, in *Minnesota Journal of International Law*, 25, 2016, p. 193. Nella dottrina italiana, in generale, v. L. BIANCHI, *Dentro o fuori il mercato? "Commodification" e dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 489.

inaccettabile, comportando una riduzione della persona a merce di scambio lesiva della dignità della donna.

Per ritagliare profili di liceità della pratica in esame occorre, quindi, svincolarla totalmente dalla logica del mercato.

6. Profili di parziale illegittimità costituzionale del divieto.

L'introduzione di una deroga alla regola generale di cui all'art. 269, comma 3, c.c. si reputa compatibile con la nostra Carta costituzionale, che non individua il connotato essenziale della filiazione materna nella derivazione biologica del figlio. Il principio fondante è, invece, la disponibilità ad assumere la responsabilità genitoriale anche indipendentemente dal legame di sangue; tale principio ha trovato espressione nel campo dell'adozione e della procreazione eterologa, ove il titolo della filiazione, basato sul consenso della coppia alla procedura, prevale su quello derivante dal legame genetico⁵⁰.

L'esperienza di molti Stati europei ed extraeuropei attesta la fondamentale esigenza di riconoscere e garantire rapporti genitoriali diversi da quello biologico derivante dal parto. In particolare, quando l'accordo delle parti prevede che i genitori intenzionali sono anche i genitori genetici del nato, la maternità sociale è dissociata soltanto dall'elemento biologico del parto.

In Italia, non può escludersi che i generali principi del personalismo e del solidarismo⁵¹, che impongono la cura dei soggetti più deboli, possano giustificare atti di cooperazione alla genitorialità, qualora l'impegno alla gestazione per altri sia stato liberamente assunto e la vicenda si risolva complessivamente in un vantaggio per il minore. Tale convinzione deriva dall'osservazione della realtà, ove gravi problemi sanitari affliggono donne che non hanno la possibilità di portare avanti una gravidanza con esito positivo, impedendo così anche ai loro *partners* di diventare padri. E' evidente che in queste ipotesi il divieto assoluto posto dall'art. 12, comma 6, della l. 2004 n. 40 si pone in contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., che, proteggendo «la maternità, l'infanzia e la gioventù» e «favorendo gli istituti necessari a tale scopo» (art. 31, comma 2, Cost.), promuove le tecniche che conducono alla nascita di nuove vite umane, purchè adeguatamente protette.

Così ragionando, non si mira a portare all'estremo la libertà individuale della persona, ma a tutelare l'autodeterminazione con riguardo alla salute riproduttiva, ravvisandosi, in caso contrario, un contrasto con gli artt. 13 e 32 Cost. Si mira, nel contempo, a realizzare, nei termini che vedremo nelle pagine seguenti, un controllo pubblico delle pratiche in esame, allo scopo di evitare la clandestinità che aumenta il rischio di abusi, sia a danno del minore, sia a danno della gestante.

In primo luogo, gli abusi possono incidere sul diritto del minore al rispetto della propria identità e della vita privata⁵². Il pericolo per i figli che comunque continueranno a nascere attraverso tale me-

⁵⁰ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, cit., p. 221; Id., *Tradizione e innovazione nel diritto della famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Tratt. dir. fam. Zatti*, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 67.

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto alla personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1049; Id., *Principio "personalista", "funzione sociale della proprietà" e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688; F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2010.

⁵² K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 7, 2011, p. 627; Id., *International surrogacy Ar-*

todo, è di vedersi privati del proprio stato di figli di coloro che li hanno voluti come tali e del proprio stato di cittadinanza. Altro rischio per i minori è quello di non vedersi garantita la conoscenza delle circostanze del concepimento e della nascita da una donna che ha acconsentito alla gestazione ed ha consapevolmente rinunciato alla maternità a vantaggio dei genitori intenzionali.

In secondo luogo, gli abusi possono riguardare la dignità della donna, che potrebbe essere lesa se la vicenda fosse compiuta in circostanze tali da mettere in dubbio la sua volontà libera e spontanea. Indice di tali potenziali pregiudizi è la mancata registrazione dei dati personali della donna o delle informazioni sulle motivazioni che l'hanno indotta a generare un figlio per altri.

L'assoluta proibizione si pone, inoltre, in contrasto con il principio costituzionale che vieta ogni tipo di discriminazione. La legge 2004 n. 40, infatti, tratta diversamente persone che si trovano in condizioni analoghe, ossia donne che incontrano gravi limiti nella procreazione e che si differenziano soltanto per il tipo o la gravità di patologia che le affligge: l'una non è in grado di produrre gameti e, per superare il problema, può ricorrere alla procreazione eterologa; l'altra non è in grado di portare a termine la gravidanza e, per superare il problema, non può ricorrere alla gestazione per altri. Posto che il loro limite, di natura diversa, produce la stessa patologia della sterilità o infertilità assoluta, a queste donne non dovrebbe essere riservato un trattamento differente.

Il dubbio di legittimità costituzionale del divieto per contrasto con l'art. 3 Cost. sorge, altresì, con riguardo alla disparità di trattamento delle persone in base alle condizioni economiche, in quanto solo le coppie dotate di sufficienti risorse finanziarie sono in grado di spostarsi verso Stati che hanno normative permissive⁵³. Tra i motivi per i quali la Corte costituzionale ha eliminato il divieto di procreazione eterologa si colloca proprio la discriminazione tra chi poteva permettersi di recarsi all'estero per ottenere le cure e chi, invece, era impossibilitato a farlo per difficoltà economiche. La questione si ripropone anche in questa sede, sollecitando la proposta di una parziale dichiarazione di incostituzionalità del divieto al fine di permetterla nei casi di impossibilità della donna alla gravidanza. Va, tuttavia, chiarito che, per ritagliare alla gestazione per altri uno spazio di legalità, non è sufficiente un intervento della Corte costituzionale, occorrendo una scelta del Parlamento che renda legittima la costituzione di una maternità affettiva che prescindendo dall'elemento fisico del parto. La costituzione di un nuovo *status* di filiazione, più esattamente, non potrebbe che essere il risultato di un procedimento di stampo privatistico e pubblicistico disciplinato dalla legge⁵⁴. La scelta istituzionale

rangements: Legal Regulation at the International Level, 2013, Oxford, Hart Publishing. Nella dottrina italiana, S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interessi del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genus*, 2015, 1, p. 160.

⁵³ In dottrina, sulle relazioni tra turismo procreativo e violazione del principio di non discriminazione in base alle condizioni economiche, v. M.R. SPALLAROSSA, *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle "politiche sociali per le famiglie"*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 243; F. BILOTTA, *Il diritto di famiglia in una prospettiva di riforma*, in B. DE FILIPPIS, F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Milano-Udine, 2009, p. 81; C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione E(s)terologa*, Roma, 2012, p. 33; E. TEBANO, *Maternità surrogata, Le sentenze in ordine sparso sulle coppie che vanno all'estero per aggirare la legge 40*, in *Il Corriere della Sera*, 13 dicembre 2015, p. 23.

⁵⁴ In giurisprudenza, Trib. min. Milano, decreto 1 agosto 2012 e Trib. min. Milano, decreto 6 settembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 712, con nota di F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*.

della politica, pertanto, sarebbe fondamentale per consentire la pratica in esame in presenza di determinate stringenti condizioni⁵⁵.

Un ruolo primario dovrebbe essere assegnato alla struttura sanitaria nell'accertare l'impossibilità della madre intenzionale di procreare e la volontà di assumere la responsabilità genitoriale. Una commissione di esperti dovrebbe vagliare l'idoneità della donna a ricoprire il ruolo di gestante sia dal punto di vista della salute, sia sul piano sociale ed economico, verificando che non vi sia sfruttamento delle sue condizioni di bisogno, ma che sussista la sua libera volontà di cooperare nell'attività procreativa altrui.

L'accoglimento di una simile costruzione sarebbe coerente sia con la promozione del valore della vita umana, sia con la tutela della dignità della donna.

Dati i profili pubblicistici che caratterizzano la formazione di ogni *status* civile, non si potrebbe prescindere dal rilascio di un provvedimento giudiziale di attribuzione della genitorialità da parte della pubblica autorità. Quest'ultima dovrebbe controllare se il consenso delle parti sia stato veramente libero e gratuito, se il minore nasca da un progetto genitoriale, se sia geneticamente collegato ai genitori intenzionali (o almeno al padre intenzionale), se sussista un effettivo rifiuto di maternità da parte della gestante.

Una norma giuridica che, in tal caso, affidi la costituzione del rapporto di filiazione ad una pronuncia di adozione non sarebbe coerente con il nostro sistema, trattandosi di un modello non compatibile con le norme imperative che disciplinano tale istituto. In primo luogo, l'adottabilità richiede un vero e proprio stato di abbandono del minore. Nella gestazione per altri, invece, si realizza l'affidamento definitivo di un minore non abbandonato ai genitori intenzionali, i quali dovrebbero essere allo stesso legati geneticamente. Nell'adozione, manca qualunque vincolo genetico tra adottanti e adottato e si pone rimedio ad una situazione di inidoneità della famiglia d'origine a garantire al minore un'adeguata assistenza morale e materiale. A ciò deve aggiungersi che, nella gestazione per altri, difetta il presupposto per l'adozione da parte della coppia, perchè, ove l'uomo sia geneticamente legato al nato, non potrebbe adottare un figlio già suo.

7. Prospettive di regolamentazione della gestazione per altri come atto di solidarietà

Per le ragioni esposte nei paragrafi 5 e 6, l'accordo di gestazione per altri deve ritenersi invalido se diretto a realizzare un fine illecito quale quello della strumentalizzazione della partoriente, usata come mezzo per far nascere figli a pagamento⁵⁶.

⁵⁵ M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Bio-Law Journal* 2, 2015, p. 89; M.DE BAC, «L'utero in affitto? Una necessità», in *Corriere della Sera*, 20 dicembre 2015, p. 24.

⁵⁶ Esempi di pratiche illecite si osservano in Paesi come la Thailandia, l'India, il Nepal, ove il contesto di povertà e disagio favorisce il rischio di sfruttamento economico del corpo delle donne che si trovano in condizioni di bisogno, impedendo che la scelta di portare avanti la gravidanza per il bene di altre persone possa considerarsi veramente libera e spontanea. Sul punto, v. A. MORRESI, *India: donne umiliate "produttrici" di bimbi*, in *Avvenire*, 31 ottobre 2015, che richiama le storie disumane di donne che vivono in stato di bisogno e vedono la maternità surrogata commerciale come un mezzo di sussistenza. Sul tema, v.; S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in In-*

Per essere meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, dunque, la causa del negozio dovrà ispirarsi, oltre che alla solidarietà sociale, al rispetto della dignità della gestante e consistere esclusivamente nella soddisfazione del bisogno esistenziale di avere un figlio, espresso da una coppia sterile per l'impossibilità fisica di condurre a termine una gravidanza.

La posizione di protagonista che la donna possiede attualmente nella sfera della procreazione, naturale o assistita, e dell'interruzione della gravidanza induce a confermarle tale ruolo con riferimento a quella che potrebbe definirsi «gestazione medicalmente assistita», giungendo ad accordarle la libertà di compiere un atto consapevole di generosità, attraverso il quale porre a disposizione gratuitamente il proprio grembo a vantaggio della coppia che così riuscirebbe a realizzare una delle funzioni più importanti della famiglia. L'ordinamento italiano assegna all'autodeterminazione della donna una funzione centrale in relazione alla costituzione della maternità, in quanto le riconosce una serie di situazioni soggettive esistenziali che inducono la dottrina⁵⁷ a parlare di una sorta di «privilegio della maternità». Si pensi alla facoltà della gestante di dichiarare all'ufficiale dello stato civile di non voler essere nominata nell'atto di nascita del figlio; al diritto di impedire la gravidanza mediante l'uso della contraccezione, di decidere il compimento di diagnosi prenatali o trattamenti medici sull'embrione formato in sede di procreazione assistita; al diritto di interrompere la gravidanza in presenza di determinati presupposti, alla libertà di scegliere il luogo e le modalità del parto. Si pensi alla libertà di donare ovociti a scopo riproduttivo, al potere esclusivo di revocare il consenso all'impianto degli embrioni e di decidere autonomamente se e quando farsi impiantare gli embrioni residuati da precedenti trattamenti.

Questo complesso di norme permette di affermare che non si diventa madre «per destino», perché la sorte ha così stabilito, ma si diventa madre per libera scelta⁵⁸.

Una soluzione analoga a quella qui proposta fu accolta nel parere espresso nel 1985 da una Commissione di studio nominata dai Ministri della giustizia e della ricerca scientifica della Germania federale, presieduta dal Presidente della Corte costituzionale Ernst Benda, dal titolo «Fecondazione in vitro, analisi genomica e terapia genetica» (c.d. Rapporto Benda)⁵⁹. Secondo il parere contenuto nel Rapporto Benda, l'unico modo per attribuire la maternità alla donna committente era il ricorso all'adozione e ciò era possibile in due casi eccezionali: quando la sostituzione di maternità appariva come l'unica alternativa per la sopravvivenza di un embrione non impiantabile e quando, dinanzi

dia, in *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, 2013, reperibile in <http://archpublichealth.biomedcentral.com/> (ultima consultazione 13/03/2016).

⁵⁷ Sulla situazione privilegiata della maternità: A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 55; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 165; ID., *Una singolare fase della maternità tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 83.

⁵⁸ Nel senso che la posizione del genitore è un effetto legale, mediato dalla scelta della persona, che si fonda sulla solidarietà familiare, A. GORASSINI, *La genitorialità come scelta affettiva*, in M.F. TOMMASINI (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, cit., p. 3; E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, in *o.u.c.*, 11. Sui profili antropologici del concetto di genitorialità come scelta, v. P. FALTERI, F. GIACALONE, *Percorsi di maternità e soggettività femminile*, in *Voci*, 2013, p. 225.

⁵⁹ E. BENDA, *Report Working Group on in vitro fertilization, genom analysis and gene therapy*, a cura di AD HOC COMMITTEE OF EXPERTS ON PROGRESS IN THE BIOMEDICAL SCIENCES, Strasbourg, 1966; V. al riguardo, E. SGRECCIA, M.L. DI PIETRO, *Manipolazioni genetiche e procreazione assistita: orientamenti giuridici e considerazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1390.

all'accertamento medico dell'impossibilità della donna committente di partorire, la terza persona disposta a sostituirla nella funzione di gestazione faceva parte del gruppo familiare della committente. Sulla medesima linea, diversi autori⁶⁰ sostengono l'ammissibilità della gestazione per altri nella quale sono utilizzati per la fecondazione ovociti e spermatozoi provenienti dalla coppia richiedente; ciò perché l'interesse del nascituro alla certezza dello *status* sarebbe adeguatamente soddisfatto dalla circostanza di avere come genitori coloro che lo hanno voluto come proprio figlio e che gli hanno anche trasmesso il patrimonio genetico. I genitori intenzionali sarebbero, dunque, anche genitori genetici.

Nell'ottica di una possibile regolamentazione normativa del fenomeno, la necessità che vi sia una corrispondenza con il corredo genetico della coppia committente è prioritaria, per l'esigenza del minore di individuare i genitori intenzionali qualora questi ultimi rifiutino, dopo la nascita, le funzioni precedentemente assunte in sede di accordo con la gestante (si pensi all'ipotesi di malformazioni del feto). Il padre intenzionale e genetico, avendo contribuito con i suoi gameti alla formazione dell'embrione, resterebbe esposto in perpetuo all'azione di dichiarazione di paternità ai sensi degli artt. 269 ss. c.c. Lo stesso dovrebbe dirsi per la madre intenzionale e genetica: se, infatti, la maternità della partoriente non potesse essere dimostrata per mancanza di mezzi di prova o per la presenza di prove che attestino il contrario (ad esempio, perché esiste un atto di nascita dal quale risulta che la surrogata non è madre), dovrà essere possibile dimostrare la maternità di colei che ha concepito il figlio limitandosi ad offrire il suo materiale genetico.

Coerente con questa impostazione è l'idea di escludere che la gestante per altri concorra alla formazione del patrimonio genetico del nascituro⁶¹. L'apporto dei suoi gameti alla fecondazione dell'embrione, infatti, è contrario all'interesse del nato a non separarsi da colei che ha svolto entrambe le funzioni procreative: quella biologica, che dura nel corso della gravidanza fino al periodo immediatamente successivo al parto⁶², e quella di trasmissione del materiale genetico, che, invece, è destinata a protrarsi per tutta la vita del figlio ed anche dei suoi discendenti.

Accade, talvolta, che l'inabilità fisica al parto della madre intenzionale si accompagni alla sua incapacità di produrre gameti⁶³. Qui, sempre nella prospettiva *de iure condendo*, non sembra vi siano ragio-

⁶⁰ M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale, problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, p. 51; ID., *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 156; R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, "la locazione di utero", diritto dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 638; F. SANTOSUOSSO, *Fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 51; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 100; G. CASSANO, *Verità legale e verità biologica nella maternità surrogata*, in G. BALDINI, G. CASSANO (a cura di,) *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, p. 231. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, p. 162.; C. LALLI, *Nessun scelga al posto delle donne sulla maternità surrogata*, in <http://www.internazionale.it>, 10 novembre 2015 (ultima consultazione 15/03/2016).

⁶¹ R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e interesse del minore*, cit., 143; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 754.

⁶² Nella dottrina antropologica si sottolinea l'importanza del *bonding*, ossia del forte attaccamento che si crea tra madre e neonato nelle prime ore e nei primi giorni dalla nascita, che è finalizzata ad avviare in modo proficuo l'allattamento. Sul punto, v. F. GIACALONE, *Il parto naturale tra medicalizzazione e nuove soggettività*, in *Voci, Annuale di Scienze umane*, 2013, p. 275.

⁶³ Un caso di gestazione per altri nel quale soltanto l'uomo committente ha contribuito alla formazione degli embrioni è stato risolto dalla Corte d'Appello di Bari nel 2009 (App. Bari 13 febbraio 2009, in *Famiglia e minori*,

ni plausibili, quando l'inabilità della donna è assoluta e irreversibile, per escludere il ricorso all'impiego di ovociti messi a disposizione da una donatrice anonima, perchè l'obiettivo della gestazione per altri resta quello di far nascere un figlio e di costituire una nuova genitorialità sociale, che, in questo caso, sarebbe fondata sul consenso e sull'intervento del giudice, prescindendo dal legame genetico, oltre che da quello biologico, con la madre intenzionale. Inoltre, non si porrebbe il problema del contrasto della donazione di ovociti con la legge italiana, in quanto la stessa ammette la procreazione eterologa ed esclude espressamente qualsiasi rapporto giuridico tra il nato e il donatore di gameti. Tuttavia, in tale ipotesi, per le ragioni già esposte, legate alla garanzia di accertamento della filiazione nell'interesse del minore, il sacrificio della verità biologica e genetica della maternità dovrebbe essere necessariamente compensato dalla conservazione del legame di consanguineità con il padre intenzionale⁶⁴.

La concezione dell'imprescindibile contributo genetico proveniente almeno dal padre intenzionale, è rafforzata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nel prendere in considerazione vicende di gestazione per altri, ha mostrato di accordare un rilievo decisivo al vincolo di sangue tra il figlio e il padre⁶⁵.

Guida dir., 5, 2009, p. 50, con nota di M. CASTELLANETA, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*). Il fatto riguardava una coppia di coniugi, un cittadino inglese ed una cittadina italiana, la quale, a causa di una grave malattia, era stata sottoposta ad intervento di isterectomia che aveva compromesso la sua possibilità di avere figli. Dato che il *partner* era contrario all'adozione e desiderava diventare padre, la donna, per avere figli riconducibili geneticamente al marito e non potendo attuare la fecondazione omologa mediante propri ovociti, concluse un accordo di maternità surrogata, a titolo gratuito, con una donna inglese. Quest'ultima diede alla luce due bambini, i quali, immediatamente consegnati ai coniugi, furono portati in Italia, a pochi giorni dalla nascita, quali figli naturali del marito. La coppia, trasferitasi con i bambini in Italia, si era separata consensualmente, ma, nel corso del giudizio, si era posta l'esigenza di dare certezza allo *status* dei due figli, i quali risultavano, sul piano formale, figli di madri diverse in Inghilterra e in Italia e la diversa attribuzione della maternità, comportante un doppio rapporto di filiazione nei due Paesi, avrebbe avuto conseguenze negative sul loro equilibrio e la loro crescita. Pertanto la Corte d'Appello di Bari, chiamata a valutare la situazione acquisita all'estero in conformità della legge britannica, ha ordinato la trascrizione dei provvedimenti inglesi considerati idonei ad assicurare la realizzazione effettiva dell'interesse dei due figli minori.

⁶⁴ R. CLARIZIA, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità e interesse del minore*, in *Foro it.*, 1989, IV, p. 298; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, cit., p. 754.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11 e Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, in www.echr.coe.int (ultima consultazione 20/02/2016). In merito, v. G. CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 561; A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 306. Nel primo caso, i ricorrenti erano marito e moglie (*Dominique e Sylvie Mennesson*), cittadini francesi, e *Valentina Mennesson* e *Fiorella Mennesson*, due gemelli nati nel 2000 negli USA, cittadini americani. Nel secondo caso, i ricorrenti erano marito e moglie (*Francesco e Monique Labassee*), cittadini francesi e *Juliette Labassee*, cittadina americana nata negli USA nel 2001. A causa della sterilità della signora *Mennesson* e della signora *Labassee*, le due coppie decisero di ricorrere alla gestazione per altri negli USA. I provvedimenti stranieri, emessi in California, nel primo caso e in Minnesota, nel secondo caso, avevano stabilito che i coniugi *Mennesson* erano i genitori di due gemelli e che i coniugi *Labassee* erano i genitori di una bambina. In Francia le autorità si erano rifiutate di riconoscere i rapporti genitoriali legalmente formati negli Stati Uniti. In particolare, la Corte d'appello di Parigi, con provvedimento del 18 marzo 2010, aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita americani per l'impossibilità di riconoscere la decisione della corte americana che convalidava indirettamente una convenzione di maternità

8. I diritti del nato alla bigenitorialità e alla conoscenza delle proprie origini

Secondo quanto prospettato *de iure condendo* nei paragrafi precedenti, gli effetti giuridici della formazione del nuovo *status* di figlio si producono solo al termine di una procedura di impronta sia privatistica sia pubblicistica, articolata in tre fasi: nella prima, anteriore al concepimento, si ha l'atto complesso basato sulle dichiarazioni di volontà di accedere alla tecnica di procreazione assistita, che sono espresse per iscritto congiuntamente al medico e, precisamente: la dichiarazione di disponibilità alla gestazione da parte della donna e l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte della coppia.

Nella seconda fase, posteriore al parto, all'ufficiale di stato civile è resa la dichiarazione della partoriente di non voler essere nominata nell'atto di nascita, anche se, in nome della tutela del minore (come meglio precisato in seguito), il suo nome dovrà essere indicato e conservato in un separato registro con l'annotazione dell'avvenuta gestazione per altri.

Nella terza fase, si ha la formazione del nuovo stato di filiazione attraverso un provvedimento di controllo successivo dell'autorità giudiziaria⁶⁶, che avrebbe natura di condizione di efficacia dell'intero procedimento.

Restano, tuttavia, nella prima e nella seconda fase, i rischi legati ad un eventuale mutamento di intenzione delle parti, le quali potrebbero non attuare quanto pattuito. La gestante potrebbe non volersi separare dal figlio oppure, all'opposto, la coppia potrebbe rifiutare l'accoglienza del neonato.

Dal carattere di spontaneità e revocabilità degli atti contemplati (inseminazione o fecondazione *in vitro*, sottoposizione ad impianto degli embrioni, parto, affidamento del neonato ecc.) discende che, ove non eseguiti, non potrebbero formare oggetto di esecuzione forzata in forma specifica, ai sensi degli artt. 2930-2933 c.c.⁶⁷ Pertanto i genitori intenzionali, anche nel caso in cui abbiano entrambi

surrogata. Il 6 aprile 2011, la Corte di Cassazione francese aveva rigettato le istanze dei ricorrenti, affermando che la registrazione nel registro francese delle nascite avrebbe attribuito effetti ad un accordo di maternità surrogata contrario all'ordine pubblico interno e nullo secondo la legge francese. La Corte di Cassazione aveva stabilito che non vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dal momento che i minori non venivano privati del rapporto legale materno e paterno riconosciuto dalle leggi americane e non era impedito loro di vivere in Francia con le coppie *Menesson e Labassee*.

⁶⁶ Il provvedimento giudiziale sarebbe analogo all'omologazione giudiziale prevista dall'ordinamento italiano con riguardo all'accordo dei coniugi sull'affidamento dei figli in caso di separazione consensuale (v. art. 158 c.c.), finalizzata al controllo di conformità all'interesse dei minori. Non si tratta di un'autorizzazione giudiziale, che ha sempre natura preventiva, ma di una sorta di approvazione del giudice che effettua un controllo di legittimità sostanziale dell'accordo. In argomento, v. V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Milano, 2002, p. 321; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, Milano, 2003, p. 611. Sulle differenze tra autorizzazione, omologazione e approvazione, v. A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, pp. 283, 295.

⁶⁷ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it*, 1990, I, c. 298, con nota di G. PONZANELLI. I giudici di Monza escludono la possibilità di chiedere l'esecuzione in forma specifica degli obblighi pattuiti e il risarcimento del danno per inadempimento, affermando che l'atto dispositivo del corpo che caratterizza la surrogazione di maternità "non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume". Nella specie, si trattava di un accordo a titolo oneroso.

fornito i gameti per la procreazione, non potrebbero ottenere una condanna della donna all'adempimento e alla consegna del bambino⁶⁸.

La revocabilità della dichiarazione della gestante è fondata sul principio costituzionale che tutela la libertà individuale, secondo il quale il medico non può agire sulla persona dinanzi al suo rifiuto. La volontà della partoriente di non essere madre deve reputarsi revocabile prima, durante e dopo la gestazione, fino all'ultimo istante precedente alla costituzione dello *status* di figlio ed è con l'intervento giudiziale che lo stato civile diventa irremovibile.

Il punto cruciale resta, in conclusione, la presenza della doppia figura genitoriale per garantire al figlio il soddisfacimento del diritto alla bigenitorialità⁶⁹.

Si è visto come il nostro sistema giuridico sia incompatibile con qualsiasi patto che abbia ad oggetto l'obbligo della partoriente di consegnare il neonato alla madre intenzionale, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia fornito il materiale genetico per la fecondazione. Di conseguenza, i successivi atti compiuti dalla donna in osservanza di quanto spontaneamente dichiarato, non potendo qualificarsi come atti di adempimento di doveri giuridici, possono assimilarsi ad atti materiali di esecuzione di obbligazioni naturali ai sensi dell'art. 2034 c.c. L'opinione è stata sostenuta, in dottrina⁷⁰, rispetto agli atti di consenso al prelievo di organi, nei quali si ravvisa l'esistenza di un impegno morale di cooperazione per il bene e la cura della salute altrui. In questa prospettiva, trova una conferma l'incoercibilità del dovere della gestante sia di sottoporsi alla fecondazione assistita, sia di portare a termine la gravidanza, sia di affidare il nato alla coppia.

Diverso è il discorso riguardo ai genitori intenzionali, che devono considerarsi obbligati sul piano giuridico e non semplicemente sul piano sociale, ad attuare quanto previamente dichiarato.

⁶⁸ In senso contrario, C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 143, che considera la donna capace di assumere un impegno relativo alla gravidanza e al parto a beneficio di altre persone, prospettando come rimedio, in caso di un suo rifiuto, l'adempimento coattivo (*specific performance*); pertanto la donna, se non può essere costretta a concepire e a portare avanti la gravidanza, una volta effettuato il parto, sarebbe tenuta a consegnare il bambino alla coppia committente. Infatti, la *Feminist Legal Theory*, identifica il concepimento con il momento nel quale si instaura l'impegno delle parti che cooperano nella riproduzione umana.

⁶⁹ F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame. Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, I, p. 57; M. MANTOVANI, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli - Art. 1 Modifiche al codice civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 95; R. DE MEO, *Affidamento condiviso*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, ed. 2009, p. 6; G. FERRANDO, L. LENTI, *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011, p. 263; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in SESTA, ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012, p. 15; T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 6, p. 416 ss.

⁷⁰ Si vedano, tra gli altri, E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto civile. Dizionario del diritto privato*, Milano, 1980, p. 822, il quale configura l'atto di destinazione del rene a scopo di trapianto come adempimento di obbligazione naturale; G. CIANI, *Procreazione artificiale e gravidanza surrogata per spirito di liberalità: il bilanciamento tra libertà di autodeterminazione della donna e best interest del nascituro*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1705; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Diritto privato*, 1999-2000, p. 327 ss., spec. 463; V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale "complessità dell'ordinamento" e l'emergere delle "destinazioni solidaristiche"*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di Palazzo*, II, cit., p. 707. In senso critico rispetto al riferimento alle obbligazioni naturali, A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 311.

Nella prassi, specie negli ordinamenti che non prevedono una disciplina della gestazione per altri, si osserva che i fatti si svolgono talora in modo differente da quanto concordato⁷¹. In uno dei drammatici casi riportati nelle cronache internazionali, una coppia australiana aveva revocato l'iniziale volontà espressa nell'accordo, nel momento in cui la gestante thailandese aveva dato alla luce un figlio con una grave malattia⁷². Più esattamente, la donna, dopo aver accettato per sedicimila dollari di sottoporsi alla procedura, aveva scoperto al quarto mese di gravidanza che uno dei due gemelli che portava in grembo era portatore della sindrome di *Down*. Di fronte alla richiesta dei genitori intenzionali di interrompere la gravidanza, la donna, per motivi religiosi, aveva deciso di proseguirla e, dopo il parto, aveva dovuto scontrarsi con il rifiuto della coppia di ogni responsabilità verso il neonato.

Vicende del genere suscitano interrogativi sconcertanti che esigono risposte e testimoniano quanto sia necessario intervenire sul piano normativo, per prevenire e risolvere problematiche connesse alla protezione dei minori, che continueranno a presentarsi in futuro. La gestante dovrebbe sempre poter mantenere il controllo su di sé, decidendo liberamente di ricorrere all'interruzione della gravidanza in presenza dei presupposti di legge. La coppia genitoriale, al contrario, non dovrebbe potersi sottrarre agli impegni assunti, avendo accettato, fin dall'inizio, tutti i rischi legati alla complessa procedura. La gestazione per altri, infatti, non è un patto per la creazione di un bambino «perfetto», ma è un accordo di solidarietà tra persone consapevoli e responsabili che esprimono la propria autodeterminazione allo scopo di risolvere un grave problema riproduttivo di sterilità o infertilità. Rispetto a tale negozio complesso, è fondamentale la valutazione del giudice, che è chiamato ad accertare giudizialmente la maternità e la paternità, ma, se l'accordo sia in contrasto con il *favor minoris*, deve indicare le modifiche da apportare nell'interesse del figlio.

Non può, infine, trascurarsi il bisogno di assicurare al nato il diritto di essere informato sulle sue origini, sia genetiche che gestazionali. La rivelazione dell'identità della gestante non avrebbe mai il fine di ricostituire una maternità ormai definitivamente perduta attraverso il procedimento giudiziale disciplinato dalla legge nel modo sopra delineato. Senza dubbio, la conoscenza delle circostanze della nascita è condizione prioritaria per la costruzione dell'identità, per la formazione e lo sviluppo della personalità del soggetto, il quale potrebbe avvertire, nel corso dell'esistenza, l'esigenza di conoscere la donna che lo ha dato alla luce con l'intenzione di non essere madre, ma «donatrice di vita». In quest'ottica, il fatto di tacere in ordine alla realtà costituisce una condotta potenzialmente lesiva della sfera individuale.

⁷¹ Nel 2012, una coppia australiana, dopo aver firmato un contratto di maternità surrogata con una donna indiana, aveva deciso di non accogliere uno dei due gemelli venuti alla luce, perchè aveva lo stesso sesso del figlio già esistente nella famiglia. Il caso è riportato da L. SCHOEPFLIN, *Utero in affitto, gemellino rifiutato da coppia australiana*, in *Avvenire*, 11 ottobre 2014. Sempre nel 2012, una coppia statunitense pretende l'aborto da una madre surrogata con la quale aveva stipulato nel Connecticut un accordo di natura commerciale; la donna rifiuta di abortire e decide di andare a partorire nel Michigan, dove i problemi economici la inducono ad affidare la figlia ad una famiglia adottiva. In argomento, v. A. MALHOTRA, R. MALHOTRA, *Law and Surrogacy Arrangements in India*, in *International Survey of Family Law*, 2013, p. 151; RAJNI PARMAR, SANYA YADAV, *Surrogacy in India and Socio-Legal Challenges*, in *International Journal of Management and Social Sciences Research*, 5, 2016, p. 2319, in <http://www.irjournals.org/ijmssr/Jan2016/8.pdf> (ultima consultazione 02/04/2016).

⁷² Il fatto è descritto da V. FIZZOTTI, *Caso Gammy per l'Australia imbarazzo globale*, in *Avvenire*, 5 agosto 2014, p. 9.

Per l'assenza di un'identità di *ratio* tra l'adozione di un minore e la gestazione per altri, non è ragionevole immaginare l'estensione a quest'ultima di quanto l'art. 28, comma 7 della legge 1983 n. 184 prevede rispetto alla donna che partorisce nell'anonimato dando il figlio in adozione.

Deve, tuttavia, ritenersi operante il principio dettato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza del 2013, n. 278⁷³, secondo il quale il diritto dell'adottato «a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona». Come per ogni altro individuo, anche per il nato da gestazione per altri, «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale».

Nella procreazione eterologa, la regola dell'anonimato della donazione di gameti, sancita dalla legge di Stabilità 2015⁷⁴, porta a ritenere, sulla base dei principi generali in materia⁷⁵, che il figlio concepito col contributo genetico di persone estranee alla coppia genitoriale, pur non potendo conoscere l'identità del donatore, possa, però, accedere ai relativi dati sanitari qualora ciò sia richiesto per gravi motivi legati alla tutela della salute. L'opzione del segreto, fatta propria dal legislatore italiano, trova giustificazione nel fatto che il donatore dei gameti non è mai il «genitore» del nato, neppure per un istante, nel corso della procedura di fecondazione assistita; diversamente, la gestante per altri è giuridicamente la madre al momento della nascita, fino all'intervento del giudice che dichiara lo stato di figlio della madre intenzionale.

⁷³ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278 (in *Fam. dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*), che, rispetto all'ipotesi in cui la madre abbia voluto non essere nominata nell'atto di nascita, ha riconosciuto all'adottato il diritto di conoscere la sua identità prima che siano trascorsi cento anni dalla nascita, attraverso una procedura che, pur assicurando la massima riservatezza della donna, permetta di superare l'irrimovibilità del segreto e garantire il giusto temperamento degli interessi in concorso. La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 7, della l. 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede la possibilità di interpellare le donne che al momento del parto hanno dichiarato di voler restare anonime ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 2000 n. 396, al fine di un eventuale ripensamento. La disposizione è stata considerata illegittima per l'irreversibilità della scelta di segretezza compiuta dalla donna, la quale, invece, deve considerarsi libera di decidere se acconsentire alla rivelazione della propria identità o mantenere l'anonimato. L'irreversibilità del segreto è stata eliminata per contrarietà soprattutto all'art. 2 Cost., configurando «una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato». A seguito della dichiarazione di incostituzionalità, l'accesso alle informazioni sull'identità della madre biologica potrà allora essere autorizzato dal tribunale per i minorenni, a seguito di apposita istanza dell'adottato volta a far interpellare la donna che lo ha partorito nell'anonimato secondo modalità tali da garantire la segretezza dell'identità degli interessati.

⁷⁴ La legge di Stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190), pubblicata in G.U. del 29 dicembre 2014, in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, prevede, all'art. 1, comma 298, tra l'altro, che «le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive comunicano al Registro i dati anagrafici dei donatori, con modalità informatiche specificamente predefinite, idonee ad assicurare l'anonimato dei donatori medesimi.»

⁷⁵ Si ricorda che l'art. 93 del d.lgs. n. 196 del 2003, prevede, al comma 3, la comunicabilità, in ogni tempo (prima dei cento anni fissati per il segreto), dei dati relativi all'anamnesi familiare della donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, purché tali informazioni siano non "identificative" della donna e permettano la tutela del suo riserbo attraverso la predisposizione di «opportune cautele».

Al nato da gestazione per altri, quindi, dovrebbe spettare il diritto di conoscere non solo i dati sanitari, ma anche l'identità della donna che lo ha partorito e che, sia pure per un breve periodo, ha rivestito il ruolo di madre. Anche laddove fosse preferita la scelta dell'anonimato, l'irreversibilità del segreto sull'identità della gestante non sarebbe certamente una via percorribile nel nostro sistema, perché precluderebbe la possibilità di instaurare una relazione di fatto, potenzialmente utile sul piano psicologico e sociale, tra il nato e la donna, in netto contrasto con l'art. 2 Cost. La soluzione più idonea a garantire il *favor minoris*, dunque, consiste in una regola di generale trasparenza delle relazioni familiari. In tal senso, la Conferenza di *Hague* sul Diritto internazionale privato afferma come generale imperativo, nell'interesse di tutti i figli, la necessità di conservare in ogni caso le informazioni e i dati riferiti ad ogni partoriente.

Swiobach