

Alfio Guido Grasso

*Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*¹

Abstract: The motivations of the Italian Constitutional Court sentence no. 162\2014, which declared unconstitutional the prohibition of the heterologous fertilization, cast doubts on the legitimacy of the ban of surrogate maternity, if interpreted as an absolute prohibition that forbids any form of surrogate motherhood, including the altruistic surrogacy.

Doubts arise, on the one hand, from the broad interpretation of the right to psychophysical health, that has been referred to by the constitutional judges as a whole to the couple and, on the other hand, from the statement of the right to reproductive freedom as part of the right to self-determination; as fundamental rights their exercise may be limited only if there is a need to protect rights of the same level, such as the safeguard of the dignity and the health of the pregnant woman and the well being of the child.

Keywords: Surrogate motherhood – dignity – interpretation – solidarity – the right to health – the right to reproductive freedom.

1. I diritti della coppia sterile tra fecondazione eterologa e maternità surrogata

In un ordinamento nel quale l'accesso alla procreazione assistita è considerato un diritto fondamentale², è legittimo chiedersi se le regole del codice civile, che disciplinano la costituzione del rapporto di filiazione e regolamentano le azioni di stato, possano ostacolare la coppia che intenda fare valere siffatto diritto o se sia consentito all'interprete integrare il sistema, colmandone le lacune assiologiche.

1 Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo-Piano per la Ricerca 2016/18, Università di Catania.

2 Indici in questo senso si rintracciano sia nella giurisprudenza europea: Corte eur. dir. uomo, *Evans c. Regno Unito*, Grand Chamber, 10.04.2007, n. 6339/05, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238, con nota di B. D'Usseaux; Corte eur. dir. uomo, *Dickson c. Regno Unito*, Grand Chamber, 4.12.2007, n. 44362/04, in *Riv. it. dir. pro. pen.*, 2008, 337; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 1.4.2010, n. 57813\00, S.H. e altri C. Austria, in *Fam. e dir.*, 2010, n. 11, 977, con nota di U. Salanitro; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3.11.2011, S.H. e altri C. Austria, in *Foro it.*, 2012, IV, 209, con nota di E. Nicosia; Corte eur. dir. uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, sez. II, 28.08.2012, n. 54270/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 66, con nota di C. Pardini; sia nella giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 28.01.2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337, con nota di G. Monaco; Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 1062, con nota di G. Ferrando; anche in *Foro it.*, I, 2014, 2325, con nota di G. Casaburi; *Fam. e dir.*, 2014, 753, con nota di V. Carbone; Corte cost., 05.06.2015, n. 96, in *Giur. cost.*, 2015, 789.

Non si intende affrontare un dubbio siffatto in termini soltanto teorici, quanto piuttosto misurandosi con una fattispecie concreta, che non solo si ponga sul crinale della riflessione bioetica, ma presenti anche caratteristiche diverse da quelle che sono state sinora oggetto di regolamentazione. L'ipotesi che si intende avanzare, e che sarà oggetto di verifica in questo scritto, è che nel nostro ordinamento emergano fondate ragioni per ritenere che la coppia che si propone di accedere alla maternità surrogata solidale sia portatrice di interessi che hanno valore costituzionale: ove tale ipotesi fosse considerata sostenibile, nonostante i dubbi legittimamente sollevabili – anche alla luce di alcune recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità³ –, sussisterebbero i presupposti per avviare una specifica analisi volta a verificare quali siano, *de iure condito*, gli spazi che la disciplina ordinaria concede all'attuazione di siffatto interesse che si pretenda sovraordinato.

L'ipotesi va valutata, in particolare, dopo la sentenza 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale⁴, che ha dichiarato l'incostituzionalità della fecondazione eterologa: svariati indici di portata generale consentono di ritenere estensibili le motivazioni della pronuncia anche al di là della fattispecie presa in esame, potendo condurre anche a una rimediazione della costituzionalità e, conseguentemente, della portata del divieto di maternità surrogata, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40⁵.

I Giudici delle leggi hanno messo in luce come il divieto di fecondazione eterologa incidesse sul diritto di autodeterminazione e sul diritto alla salute della coppia: sul primo, poiché la scelta di divenire genitori costituirebbe espressione della libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto

3 Cass. pen., 17.01.2019, n. 2173, in www.italggiure.giustizia.it; Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Famiglia*, 2019, 2019, 345, con nota di M. Bianca; in corso di pubblicazione anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4, con nota di U. Salanitro.

4 Corte cost., n. 162/2014, cit., 1062. In tema già: Corte eur. dir. uomo, sez. I, S.H. e altri C. Austria, cit., 977; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, S.H. e altri C. Austria, cit., 209. Se i giudici europei di prime cure avevano ritenuto discriminatori i divieti di accesso ad alcune tecniche di fecondazione artificiale previsti dalla legislazione austriaca – la quale operava una distinzione ambigua e poco convincente tra tecniche ammesse e non ammesse di tipo eterologo: G. Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 616 –, la Grande Camera ha escluso la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, riconoscendo un ampio margine di discrezionalità agli Stati, i quali, all'epoca del ricorso della coppia austriaca alla Corte di Strasburgo, “erano ancora lontani dal raggiungere un approccio comune a questi problemi”: G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 396.

5 Nonostante sia legittimo il dubbio che possa essere riferita esclusivamente all'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa: U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur., civ., comm.*, 2016, 1362; cfr. anche C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode della sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 8.

concernente la sfera privata e familiare; sul secondo, dal momento che l'art. 32 Cost. avrebbe riguardo non soltanto alla salute fisica ma anche a quella psichica, vulnerata gravemente dall'impossibilità di costituire una famiglia con figli.

Una restrizione di questi diritti, pertanto, non andrebbe ad impingere nella incostituzionalità del divieto, soltanto ove si dimostri funzionale alla tutela di altri interessi di pari livello. In relazione alla fecondazione eterologa la Corte ha individuato, quali limiti al pieno estrinsecarsi dei diritti della coppia, i possibili turbamenti psicologici del nato, per la mancata corrispondenza della genitorialità genetica con quella apparente, e il diritto dello stesso a conoscere le proprie origini; secondo i giudici costituzionali, tuttavia, questi limiti non giustificerebbero un divieto assoluto, in quanto le effettive esigenze di tutela del nato verrebbero comunque garantite dall'applicazione delle norme della legge n. 40\2004 non colpite dalla sanzione dell'incostituzionalità, le quali sono state ritenute applicabili anche alla p.m.a. di tipo eterologo secondo gli ordinari canonici ermeneutici. Anche la questione del diritto all'identità genetica non porrebbe ostacoli, essendo già stata disciplinata con riguardo al diritto dell'adottando a conoscere le proprie origini genetiche dall'art. 28, commi 4 e 5, legge 4 maggio 1983, n. 184, con regola in grado di contemperare, secondo la Corte, l'esercizio di più diritti contrapposti, senza negarne, al contempo, nessuno in concreto⁶.

Effettuato il bilanciamento degli opposti interessi, la Consulta ha ritenuto che il divieto assoluto di fecondazione eterologa violasse i canoni di razionalità e di proporzionalità delle leggi⁷ perché, pur essendo lo scopo della legge n. 40\2004 di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana", non permetterebbe la realizzazione del diritto alla genitorialità proprio a quelle coppie affette da patologie più gravi, che non avrebbero altro modo per superare la loro disabilità⁸.

Il medesimo percorso argomentativo può essere sostenuto in relazione alla maternità surrogata, ove la si ritenesse vietata in modo assoluto. Va, tuttavia, messo in evidenza che, mentre nella fecondazione eterologa l'unico interesse che si contrapponeva al diritto della coppia alla procreazione era rappresentato dalle "esigenze di tutela del nato", nel caso della maternità surrogata, invece, oltre alla pur presente necessità di proteggere il minore, vengono in rilievo anche altri interessi, tra i quali emerge prepotentemente la necessità di tutelare la dignità e la salute della madre surrogata, la cui considerazione potrebbe giustificare un diverso bilanciamento degli interessi in gioco.

6 Corte cost., 22.11.2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 471, con nota di T. Auletta.

7 Sui principi di ragionevolezza e proporzionalità vedi, da ultimo, G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 740.

8 M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaaw journal*, 2014, 2, 23.

2. Il diritto alla salute della coppia infertile

La Corte costituzionale ha considerato la fecondazione eterologa quale strumento volto a salvaguardare il benessere della coppia e, quindi, quale terapia che permette di avere figli a coloro che non potrebbero procreare naturalmente.

La soluzione è stata criticata da chi ha ravvisato che la fecondazione eterologa non può essere considerata una terapia, in quanto non cura la sterilità⁹, e che in ogni caso, già sulla base del testo costituzionale, la coppia, in quanto tale, non potrebbe essere titolare del diritto alla salute, poiché l'art. 32 Cost. "tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo"¹⁰.

Entrambe le critiche possono essere superate.

I giudici costituzionali, nel definire terapie le tecniche di procreazione medicalmente assistita, hanno aderito alla distinzione tra interventi terapeutici riparativi e interventi terapeutici sostitutivi. Solo i primi sono deputati ad arrestare la patologia o a rimuoverla; i secondi sono piuttosto caratterizzati dalla finalità di sostituire o integrare artificialmente la funzione compromessa. Ciononostante, sono considerati anch'essi trattamento medico in quanto, oltre ad essere prescritti da un terapeuta, ed essere effettuati sotto controllo sanitario, sono finalizzati a superare determinati problemi di salute¹¹: all'interno di questa seconda categoria, che comprende la dialisi, le protesi, gli occhiali, è stata ricondotta anche la fecondazione eterologa¹².

9 Cfr. C. Cicero – E. Peluffo, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1316; A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 836; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014, 10; *contra*, G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 401; G. Casaburi, *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, I, 2337; A. Musumeci, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162\2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Riv. AIC*, 2014, 7.

10 C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 80; anche A. Vallini, *op. cit.*, 835; I. Rivera, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaw journal.*, 2014, 2, 52; I.A. Caggiano, *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Pisa, 2017, 44, nota 11; *contra*, G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 400; anche P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Istit. Feder.*, 2015, 1.

11 La Corte costituzionale non sembra perciò tenere conto della peculiarità degli organi riproduttivi su cui intervengono tali tecniche, la cui funzione primaria è quella di creare una nuova vita, che distinguerebbe la procreazione artificiale dalle altre tecniche, quali dialisi, occhiali e protesi, peculiarità messa in evidenza da parte della dottrina: F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e per.*, 2005, I, 175; anche F. Cassone, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2008, 119; V. Possenti, *Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Iustitia*, 2015, 147.

12 Viene così superato l'orientamento che negava la terapeuticità della p.m.a., per il quale si veda: M. Mori, *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, in *La procreazione*

La Corte costituzionale, peraltro, aderisce a una concezione della nozione di salute non limitata alla sfera fisica¹³, ma estesa anche ai profili psicologici e relazionali dell'individuo¹⁴. Nozione di salute che richiama la definizione contenuta nell'atto costitutivo dell'OMS, per il quale la salute rappresenta “a complete physical, mental and social well-being”, “not merely the absence of disease or infirmity”¹⁵, a testimonianza del profondo cambiamento intervenuto, principalmente nel corso del secolo scorso, nell'accezione dei concetti di salute e malattia¹⁶.

In questo quadro, di fronte ad un problema di infertilità o di sterilità, la lesione della salute non riguarderebbe solo il soggetto direttamente interessato, ma anche il suo *partner*: sia perché vi sono determinate ipotesi in cui l'infertilità dipende dall'incompatibilità biologica tra i due componenti della coppia¹⁷, sia perché attiene alle conseguenze psicologiche e relazionali derivanti dall'impossibilità di avere un figlio all'interno della coppia¹⁸.

artificiale fra etica e diritto, a cura di G. Ferrando, Padova, 1989, 274; M. Sesta, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, vol. IV, *Filiazione, Adozione, Alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, 355; anche M. Sbisà, *La riproduzione artificiale fra filiazione sociale e filiazione biologica*, in *La famiglia moltiplicata. Riproduzione umana e tecnologia tra scienza e cultura*, a cura di C. Ventimiglia, Milano, 1988, 144; S. Novaes, *Procreazione e tecnologia medica: incrocio di biologico, sociale ed etico*, Ivi, cit., 247; A. Fiore, *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, 83; F. Cassone, *op. cit.*, 119; G. Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Riv. AIC*, 2012, 8; I. Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, 933.

13 M. Foucault, *Malattia mentale e psicologia* (1962), Milano, 1997, 62.

14 L. Montuschi, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, 1976, Roma, 164; G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, 1071.

15 Critici verso questa definizione: D. Callahan, *The who definition of health*, in *Contemporary issues in Bioethics*, 3 ed., 1989, 80; Id, *What kind of life. The limits of medical progress*, Washington, 1990, 34; M. Mori, *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, Roma, 1995, 31; G. Berlinguer, *Etica della salute*, Milano, II, 1997, 19.

16 Cfr. P. Sgreccia, *La dinamica esistenziale dell'uomo*, Milano, 2008, 26; AA.VV., *Filosofia della medicina*, Milano, 2008, 235; G. Canguilhem, *Il normale e il patologico*, Torino, 1998, 9; L. Nordenfelt, *La natura della salute. L'approccio della teoria dell'azione*, Milano, 2003, 24; J. C. Lennox, *Health as an objective value*, in *The journal of medicine and philosophy*, 1995, 20, 499; A. Bowling: *Measuring health. A review of quality of life measurement scales*, Milton Keynes, UK: Open University Press, 1991, 1; E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007, 165.

17 I casi di infertilità assoluta o di sterilità a volte sono dovuti alla condizione fisica di uno o di entrambi i soggetti (es. tube di Falloppio occluse nella donna o azoospermia nell'uomo) ma, altre volte, la loro causa non è determinabile: PL. Righetti, M. Galluzzi, T. Maggino, A. Baffoni, A. Azzena, *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, 2009, 35. Si parla in questi casi di sterilità di coppia, caratterizzata dal fatto che, seppur singolarmente i due componenti della coppia sono fertili, insieme patiscono una incompatibilità biologico – riproduttiva che impedisce loro di avere un figlio: sottolinea G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio*, cit., 1071, la particolarità dell'infertilità come malattia di cui, in alcuni casi, non si conoscono le cause organiche, al punto che se ne dà una definizione in termini empirici piuttosto che scientifici, attraverso la formula “mancato insorgere della gravidanza dopo un anno di insuccessi procreativi”.

18 A. Trounson – C. Wood, *Extracorporeal fertilization and embryo transfer. Clin Obstet Gynecol*, 1981, 8(3), 681; S.R. Leiblum – E. Kemmann – M.K. Lane, *The psychological con-*

Siffatto quadro argomentativo non collide con il dettato costituzionale, in cui il riferimento alla salute dell'individuo intende distinguere il diritto del singolo dalla funzione di tutela dell'interesse della collettività, ma non è volto a precludere la rilevanza di quegli interessi che si manifestano per gli individui in quanto componenti della coppia.

Non si può negare che la prospettiva aperta dalla Corte costituzionale pone l'interprete di fronte ad interrogativi particolarmente gravi per gli scenari che si aprirebbero una volta accolta una nozione tanto estrema di terapia, al punto che qualunque azione – solo perché condotta sotto prescrizione e controllo medico – che producesse come effetto la rimozione di uno stato di sofferenza psicologica, fonte di disagio o di insoddisfazione, potrebbe essere pretesa da chi faccia valere il diritto alla salute¹⁹.

Ma tali preoccupazioni non possono far venir meno la rilevanza sistematica della sentenza della Corte costituzionale. Una volta che è stata riconosciuta la natura terapeutica della fecondazione eterologa, appare legittimo chiedersi se, di fronte al caso di una coppia impossibilitata ad avere dei figli per colpa di una patologia o di una malformazione della donna²⁰, la surrogazione di maternità possa essere considerata una cura per il disagio psicologico della coppia²¹ e conseguentemente il divieto assoluto di maternità surrogata possa comportare un'indebita interferenza con il diritto alla salute²².

3. Il diritto all'autodeterminazione procreativa

Secondo i giudici costituzionali la decisione di mettere al mondo un figlio, anche quando esercitata mediante la fecondazione eterologa, è incoercibile, costituendo

comitants of in vitro fertilization. J. Psychosomatic Obstetrics Gynecol, 1987, 6, 165; D. Baram – E. Tourtelot – E. Muechler – K. Huang, *Psychosocial adjustment following unsuccessful in vitro fertilization. J psychosom obstet gynecol*, 1988, 9, 181; Pl. Righetti, *I vissuti psicologici nella procreazione medicalmente assistita: interventi e protocolli integrati medico-psicologici*, in *Contraccezione Fertilità Sessualità*, 2001, 163.

19 A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 25; anche F. Cassone, *op. cit.*, 116; A. Vallini, *op. cit.*, 836.

20 Per quanto la prospettiva aperta dalla Corte costituzionale possa condurre anche ad esiti opposti, il punto di vista qui preso in considerazione è lo stesso che ha condotto il legislatore del 2004 ad escludere le coppie omosessuali e i *single* dai destinatari delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e ad ammetterne l'accesso solo alle coppie eterosessuali di cui sia stata accertata e certificata da atto medico la sterilità o l'infertilità, dovuta a patologie le cui cause non sono altrimenti rimovibili (artt. 4 e 5, l. n. 40).

21 Lo negavano: A. Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 510; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 312; M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 21; anche D. Vincenzi Amato, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., 185; F. Cassone, *op. cit.*, 119; G. Rocchi, *op. cit.*, 6; A. Vallini, *op. cit.*, 835.

22 B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 140; M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2014, 642.

espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi: pertanto i limiti al suo esercizio non possono estrinsecarsi in un divieto assoluto, a meno che tale divieto non rappresenti l'unico strumento per tutelare interessi di pari rango costituzionale.

Il diritto all'autodeterminazione, di cui è stata sin qui discussa la natura di diritto costituzionale²³, è un diritto polimorfo, di difficile definizione, formula riassuntiva con la quale si tenta di tradurre, in ambito giuridico, il rilievo esistenziale che assumono scelte e decisioni individuali. Tanto le origini filosofico – politiche (le quali si rinvergono nel liberalismo inglese²⁴), quanto le radici giuridiche (le quali affondano nel diritto alla *privacy*²⁵) sono da ricercare al di fuori dei confini italiani, nel rapporto tra individuo e Stato, in particolare nel “confine dentro al quale non entra il potere della res pubblica”²⁶. Il diritto alla *privacy*, nell'evoluzione giurisprudenziale americana²⁷, tutela una sfera d'intangibilità del singolo dall'influenza dei poteri esterni²⁸, sia pubblici che privati, nella sua dimensione più intima²⁹, all'interno della quale rientra anche la libertà negativa di rifiutare qualunque interferenza nelle decisioni concernenti la sfera della riproduzione³⁰.

Malgrado la sua matrice, il rilievo di tale diritto non giunge a noi direttamente dalla cultura giuridica americana, bensì indirettamente tramite la giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, nel caso *Pretty*, i giudici hanno sottolineato che, nonostante “non sia mai stato precisato in alcun giudizio precedente che l'art. 8 della Convenzione compporti un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, la

23 M. Mazziotti, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Milano, 1993, II, 193; M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, 93; G. Cricenti, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 211; S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Autonomia e Autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di C. Navarini, Roma, 2011, 82; L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Milano, 2012, 11; A. Morrone, *op. cit.*, 4; F. Rescigno, *L'autodeterminazione della persona: il faticoso cammino del diritto positivo*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2018, 13.

24 D. Morandini, *L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico – politico di John Locke*, in *Riv. scienze comun.*, 2012, 89.

25 S.D. Warren e L.D. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard law rev.*, IV, 1890, 193.

26 P. Zatti, *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, vol. II, t. 1, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 125.

27 AA. VV., *The evolution of the right to privacy after Roe v. Wade*, in *American journal of law and medicine*, 1987, 13(2, 3), 365; L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense ed europea*, Napoli, 2014, 109.

28 G. Marini, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, in *Tratt. Biodiritto*, cit., 374.

29 E. Shils, *Privacy: its constitution and vicissitudes*, in *Law and contemporary problems*, 1966, 31, 281.

30 R. Dworkin, *Life's domination*, London, 1993, 148. Esemplificative sono le sentenze: *Skinner v. State of Oklahoma*, ex. rel. *Williamson*, (1942) 316 U.S. 535; *Griswold v. Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479; *Eisenstadt v. Baird*, (1972) 405 U.S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349; *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113; *Casey v. Population Services International*, (1977) 431 U.S. 678; *Davis v. Davis*, (Tenn. 1992) 842 S.W.2d 588, 597, in *Foro it.*, 1991, IV, 205, con nota di M. Moretti; *Goodridge v. Department of Public Health*, (2003) 798 N.E.2d 941; *Lifchez v. Hartigan*, (1990) 735 F. Supp. 1361.

Corte ritiene che la nozione di autonomia personale rifletta un principio importante che è stato sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8³¹. Alla luce di questi presupposti può ragionevolmente sostenersi che il diritto all'autodeterminazione “non rappresenta altro che una formula locale che riprende, e intende ricondurre nel nostro ordinamento, il diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8, così come configurato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo”³². La Corte EDU, che si è occupata varie volte di questioni attinenti alla libertà di fare ricorso alle tecniche di p.m.a., ha sostenuto che “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life”³³. Nella stessa prospettiva i giudici hanno altresì affermato che nell'ambito del diritto alla vita privata e familiare rientri non solo la decisione se divenire genitore, ma anche la scelta delle modalità per mezzo delle quali divenirlo³⁴ e che l'art. 8 CEDU, pur comportando primariamente un obbligo di astensione in capo allo Stato, imponga anche l'obbligazione positiva di adottare tutte quelle misure necessarie a garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁵.

Se, per un verso, si assiste ad una progressiva dilatazione dell'ambito di applicazione del diritto alla vita privata e familiare, per altro verso, emerge la questione rappresentata dai limiti che concretamente incontra il legislatore nazionale nel momento in cui decide di disciplinare l'esercizio dei diritti di riproduzione artificiale³⁶. Al riguardo, se in pochi hanno mostrato riserve sull'esistenza, anche nel nostro ordinamento, di un diritto costituzionale alla procreazione³⁷, quale diritto fondamentale correlato all'esercizio della libertà sessuale³⁸, l'incedere delle

31 Corte eur. dir. uomo, 29.4.2002, ric. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 2003, IV, 57.

32 U. Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita*, cit., 1364.

33 Corte eur. dir. uomo, S.H. e altri c. Austria, cit., 226.

34 Corte eur. dir. uomo, *Evans c. Regno Unito*, cit., 238.

35 Corte eur. dir. uomo, *Dickson c. Regno Unito*, cit., 337.

36 S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista Europea de Derecho Fundamental*, 2013, 235; M. Meli, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14.

37 La dottrina ritrova il fondamento del diritto di procreare nell'art. 2 Cost.: S. Minervini, *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, 2007, 27; ovvero ne ricostruisce il fondamento valorizzando le “potenzialità interpretative delle diverse norme costituzionali” che vengono in considerazione (artt. 3, 13, e 32 Cost.): I. Nicotra, “Vita” e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1997, 113. In senso dubitativo: A. Finocchiaro, *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, in *Guida dir.*, 2000, 81; E. Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Familia*, 2001, 1055.

38 Peraltro, il diritto di procreare sembra trovare un esplicito riferimento nell'art. 1, legge n. 194\1978: M. Sesta, *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1999, 298; anche G. Baldini, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam.*, 1997, 344; M.T. Carbone, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 865; A. Beghè Loretta, *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, II, 1993, 442; *contra*, A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 605; G. Milan, *Aspetti*

tecnologie mediche ha portato con sé dubbi e incertezze, principalmente dovuti al timore che venissero pregiudicati gli interessi del nascituro e compromessa l'unità della vita familiare³⁹.

In particolare, può non risultare per tutti condivisibile che dal diritto di procreare secondo natura possa discendere un diritto alla procreazione artificiale; in questa prospettiva, nonostante una sostanziale omogeneità di scopi, l'introduzione di soggetti estranei alla coppia nel processo generativo distingue già fenomenicamente il diritto di procreazione naturale dal diritto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita⁴⁰; di conseguenza, piuttosto che configurare tale diritto come estensione delle capacità generative dell'individuo, come forma alternativa di riproduzione⁴¹, è preferibile considerare le nuove tecniche al pari di una forma eccezionale e residuale di procreazione ad integrazione di quella naturale, cui fare ricorso nel caso di impossibilità ovvero di inopportunità (rischio di trasmissione di tare ereditarie) di generare naturalmente⁴².

Tuttavia, una volta riconosciuta la meritevolezza degli interessi che spingono alle tecniche, emerge il rischio che, attraverso la valorizzazione e la concretizzazione dell'aspirazione ad avere dei figli, si legittimi qualunque strumento diretto a tal fine⁴³. Al riguardo, è opportuno rilevare che il diritto di procreare non attribuisce ad ogni individuo "il diritto di ricevere, a sua richiesta, qualsiasi servizio di riproduzione assistita desiderati"⁴⁴, nonostante costituisca, anche se esercitato mediante il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale, un diritto fondamentale il cui eser-

giuridici della procreazione assistita, Padova, 1997, 86; E. Del Prato, *op. cit.*, 1055; anche C. Cossu, *La filiazione legittima e naturale. La famiglia*, III, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 13.

39 G.D. Pisapia, *Adulterio artificiale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 243; V. Lojacono, *Inseminazione artificiale* (diritto civile), voce in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 756; S. Piccinini, *Il genitore e lo status di figlio*, Milano, 1999, 196; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 86.

40 G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 310; A. Beghè Loreti, *op. cit.*, 442; M. Calogero, *La procreazione artificiale*, 1989, Milano, 56; L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam.*, 2014, 1006.

41 M. Mori, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, 247; S. Rodota', *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in AA.VV., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, 1989, Firenze, 65; F. Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. soc.*, 1994, 157.

42 F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, 1984, Milano, 118; G. Ascone – L. Rossi Carleo, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione giuridica nel nostro Paese*, Napoli, 1986, 13; T. Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 6; P. Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., 144; G. Furguele, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista*, in *Quadr.*, 1989, 263; G. Baldini, *Diritto di procreazione e fecondazione artificiale*, cit., 355.

43 A. Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana*, cit., 510; più in generale E. Castorina, *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, in *Riv. AIC*, 2015, 30; A. Spadaro, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 569.

44 C. Forder, *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, in *Bioetica*, 1999, 266.

cizio possa essere inibito solo in presenza di specifiche condizioni⁴⁵. In questa prospettiva si profila la questione centrale rappresentata dalle scelte in ordine a quali tecniche permettere e quali vietare, e, parallelamente, a quali soggetti riconoscere la possibilità di farvi ricorso⁴⁶. Tra questi interrogativi si inseriscono le perplessità in merito alla sostenibilità di un diritto ad avere dei figli basato sulla conclusione di accordi che istituiscono una genitorialità di fonte convenzionale⁴⁷.

Se rifiutare qualunque tipo di interferenza esterna nella sfera riproduttiva è cosa diversa dal riconoscere la “pretesa positiva di utilizzare tutti i mezzi tecnologici a disposizione per avere un figlio”⁴⁸, la Corte sembra avere sganciato la procreazione dal requisito della naturalità⁴⁹, senza porsi la differenza tra *libertà* di procreare e *diritto* di procreare⁵⁰. In questo senso, perciò, affermare la rilevanza costituzionale della pretesa di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa per accedere all’esperienza genitoriale implica il riconoscimento anche del diritto di ricorrere alla maternità surrogata: non solo perché la stessa rientra testualmente tra le tecniche di fecondazione artificiale⁵¹, ma anche perché, almeno ogni qual volta un elemento della coppia abbia un rapporto genetico con il nato, appare fondato il dubbio che attraverso essa la coppia continui ad esercitare il proprio diritto di procreare⁵².

45 G. Gandolfi, *Profili civilistici della fecondazione artificiale*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 85; L. Violante, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in *Bioetica*, a cura di Di Meo – Mancina, Roma, 1989, 264.

46 A. Gorassini, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1984, Milano, 957; M. T. Carbone, *op. cit.*, 867; G. Baldini, *Diritto di procreazione e fecondazione artificiale*, cit., 362; da ultimo U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita*, cit., 1360.

47 F.D. Busnelli, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, 1998, Bologna, 117; L. Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, 1993, Padova, 38; M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume*, cit., 211. G. Baldini, *Diritto di procreazione e fecondazione artificiale*, cit., 361.

48 S. Amato, *Autonomia procreativa e diritti riproduttivi*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, a cura di A. Barenghi, Milano, 2011, 156; L. D’Avack, *Cade il divieto all’eterologa*, cit., 1007; C. Tripodina, *Il ‘diritto al figlio’ tramite fecondazione eterologa: la Corte Costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, III, 2014, 2596; C.A.A. Packer, *The right to reproductive choice: a study in international law*, Turku, 1996; L. Reichenbach – M.J. Roseman (eds), *Reproductive health and human rights*, Philadelphia, 2009.

49 E. La Rosa, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Ragiusan*, 2014, 141; A. Vallini, *op. cit.*, 834.

50 Per la differenza tra libertà di procreare e diritto di procreare: G. Ferrando, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., 311; A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, cit., 599 e 605; G. Baldini, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale*, cit., 357.

51 In questo senso: I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, vol. II, t. 2, in *Tratt. Biodiritto*, cit., 1481, nt. 6; L. Lorenzetti, *Maternità surrogata*, voce in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2011, 617; G. Casaburi, *Osservazioni a Corte costituzionale n. 162/2014*, in *Foro it.*, I, 2341; *contra*, S. Niccolai, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 52; C.C.W. Chan, *Infertility, assisted reproduction and rights, best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*, 2006, 20, 377; C. Straehle, *Is there a right to surrogacy?*, in *Journal of applied philosophy*, 2016, 33, 150.

52 Nella dottrina americana, a fronte di chi ritiene il diritto di fare ricorso alla maternità surrogata fondato sul diritto costituzionale alla privacy, nell’ambito del XIV Emendamento: J. Robertson, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, in *Virginia*

4. La rilevanza della dignità della gestante. Prime conclusioni

La Cassazione ha affermato che il divieto di maternità surrogata è stato introdotto a presidio di beni giuridici fondamentali, quali “la dignità umana costituzionalmente tutelata della gestante”⁵³; accenti simili sono stati evocati più recentemente anche dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha sostenuto che la maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”⁵⁴.

Effettivamente, dietro la gestazione per altri, specie nei Paesi più poveri e in quei contesti dove le donne non sono emancipate, si cela spesso una realtà di sfruttamento⁵⁵; ragion per cui il legislatore ha voluto impedire che la donna potesse fare del proprio corpo una fonte di profitto.

Risulta più difficile comprendere se all'interno della *ratio* della norma ricada anche l'ipotesi della maternità surrogata solidaristica, dal momento che la normativa sopranazionale nulla dispone a riguardo⁵⁶ e la formulazione del divieto si presta ad opposte interpretazioni.

law rev., 1983, 69, 405; C. Spivack, *The law of surrogate motherhood in the United States*, in *Am. J. Comp. L.*, 2010, 58, 109; P. Nicolas, *Straddling the Columbia: a constitutional law professor's musings on circumventing Washington State's criminal prohibition on compensated surrogacy*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 89, 1279; altri, invece, tendono ad escluderne il rilievo costituzionale: L. Gostin, *A civil liberties analysis of surrogacy arrangements*, in *Surrogate motherhood*, Indiana University Press, 1990, 3; M. Schultz, *Reproductive technology and intention-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, in *Wisc. L. Rev.*, 1990, 297; S. B. Rae, *Parental rights and the definition of motherhood in surrogate motherhood*, in *S. Cal. Rev. L. & Women's studies*, 1994, 3, 219; R. J. Chin, *Assisted reproductive technology legal issues in procreation*, in *Loy. Consumer L. Rep.*, 1996, 8, 214; S. Ferguson, *Surrogacy contracts in the 1990s: the controversy and debate continues*, in *Duq. L. Rev.* 903, 33, 1995, 922; M. Field, *Compensated surrogacy*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 89, 1178.

53 Cass., 11.11.2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 239, con nota di C. Benanti; anche in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. Renda.

54 Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 10, con nota di G. Casaburi; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540, con nota di A. Gorgoni.

55 G. Corea, *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificia wombs*, New York, 1985, 343; M.G. Radin, *Market Inalienability*, in *Harvard law rev.*, 1987, 1849; J. Ballesteros, *Los valores femeninos en bioética*, in A. Parisi, *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona, 2002, 68; J. Damelio – K. Sorensen, *Enhancing autonomy in paid surrogacy*, in *Bioethics*, 2008, 22, 269; K. Brugger, *International law in the gestational surrogacy debate*, in *Fordham international law journal*, 2012, 666; J.L. Guzmán – Á.A. Miralles, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, in *Quad. Bioèti*, 2012, 2, 259; M. Rizzuti, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw journal*, 2015, 2, 91.

56 La scarna normativa internazionale in materia è unanime nel vietare la surrogazione di maternità commerciale: v. il principio 13 del rapporto sulla procreazione artificiale elaborato in seno al Consiglio d'Europa: ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, 1989. Lo stesso rapporto lascia, invece, liberi gli Stati di riconoscere legislativamente la pratica laddove non vi sia un corrispettivo per la prestazione. In generale, tale divieto è ricavabile dalla disciplina europea e internazionale che vieta il commercio del corpo umano o di sue parti – oltre alla Convenzione di Oviedo e alla Carta

Sul piano testuale non sembra conclusivo il riferimento all'espressione "in qualsiasi forma" contenuta nell'*incipit* dell'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, che pure è stato valorizzato dalle Sezioni unite n. 12193\2019⁵⁷: anche perché è dubbio che con tale locuzione, riferita anche alla commercializzazione di gameti e embrioni, il legislatore non abbia piuttosto inteso evocare le diverse forme di surrogazione, sia la maternità surrogata tradizionale, sia quella gestazionale⁵⁸.

In dottrina, stante la gravità della sanzione penale e la connessione con il tema della commercializzazione di gameti o di embrioni, risultante dalla *sedes materiae* di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40\2004, è stata proposta un'interpretazione restrittiva della disposizione, secondo la quale il divieto colpirebbe soltanto l'ipotesi di accordo a titolo oneroso⁵⁹. In particolare, l'ordinamento non punirebbe "i casi in cui la surrogazione di maternità non sia frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate", in quanto intenderebbe reprimere esclusivamente l'intermediazione commerciale; secondo taluni si tratterebbe di accordi illeciti ma non punibili, né coercibili⁶⁰.

Ma tale linea di pensiero risulta battuta in breccia dalle argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale al fine di dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa: considerare la sterilità una malattia produttiva di disabilità, ritenere le tecniche di p.m.a. strumenti terapeutici, aderire ad un concetto di salute non limi-

dei diritti fondamentali dell'UE, già citate, si pensi anche alla Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che impone agli Stati membri di adoperarsi "per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule" e "che l'approvvigionamento di tessuti e cellule in quanto tali avvenga su base non lucrativa" – oltre che da una serie di atti di soft law – Risoluzione del 2005 in cui il Parlamento europeo ha precisato che la vendita di gameti femminili dovrebbe essere sempre vietata e la Risoluzione del 2011 (Resolution on priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women (2010/2209(INI), 5 aprile 2011, par. 20) mediante la quale chiedeva agli Stati membri di riconoscere "the serious problem of surrogacy which constitutes an exploitation of the female body and her reproductive organs": cfr. L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Biolaw Journal*, 2015, 3, 17.

57 Sez. un. n. 12193/2019, cit. la quale ha accolto i motivi volti al rigetto di una richiesta di trascrivere l'integrazione disposta dal giudice canadese degli atti di nascita di due gemelli col nome del compagno del genitore biologico – domanda inizialmente accolta dalla Corte d'appello di Trento: App. Trento, 23.2.2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 994, con nota di V. Calderai – a proposito di una maternità surrogata gratuita (in Canada, l'Assisted Human Reproduction Act – S.C. 2004, c. 2, Section 6, vieta di retribuire la madre surrogata). Peraltro, va sottolineato che le Sezioni Unite non hanno approfondito la questione, richiamando d'altra parte precedenti – e conseguenti argomentazioni – aventi ad oggetto casi di surrogazione commerciale.

58 Si aggiunga che ove il legislatore avesse voluto fare riferimento alla gratuità o onerosità della surrogazione avrebbe potuto utilizzare l'espressione "a qualsiasi titolo", già presente negli altri commi.

59 F. Consorte, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 233; *contra*, G. Losappio, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 – Norme in materia di procreazione assistita*, in *Comm. breve l. pen. compl. Palazzo-Paliero*, Padova, 2007, II, 2062.

60 S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51.

tato alla sfera fisica, reputare la scelta di ricorrere alla procreazione assistita espressione della determinazione della coppia di avere un figlio e, come tale, stimarla come incoercibile da parte del legislatore, lungi dall'essere asserzioni di carattere meramente descrittivo, rappresentano, al contrario, “una ben precisa soluzione normativa del problema della libertà di utilizzo delle tecnologie riproduttive”⁶¹.

In questo contesto l'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata non avrebbe la mera funzione di escludere la rilevanza penale del comportamento, quanto piuttosto quella di affermare, anche sul piano civilistico, la protezione del diritto della coppia di accedere all'esperienza genitoriale, facendo ricorso alla surrogazione solidale⁶².

5. Interessi in contrasto con la surrogazione solidale: a) la nozione polisemica di dignità

L'ipotesi avanzata alla fine del precedente paragrafo, con la quale si è inteso traslare in questa fattispecie le conclusioni alle quali è pervenuta la Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa, richiede tuttavia un'attenta verifica, perché occorre valutare il bilanciamento dei diritti della coppia intenzionale con una molteplicità di interessi contrapposti: in primo luogo, bisogna fare i conti con la nozione polisemica di dignità.

Per quanto le riflessioni intorno al tema della dignità connotino tutta la storia dell'uomo⁶³, è con Kant che la dignità assume un significato anche profondamente giuridico⁶⁴, che si tradurrà nelle Costituzioni nazionali sorte all'indomani della Se-

61 Cfr. M. Mori, *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, cit., 272; F. Cassone, *op. cit.*, 114.

62 Osserva V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 383, che “interpretare non è soltanto comprendere il significato di una disposizione normativa, bensì individuare la regola del caso concreto. Non mera attività di sussunzione, ma complessa qualificazione nella quale è, sempre, imprescindibile la ragion sufficiente della norma, necessaria la sua giustificazione sulla base di un principio e la ponderazione dell'ultimo con tutti gli altri con i quali, di volta in volta, concorra”.

63 F. Viola, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III, Milano, 2006, 2863; P. Becchi, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, 10; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma, 2009, 7; A. Abingente – F. Scamardella, *Dignità della persona*, Napoli, 2013, *passim*; AA. VV., *The Cambridge handbook of human dignity: interdisciplinary perspectives*, Cambridge University, 2014, *passim*; C.M. Mazzoni, *Dignità*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2016, 157; da ultimo V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 57.

64 La dignità entra nel mondo del giuridico allorquando inizia a venire accoppiata allo status di cittadino: “non può esservi nello Stato nessun uomo che sia privo di dignità, a condizione di non averla perduta per un suo proprio crimine” I. Kant, *La metafisica dei costumi*, 1. I principi metafisici della dottrina del diritto 2.1.49 D (1797) Roma-Bari, 1970, 162. Alla base del ragionamento del filosofo di Königsberg vi è un'idea etica forte per la quale l'uomo ha una sua “dignità innata”, “inalienabile”, essendo portatore (ed espressione) della dignità di tutta l'umanità. Critico verso il concetto kantiano di dignità A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale*, trad. it., Roma, 1993, 168.

conda guerra mondiale nel riconoscimento di uno *status* legale privilegiato. La Costituzione italiana solo in due occasioni fa menzione della parola “dignità”: negli artt. 3 e art. 4, e una volta sola, all’art. 36, richiama l’aggettivo “dignitoso”. Tuttavia, sarebbe erroneo ricavare da questo dato, se comparato con le Carte di altri Paesi, una sostanziale marginalità del concetto⁶⁵. Dai lavori preparatori e dall’intero impianto della Legge emerge, infatti, “la centralità della trama personalistica, entro la quale prendeva corpo una precisa opzione che intendeva affermare i principi di dignità e rispetto della persona umana”⁶⁶.

Se attorno all’alto valore di cui gode la dignità nei nostri sistemi giuridici moderni vi è quasi unanimità di vedute⁶⁷, altrettanto non può dirsi circa la qualificazione da dare al concetto. Si potrebbe schematizzare, osservando che esiste una visione soggettivista e una oggettivista, le quali, a loro volta, coincidono con il frutto della stratificazione di modi diversi di concepire la dignità nella tradizione statunitense e nelle tradizioni europee⁶⁸. Se si volessero delineare, a larghi tratti, le principali caratteristiche di queste concezioni si potrebbe rilevare che, secondo il primo punto di vista, in nome della dignità di un individuo non potrebbero ritenersi legittimi atti di limitazione della sua libertà funzionali ad un superiore interesse; sotto questo aspetto, non esisterebbe un’unica nozione di dignità, ma sarebbero configurabili tante definizioni di dignità quanti sono gli esseri umani. Questa visione è figlia della tradizione americana nel cui modello la nozione di *dignity* si lega, per non dire si sovrappone, alla nozione di *privacy*; prevale l’ottica

65 Merita un riferimento speciale l’art 1, Cost. tedesca: v. F. Berardo, “*La dignità umana è intangibile*”: il dibattito costituente sull’art. 1 del Grundgesetz, in *Quad. cost.*, 2006, 2, 387, che non riconosce la dignità quale diritto fondamentale ma quale norma giuridica oggettiva non sottoponibile, a differenza dei diritti fondamentali, a bilanciamenti o vincoli; testimone di questa differenziazione è anche il linguaggio utilizzato, infatti, se i diritti fondamentali dell’uomo sono *unverletzlichen und unveräußerlichen*, la dignità, invece, è *unantastbar*. Peraltro, i costituenti tedeschi rafforzarono tale disposizione sottraendola alla revisione costituzione (art. 79, comma 3).

66 V. Marzocco, *La dignità umana tra eredità e promesse*, in *Dignità della persona*, cit., 22; A. Ruggeri – A. Spadaro, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 3, 347.

67 Non manca dottrina, soprattutto statunitense, che sostiene che il richiamo alla dignità è pressoché inutile (per non dire dannoso): H. Khuse, *Is there a tension between autonomy and dignity?*, in *bioethics and biolaw*, a cura di P. Kemp, Copenhagen, 2000, 2, 74; J. Aldergrove, *On dignity*, in *Why we are not obsolete yet. Genetics, algeny, and the future*, a cura di J. Aldergrove, Burnaby, 2000, *passim*; R. Macklin, *Dignity is a useless concept (it means no more than respect for persons or their autonomy)*, in *British medical journal*, 2003, 327, 1419; S. Pinker, *The stupidity of dignity: conservative bioethics’ latest, most dangerous play*, in *New republic*, 2008, 1; C. McCrudden, *Human dignity in human rights interpretation*, in *European journal of international law*, 2008, 19, 655; J. Smits, *Human dignity and uniform law: an unhappy relationship*, in *Ticom working paper on comparative and transnational law*, 2008, 2, *passim*; A. Cochrane, *Undignified bioethics*, in *Bioethics*, 2010, 5, 234.

68 B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in *La personne en danger*, Paris, 1999, 504; E.J. Eberle, *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States (issues in comparative public law)*, Taschenbuch, 2011, 963; V.L. Raposo, *O direito à imortalidade*, Coimbra, 2014, 333; V. Scalisi, *L’ermeneutica della dignità*, cit., 31; E. Poddighe, *Comunicazione e “Dignità della donna”*, Roma, 2018, 42.

delle libertà negative, la concezione di un diritto che il cittadino può opporre ai terzi, ma che non gli può essere opposto, l'obbligo di astensione dello Stato, piuttosto che il dovere di intervenire per evitare azioni di terzi potenzialmente lesive della dignità o di rimuovere condizioni naturali che si frappongono al riconoscimento di essa⁶⁹.

La visione europea, invece, si caratterizza per due dati di fondo: da un lato l'indivisibilità delle libertà negative dalle libertà positive e, dall'altro, l'inscindibile legame tra i diritti e i doveri. Sul primo versante, l'approccio può dirsi maggiormente attento alla dimensione oggettiva della dignità nella misura in cui richiama un ruolo promozionale dello Stato, chiamato ad assicurare la realizzazione e la concretizzazione dei valori di cui si alimentano i diritti fondamentali: in questa prospettiva, lo Stato è chiamato a contrastare quelle azioni lesive della dignità (anche se poste in essere dallo stesso titolare del diritto) e a rimuovere quegli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione dell'individuo.

Nell'altro versante, la volontà del soggetto e la sua libertà di autodeterminazione, pur essendo centrale e incoercibile, è soggetta, come ogni altro diritto, a dei limiti⁷⁰. Al vertice della scala dei valori nelle costituzioni europee non vi è il diritto all'autonomia individuale, bensì il principio solidaristico che, in caso di conflitto, ove non fosse possibile comporre diversamente i contrapposti interessi, può financo prevalere sull'autonomia privata⁷¹.

Se la dignità è un attributo della libertà, l'uomo può rivendicare il rispetto della dignità da chiunque ma, allo stesso tempo, può determinare autonomamente cosa sia "degnò" per lui e cosa non lo sia⁷²: la dignità non può essergli opposta quale limite perché è egli stesso a definirne il concetto⁷³. Se, al contrario, riteniamo che la libertà sia un attributo della dignità, allora il ricorso alla dignità dell'uomo può opporsi quale limite al singolo individuo che intenda attentare a tale valore, il cui contenuto è stabilito eteronomamente⁷⁴. La questione intercetta il più ampio tema

69 Cfr. *Casey v. Population Services International*, (1977) 431 U.S. 678; *Lawrence v. Texas*, (2003) 539 U.S. 558. In dottrina v. G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in *European and U.S. constitutionalism*, a cura di G. Nolte, Cambridge, 2005, 85; N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia journal of european law*, 2008, 14, 201. Accenti di questa visione individualistica si ritrovano anche in G. Gemma, *Dignità Umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, 380.

70 G. Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 290; P. Zatti, *Maschere del diritto*, Milano, 2009, 46; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011, 6; J. Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*, I, Coimbra, 2015, 78.

71 F.D. Busnelli, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 583.

72 Per Pico della Mirandola spetta all'uomo e solo all'uomo definire cosa sia la dignità: G. Pico Della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*, Firenze, 1942, 103.

73 X. Bioy, *La dignité: questions de principes*, in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Limoges, 65.

74 Per Kant, *La metafisica dei costumi*, cit., (2. *Principi metafisici della dottrina della virtù* 1.1.11), 275, l'uomo non è libero di attentare alla sua dignità.

della rinunciabilità ai diritti fondamentali⁷⁵, dei quali la dignità, secondo molti, costituirebbe il fondamento, rappresentando la matrice di tutti i diritti dell'uomo⁷⁶.

Si è ritenuto opportuno inquadrare il più ampio tema del conflitto tra atti di esercizio dell'autonomia individuale e una nozione di dignità oggettiva, il cui rispetto si impone anche al titolare dello stesso diritto, perché è da questo angolo visuale che verrà esaminata la questione dell'ammissibilità della maternità surrogata⁷⁷.

Se nel nostro ordinamento, che sposa la concezione europea di dignità, non sarebbe ammissibile introdurre la legalizzazione della maternità surrogata commerciale⁷⁸ – legalizzazione che è stata, invece, considerata coerente con i valori

75 B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine: Quel droit? Quel titulaire?*, in Dalloz, 1996, 285.

76 La dignità non sarebbe suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento: G. Silvestri, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1179, costituendo la bilancia stessa “sui cui si dispongono i beni costituzionali protetti al fine della loro ponderazione” A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo*, cit., 4; anche L. Leonardo, *Il valore della dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, 798; *contra*, M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Bruneli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Napoli, 2009, 1060; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 69.

77 Si inquadrano all'interno di questo conflitto vicende celebri quale quella del nano che si faceva lanciare da un cannone fra il pubblico: cfr. A. Massarenti, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Parma, 2006, 7; E. Ripepe, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 35; G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2009, 21; M. Rosen, *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2012, 70; X. Bioy, *op. cit.*, 83; i casi, affrontanti dalla giurisprudenza tedesca, dei “Peep-Show Fall” e delle “Telefonsex” e i casi francesi SIDA-Benetton e “Loft Story”: cfr. G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 836; M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2007, 74; anche M. Gennusa, *La dignità umana e le sue anime. Spunti ricostruttivi alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 203.

78 Sono ben pochi gli stati che la ammettono: ad es. la Georgia (artt. 143 e 144 della l. “Sulla salute”): cfr. I. Khurtsidze, *Legal regulation of surrogacy in Georgia*, Tbilisi, 167; Israele (Approval of agreements and status of the new born child, law n. 5756\1996): cfr. D. A. Frenkel, *Legal regulation of surrogate motherhood in Israel*, in *Med. & L.*, 2001, 20, 605; l'Ucraina (legge n. 2801-XII of 19/11/1992 – Fundamentals of health legislation of Ukraine, instruction on procedures for assisted reproductive technologies); la Russia (legge *On basics of health protection of citizens of the Russian Federation*, del gennaio del 2012): cfr. K. Svitnev, *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*, in *Reprod biomed online*, 2010, 20, 4. Anche Paesi come l'India: N. Chaudhari, *Regulating assisted reproductive technologies in India*, in *Oxford human rights hub.*, 12 novembre 2015, la Thailandia: A. Stasi, *Protection for children born through assisted reproductive technologies act*, B.E. 2558: *the changing profile of surrogacy in Thailand*, in *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, 11, 1, e il Nepal: R. Abrams, *Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options*, in *New York Times*, 2 maggio 2016, un tempo centri nevralgici del mercato internazionale legato alla surrogazione materna, hanno introdotto una normativa con la quale hanno inteso scoraggiare il turismo procreativo.

della società negli Stati Uniti⁷⁹ – è opportuno verificare se alle stesse conclusioni possa giungersi anche con riguardo all'ipotesi della maternità surrogata altruistica. Alcuni comportamenti umani, infatti, se compiuti con il fine di lucro, si pongono in palese contrasto con il rispetto dovuto alla dignità umana, mentre, se ispirati alla solidarietà, non soltanto possono essere ritenuti privi del carattere dell'indegnità ma, anzi, possono venire riconosciuti come meritevoli e, come tali, protetti: l'esempio paradigmatico è costituito dalla donazione degli organi o del sangue.

Questo stesso tipo di ragionamento si può riproporre per la maternità surrogata, pur mancando una previsione autorizzativa esplicita (ma sul punto torneremo più avanti): a tal proposito si è parlato di logica del dono, di solidarietà che, in questi casi, si sublimerebbe in una sorta di fraternità⁸⁰. Logica del dono che fuoriuscirebbe dalla *ratio legis* del divieto, poiché, stante l'assenza di lucro e la spontaneità del gesto, non si realizzerebbe la mercificazione del corpo della donna e non sarebbe quindi lesa la sua dignità⁸¹. È, altresì, evidente che la presenza di un tale animo disinteressato si ritroverebbe principalmente in quelle persone legate da un vincolo di parentela ovvero di stretta amicizia con la coppia intenzionale; pur non potendosi comunque escludere la possibilità che una donna sia disposta a prestare il proprio grembo anche al di fuori di questi rapporti, sul modello della donazione degli organi tra viventi⁸². Indici in tal senso si ritrovano anche nel vivace dibattito

79 Negli USA in pochi Stati – New York (NY Dom. Rel. Law § 122), Indiana (Ind. Code § 31-20-1-1), Michigan (Surrogate Parenting 199 of 1988, § 722.855, Sec. 5 e 722.859, Sec. 9), Arizona (Arizona Revised Statute § 25-218) – i contratti commerciali di maternità surrogata sono vietati e, se stipulati, sono “unenforceable”. Mentre, in molti altri Stati – tra i quali la California (Cal. Fam. Code §§ 7960-7962), la Florida (FL Stat. § 742.15: Gestational Surrogacy Contract), il Maine (Maine Parentage Act (Title 19-A, § 1932) e molti altri – è invece permesso retribuire la madre surrogata. Un altro cospicuo numero di Stati, infine, non ha regolamentato compiutamente e chiaramente la pratica; sono perciò le Corti, con il loro *case law*, ad ammettere o a vietare di volta in volta i pagamenti che superino l'ammontare del rimborso spese: cfr. A. Finkelstein – S. Mac Dougall – A. Kintominas – A. Olsen, *Surrogacy law and policy in the U.S.: a national conversation informed by global lawmaking*, in *Columbia law school sexuality & gender law clinic*, 2016, 9.

80 J. M. Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, Città del Messico, 2009, 15.

81 A. Ruggeri – C. Salazar, “Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio”: *Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, 2017, 143; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1100; B. De Filippis, *Maternità surrogata o assistita, utero in affitto*, in *Trat. di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, Napoli, 2017, 369; A. Sassi – S. Stefanelli, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, in www.articolo29.it, 2018, 3; *contra*, S. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, 89. Apertura in tal senso sono state espresse anche da App. Milano, ord. 25\07\2016, n. 273 (pres. rel. La Monica), in *Foro it.*, 2016, I, c. 3258, con nota di G. Casaburi.

82 Il richiamo alle norme in tema di trapianti non comporta, tuttavia, l'applicazione in via diretta o analogica delle stesse, in quanto legate a specifiche *rationes* che non ricorrono nella maternità surrogata: la regola che subordina la donazione da parte degli estranei all'eventualità in cui il paziente non abbia stretti consanguinei – ovvero nessuno di essi sia idoneo o disponibile – si comprende alla luce dell'esigenza di ridurre il più possibile il rischio di rigetto dell'organo (art. 1, legge 26.06.1967, n. 458, sul trapianto del rene, richiamato dalla legge 16.12.1999, n. 483,

to sorto in seno alla dottrina precedente l'introduzione della legge n. 40/2004: a fronte di un indirizzo interpretativo secondo il quale la lesione della dignità non derivava dall'onerosità dell'accordo – al più costituendo quest'ultima un'ulteriore ragione di contrasto – ma risiedeva nella possibilità in sé per la donna di disporre delle proprie funzioni generative⁸³, l'orientamento prevalente considerava come incommerciabili, ma non anche come indisponibili, le funzioni generative⁸⁴.

6. (Segue) b) La salute della gestante

Il divieto di maternità surrogata potrebbe essere considerato esteso anche alla forma solidale, in conformità alla Costituzione, soltanto se la pratica si dovesse dimostrare lesiva della salute della gestante, protetta ai sensi dell'art. 32 Cost.

Occorre, in primo luogo, evidenziare che l'atto di disposizione del corpo della madre surrogata appare estraneo all'ambito di operatività dell'art. 5 c.c.⁸⁵, in quanto la gestazione per altri, se eseguita nel rispetto delle condizioni di salute della gestante e sotto controllo medico, non comporta la diminuzione permanente dell'integrità fisica⁸⁶.

sul trapianto parziale di fegato e dalla legge 19.09.2012, n. 167 sul trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino). Mentre, qualora la gestante fosse parente di uno dei componenti della coppia, si imporrebbe piuttosto la necessità di salvaguardare il patrimonio genetico da relazioni di consanguineità, proibendo la maternità surrogata con seme della gestante: B. Oxman, *op. cit.*, 394; A. Goodwin, *Determination of Legal Parentage In Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surrogacy Agreements*, in *Fam. L. Q.*, 1992, 26, 275.

83 F.D. Busnelli, *Quali regole per la procreazione assistita?*, cit., 570; M.T. Carbone, *op. cit.*, 877; D. Clerici, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 105; A. Finocchiaro, *op. cit.*, 82; M. Moretti, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. Bonilini – Cattaneo*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Torino, 2007, 251.

84 S. Rodota', *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 194; P. Zatti, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, 838; G. Criscuoli, *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1034; G. Baldini, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1998, 775; M. Dogliotti – G. Cassano, nota a Trib. Roma, 17.2.2000, in *Fam. e dir.*, 2000, specie 159 e 172; M. Mantovani, *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 262.

85 M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 34.

86 A. Trabucchi, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 1962, 739; R. Lanzillo, *Fecondazione artificiale, "locazione di utero", diritti dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, 639; G. Alpa, *L'inseminazione artificiale*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1985, 343; T. Auletta, *Fecondazione artificiale*, cit., 38; D. Clerici, *op. cit.*, 1016; R. Romboli, *Persone fisiche*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 5, Bologna – Roma, 1988, 282; R. Bitetti, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 179; M. Dell'Utri, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, 358; A. La Torre, *Ego e alter nel diritto della persona*, Milano, 2011, 199; contra, M. Comporti, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986, 179; S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51.

In concreto, perché si possa parlare di lesione del diritto alla salute, bisognerebbe dimostrare che la tecnica aumenti il pericolo per la salute della donna in modo particolare: la maternità surrogata, tuttavia, non presenta rischi diversi dalla fecondazione eterologa per quanto attiene le procedure artificiali e il successivo impianto dell'embrione – ritenuti dalla Corte costituzionale non eccedenti “la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica⁸⁷” –, né sottopone la partorienta a pericoli maggiori di quelli che potrebbe incontrare ciascuna donna durante la gravidanza e il parto⁸⁸.

A fronte dell'unicità del rapporto che si stabilisce nei mesi di gravidanza tra la gestante e il nascituro⁸⁹, potrebbe, semmai, ipotizzarsi un aumento specifico

87 Corte Cost., 10.6.2014, n. 162, cit., 757.

88 Cfr. AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human reproduction update*, 2016, 263.

89 L. Muraro, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, 45. Si tratta di un legame anche profondamente fisico, “perché il corpo della madre influenza l'embrione e il feto attraverso scambi materiali”: D. Danna, *Maternità. Surrogata?*, Trieste, 2017, 82, come hanno confermato gli studi di epigenetica condotti negli ultimi decenni, i quali hanno dimostrato gli effetti sul patrimonio genetico del nascituro originati dai fattori ambientali e – con riferimento alla gravidanza – dal legame che si instaura nel periodo prenatale tra la madre e il nascituro: E. Di Mauro, *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Trieste, 2017, *passim*, assicurato dalla placenta, che è “an organ built of cells from both the woman carrying the pregnancy and the fetus, which serves as a conduit for the exchange of nutrients, gasses and wastes. Cells may additionally migrate through the placenta, and may have a broad range of impacts, from tissue repair and cancer prevention to sparking immune disorders”: S. Allan, *Commercial surrogate and child: ethical issues, regulatory approaches, and suggestions for change* (Working paper) (May 30, 2014), 4. È scientificamente provato che il sistema endocrino materno determina le componenti fisiologiche del corpo fetale, la sua futura capacità mentale, la suscettibilità alle malattie, la struttura neurologica, oltreché una serie di complesse funzioni anatomiche. L'ambiente ormonale uterino scatena infatti lo sviluppo di attività genetiche del feto che, altrimenti, in presenza di un altro sistema endocrino, non sarebbero provocate; ogni neonato è unico per struttura e funzione organica in base alla cascata ormonale che ha sperimentato durante la gravidanza: B. Oxman, *Maternal-Fetal Relationship and Non-Genetic Surrogates*, in *Jurimetrics*, 1993, 33, 389. Studi recenti hanno, inoltre, provato che “the pregnant woman breathes and feeds and her heart beats the child may grow, and is significantly affected (positively or negatively) by the biological environment in which it exists”: S. Allan, *op. cit.*, 3. Nonostante l'epigenetica possa indurci a ritenere la gravidanza decisiva anche sul piano della stessa genetica, “un'affermazione del genere continua però ad apparire difficile da conciliare con la biologia”: M. Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 170, in quanto “la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità affettiva e rapporto temporale o l'immaginifica visione del seme lontano fatto crescere e sviluppare nel proprio orto, è sovvertita dalla logica del buon senso secondo cui l'ovulo fecondato di una donna negra, pur con la gestazione di una donna bianca, non può far diventare bianco il nato, né la maggior durata della gravidanza può garantire che la donna bianca sia madre migliore della negra; logica che esce rafforzata se si pone mente a ciò che la tecnica annuncia come fattibile in un prossimo futuro: un embrione umano nato per ectogenesi o per gravidanza da un primate, pur ammettendo che si leghi affettivamente alla macchina o alla scimmia, dovrebbe avere per ciò solo queste come madri? Non può forse l'altrui gravidanza con ovulo proprio essere vissuta emotivamente dalla madre genetica in modo più intenso che dalla madre uterina? O forse il padre, per la mancanza della gravidanza, ha necessariamente una mi-

del pericolo per l'integrità psichica dovuto al successivo distacco dal neonato⁹⁰: è emersa, infatti, una percentuale significativa, seppure minoritaria, di madri surrogate le quali, anche a distanza di anni dalla "consegna" del nato alla coppia intenzionale, hanno mostrato un elevato livello di *stress* emotivo⁹¹. Tuttavia, se da un lato gli studi condotti sullo stato di benessere delle madri surrogate hanno avuto principalmente ad oggetto casi di gestazione per altri commerciale⁹², dall'altro lato dagli stessi è emerso come le gestanti soffrano meno la separazione se riescono ad instaurare e mantenere un legame affettivo importante con la coppia di genitori intenzionali⁹³ e, in particolare, con la madre sociale⁹⁴. Di conseguenza, il carattere solidaristico dell'accordo riduce il rischio di eventuali problemi psicologici, dal momento che risulta coerente con la prassi che in questa specifica fattispecie la gestante, i genitori intenzionali e il minore continueranno a relazionarsi fra di loro nel corso del tempo⁹⁵. Né sono state riscontrate evidenze empiriche che dimostri-

nore intensità affettiva verso il nato?": A. Gorassini, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1251, nota 50.

90 R. Bitetti, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1994, I, 179. Interpretando alla luce dell'art. 32 Cost. l'art. 5 c.c., si ritiene che in tale norma debba essere ricompreso anche il divieto di atti di disposizione che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità psichica: P. Perlingieri, *La personalità umana dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 311.

91 H. Baslington, *The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, in *Journal of health psychology*, 2002, 64; E. Blyth, "I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something with my life': Interviews with surrogate mothers in Britain", in *Journal of reproductive and infant psychology*, 1994, 12, 189; H. Ragone, *Surrogate motherhood: conception in the heart*, Boulder, CO: Westview Press, 1994, 189; O. Van Den Akker, *The complete guide to infertility: diagnosis, treatment, options*, UK: Free association books, 2002, *passim*.

92 H. Baslington, *op. cit.*, 57; J. Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, in *Hum. Reprod.*, 2003, 18, 2196; C.G. Kleinpeter – M.A. Hohman, *Surrogate motherhood: personality traits and satisfaction with service providers*, in *Psychological reports*, 2000, 87, 957; O. Van Den Akker, *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, in *Journal of reproductive and infant psychology*, 2003, 21, 145; A. Braverman – S. Corson, *Characteristics of participants in a gestational carrier program*, in *J. Assist. Reprod. Genet.*, 1992, 9, 353; H. Hanafin, *Surrogate parenting: reassessing human bonding. Paper presented at the american psychological association convention*, New York, 1987, *passim*.

93 A.M. Fischer, *The journey of gestational surrogacy: religion, spirituality and assisted reproductive technologies*, in *Int. J. Child Spiritual*, 2013, 1; M. Hohman – C. B. Hagan, *Satisfaction with surrogate mothering: a relational model*, in *Journal of human behavior in the social environment*, 2001, 4, 61; J. C. Ciccarelli – L. J. Beckman, *Navigating rough waters. An overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of social issues*, 2005, 61, 32.

94 F. MacCallum – E. Lycett – E. Murray – V. Jadva – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of commissioning couple*, cit., 1334; E. Teman, *Birthing a mother: the surrogate body and the pregnancy self*, Berkeley: University of California Press, *passim*; Van Den Akker, *Psychosocial aspects of surrogate motherhood*, in *Human reproductive update*, 2007, 13, 57.

95 E. Blyth, "I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something with my life': Interviews with surrogate mothers in Britain", in *Journal of reproductive and infant psychology*, 1994, 12, 189; H. Ragone, *Surrogate motherhood: conception in the heart*, cit., 189; O. Van Den Akker, *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, cit., 145. I problemi psicologici hanno comunque riguardato una percentuale minoritaria di gestanti: J.

no che la maternità surrogata tradizionale – con i geni della gestante – comporti maggiori problemi psicologici rispetto alla forma solo gestazionale⁹⁶; dalle ricerche emerge che il tipo di surrogazione materna non influisce sulla salute psicologica della donna e sul suo grado di benessere⁹⁷.

Si potrebbe, tuttavia, sostenere che il divieto di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, non consenta ad una donna di accettare la possibilità di mettere a repentaglio la propria incolumità fisica e psichica per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui⁹⁸; in altri termini, si riterrebbe congrua con l'interpretazione estensiva del divieto l'illiceità dell'assunzione di un rischio derivante da un'attività (in questo caso, la gravidanza e il parto), che sebbene permessa in generale, essendo espressione del valore fondamentale alla prosecuzione della specie, sarebbe vietata quando esercitata nell'interesse altrui.

Siffatta obiezione, tuttavia, implicherebbe che si attribuisca alla norma speciale una portata più rigorosa di quella che si riconosce alla *ratio* dell'art. 5 c.c., che, come già anticipato, è correntemente riferita soltanto agli atti che cagionino una lesione permanente dell'integrità fisica, ma non è estesa a quelli che comportino la

Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, in *Hum. Reprod.*, 2003, 18, 2196; C.G. Kleinpeter – M.A. Hohman, *op. cit.*, 957; A. Braverman – S. Corson, *op. cit.*, 353; e tendenzialmente hanno dimostrato essere di natura temporanea: H. Baslington, *op. cit.*, 64.

96 G. Bernstein, *Unintended consequences: prohibitions on gamete donor anonymity and the fragile practice of surrogacy*, in *Indiana Health Law Rev.*, 2013, 10, 291; P. Trowse, *Surrogacy: is it harder to relinquish genes?*, in *J. Law Med.*, 2011, 18, 614.

97 J. Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, cit., 291; C. Ciccarelli, *The surrogate mothers: A post birth follow-up study*, Los Angeles, 1997, *passim*.

98 Secondo una prospettiva correntemente definita “essenzialista” la gestazione per altri dovrebbe essere vietata anche ove non si riscontrassero conseguenze negative sul piano della salute psicologica della madre surrogata, indipendentemente dall'intento e dalla percezione soggettiva della gestante, in quanto si tratterebbe di funzioni vitali in grado di innescare processi biologici che fuoriuscirebbero dalla sua sfera di razionale dominio: C. Overall, *Ethics and human reproduction: A feminist analysis*, Winchester, MA: Allen and Unwin, 1987, 127; H. Lindemann Nelson – J. Lindemann Nelson *Cutting Motherhood in Two: Some Suspicions Concerning Surrogacy*, in *Hypatia*, 1989, vol. 4, n. 3, 88. Tuttavia, tale prospettiva, tesa ad ancorare la condizione della donna “alla sola dimensione della gravidanza, come se potesse definirla interamente ed esaustivamente”: B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 207, non trova riscontro nel nostro ordinamento: se fosse vero quanto ha sostenuto la filosofa francese Agacinski che “la donna non è padrona del suo corpo. La donna è il corpo” (*Intervista consultabile al sito www.tempi.it*, 1.3.2014), non si spiegherebbe la liceità né dell'interruzione volontaria di gravidanza né del diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, d.p.r. n. 396/2000). Norme che sembrano presupporre che “la maternità non può essere ridotta ad accadimento biologico; l'accettazione dell'evento, rimessa alla libertà femminile, ne conferma invece i rilevanti profili simbolici e culturali; conferma che tutti i genitori sono genitori adottivi, perché devono riconoscere con un gesto simbolico il figlio e assumersi la responsabilità del suo essere nel mondo. In altri termini, la generazione biologica non è evento sufficiente a fondare la genitorialità”: G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 83

sola possibilità di tali lesioni⁹⁹. Anche nella fattispecie della donazione di organi tra vivi il sacrificio dell'integrità del donante risulta giustificato dalla finalità di salvaguardare la salute altrui, come nella maternità surrogata¹⁰⁰, ma mentre nel primo caso la lesione è certa, nel secondo caso vi è solo un rischio eventuale, in quanto la gestazione per altri non implica alcuna menomazione permanente, e si configura proporzionata al benessere psicofisico che procura ai genitori intenzionali¹⁰¹.

È in forza di questa differenza che si potrebbe spiegare, al contempo, perché nel caso di donazione di organi sia richiesta una previsione di legge che deroghi espressamente ai principi dell'art. 5 c.c., mentre in questo scritto si stia formulando l'ipotesi che nella fattispecie della maternità surrogata solidale la tecnica possa essere ammessa anche in assenza di una specifica disposizione autorizzativa, diversa da quella che consente in generale la procreazione medicalmente assistita.

7. (Segue) c) La condizione dell'infante

Anche ove si superino, traendo argomento dalle logiche solidaristiche della donazione di organi, i dubbi incentrati sulla tutela della dignità e della salute della gestante, occorre ancora sottoporre ad altre valutazioni l'idea che si possa affermare la liceità della pratica, "coinvolgendo la maternità surrogata un soggetto terzo ed

99 In questo senso: M. Montanaro, *La liceità dello sport del pugilato*, in *Riv. dir. sport.*, 1963, 307; M.C. Cherubini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli – U. Breccia, Milano, 1978, 96; A. La Torre, *op. cit.*, 199; D. Carusi, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998, 6; M. Dogliotti, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 251; G. Ferrando, *Il principio di gratuità. Biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 766; S. Rossi, *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., VII, Torino, 2012, 227; G. Agri-foglio, *Pugilato e sport da combattimento. Divieto di disporre del proprio corpo o libertà di scegliere il proprio modo di vivere?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 770; *contra*, P. Di Stefano, *Note in tema di pugilato*, in *Riv. dir. sport.*, 1963, 323; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, IV, Milano, 1982, 134; P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 262; R. Romboli, *op. cit.*, 332; C.M. D'Arrigo, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 190.

100 L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, I, 720; A. Vestò, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, 97.

101 Proporzionazione che non sembra venire meno malgrado il raffronto avvenga tra il danno alla salute psichica della coppia committente e il rischio di pregiudicare la salute fisica della gestante: sia perché è controvertibile che i danni alla salute fisica siano in linea teorica più gravi di quelli alla salute psichica, sia soprattutto perché il paragone avviene tra una condizione di danno – il superamento di una carenza, sovente dovuta ad un processo patologico determinato dalla condizione fisica di uno o di entrambi i soggetti, al punto che si discute se rientri o meno nella categoria della disabilità: S. Holm, *Infertility, Childlessness and the Need for Treatment*, in *Creating the child the ethics law and practice of assisted procreation*, a cura di D. Evans, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 69; M. G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto*, Torino, 2016, 4 – e una condizione di rischio.

esterno al rapporto esperienziale, il nascituro, che verrebbe strumentalizzato per soddisfare il desiderio di genitorialità del genitore committente”¹⁰².

L'interesse del “figlio” potrebbe in astratto essere fatto valere sia quale ostacolo al progetto di maternità surrogata prima della fecondazione e/o della nascita del minore, sia quale impedimento all'efficacia dell'accordo di surrogazione nel momento in cui sia nato: da qui il problema della rilevanza giuridica della costituzione del rapporto filiale con la coppia committente.

Con riferimento al primo profilo, va sin da subito sottolineato che gli argomenti che fanno leva sulla salvaguardia dei diritti del nascituro, per affermare la legittimità costituzionale del divieto di accesso della coppia committente alla maternità surrogata solidale, trovano gravi limiti, sul piano logico e assiologico, nel rilievo che trattasi di diritti la cui tutela porterebbe alla paradossale conseguenza di impedire la venuta ad esistenza del loro preteso titolare¹⁰³. Non si intende chiudere qui il discorso, perché si è consapevoli che la dottrina utilizza il tema dell'interesse del figlio in senso figurato, anche per restare all'interno di un modello argomentativo in cui si nega che i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione possano essere implicitamente limitati se non da altri diritti o interessi costituzionali¹⁰⁴. Dietro l'idea dell'interesse del figlio, vi è in effetti l'esigenza dommatica di soggettivizzare l'interesse che giustifica e rende meritevole di tutela la scelta ordinamentale di riconoscere alla coppia committente l'accesso alla tecnica. Interesse che si declina nella possibilità che il minore cresca in un ambiente almeno potenzialmente adeguato alle sue esigenze di vita¹⁰⁵: ma se di questo si tratta, allora occorre chiedersi se questa possibilità non dovrebbe già essere garantita, ove gli stessi siano ritenuti costituzionalmente legittimi, dall'applicazione anche a questa fattispecie dei “limiti” di cui all'art. 5, legge n. 40\2004¹⁰⁶.

102 C. Chini, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaaw journal*, 2016, 1, 185; E. Giacobbe, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 593.

103 Cfr. J. M. Camacho, *op. cit.*, 15; V.L. Raposo, *Quando a cegonha chega por contrato*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2012, 88, 27.

104 Più in generale, nel campo della fecondazione assistita l'esigenza di tener conto dell'interesse del nascituro, quando riferito ad un soggetto non ancora concepito, non potrebbe risultare prevalente rispetto ai diritti degli aspiranti genitori: cfr. F. Prospero, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 130, in quanto “non è agevole individuare e soprattutto dare concretezza all'interesse di un figlio soltanto “progettato”, che potrà non vedere la luce se ogni fase del lungo e complicato iter riproduttivo non dovesse dare l'esito sperato”: M. Mantovani, *op. cit.*, 249; già G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 183 e 331.

105 Cfr. C. Castronovo, *op. cit.*, 77, nota 148.

106 Anche se va segnalato che proprio dalla sentenza n. 162\2014 della Corte costituzionale è stato tratto argomento per sollevare dubbi sulla legittimità dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 l. n. 40\2004: cfr. U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, cit., 1360. Disposizione, quest'ultima, in relazione alla quale è stata recentemente sollevata questione di costituzionalità nella parte in cui vieta l'accesso alle coppie dello stesso sesso: Trib. Pordenone, 04.07.2018, in *www.articolo29.it*.

Con riferimento al secondo profilo, il divieto alla maternità surrogata solidale potrebbe trovare giustificazione nella volontà di evitare che il soggetto, una volta nato, sia considerato alla stregua di un oggetto da trasferire, per cui ne verrebbe lesa la dignità di essere umano¹⁰⁷. Ove intesa quale limite all'accesso alla tecnica, si avrebbe ancora una volta l'effetto paradossale di negare la vita a un soggetto del quale si intende salvare la dignità. Ma anche se fosse posto quale ostacolo al rapporto con la coppia committente, il discorso non sarebbe sino in fondo convincente, come ha messo in evidenza chi ha sostenuto che “the fact that this might occur within the context of surrogacy does not detract from that life having come into being and therefore being accorded dignity through its very existence as a human”¹⁰⁸.

In questa prospettiva, peraltro, il rischio di mercificazione del nato è escluso dalla natura solidale dell'accordo e l'inserimento di quest'ultimo nella famiglia committente potrebbe risultare la soluzione più confacente all'interesse del minore, dal momento che la madre surrogata non ha mai inteso svolgere funzioni materne nei suoi confronti¹⁰⁹. Piuttosto, è stato sottolineato che il distacco del nato dalla gestante potrebbe essere fonte di gravi disagi psicofisici per il bambino, dal momento che è molto importante che la madre surrogata continui a mantenere un rapporto con il minore durante la crescita, soprattutto nei periodi immediatamente

107 E.S. Anderson, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, in *Health care analysis*, 2000, 8, 19; P. Otero, *A dimensão ética da maternidade de substituição*, in *Direito e política*, 2012, 1, 87; S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 50; C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. Niccolai – E. Olivito, Napoli, 2017, 137; M. Aramini, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2015, 266; E. Montero, *op. cit.*, 230; anche C. Chini, *op. cit.*, 186; D. Rosani, *The Best Interests of the Parents. La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Biolaw journal*, 2017, 1, 127.

108 K. Galloway, *Theoretical approaches to human dignity, human rights and surrogacy*, in *Surrogacy, law and human rights*, a cura di P. Gerber e K. O'Byrne, Abingdon, 2015, 25; J. Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*, II, cit., 120.

109 È appena il caso di precisare che la solidarietà rende ammissibile la maternità surrogata a condizione che il concepimento avvenga grazie alla fecondazione assistita, mediante l'utilizzo delle tecniche procreative consentite dalla legge, all'esito di un accordo, intervenuto precedentemente la fecondazione dell'ovulo e l'impianto dell'embrione nell'utero nella madre surrogata, che coinvolga un centro di riproduzione assistita autorizzato: troverebbero applicazione gli stessi limiti e le stesse procedure che già sovrintendono il complesso normativo di cui alla legge n. 40/2004 e che consentono di spiegare perché la fecondazione eterologa produce effetti, sul piano dello *status* filiale, che non sono ammessi quale risultato di un rapporto sessuale con un soggetto terzo. *A fortiori*, si pongono pertanto al di fuori dell'ipotesi qui considerata sia la fattispecie, di biblica memoria, nell'ambito della quale una donna si presta a rimanere incinta del *partner* della coppia intenzionale attraverso i metodi naturali, sia la fattispecie secondo la quale un minore viene ceduto all'indomani del parto dalla madre ad una coppia di aspiranti genitori: il carattere solidale dell'accordo non escluderebbe l'applicazione, nel primo caso, delle ordinarie regole codicistiche che governano l'accertamento della filiazione derivante da procreazione naturale e, nel secondo caso, della disciplina (anche penale) di cui alla legge adoz. (v. oltre).

successivi al parto¹¹⁰. Ma tale rilievo non è dirimente nella maternità surrogata solidale, in quanto il rapporto che nella prassi lega la gestante ai genitori intenzionali sembra idoneo ad assicurare la continuità affettiva e, di conseguenza, ad escludere possibili problemi psicofisici del nato specificamente derivanti dalla separazione con la gestante¹¹¹: occorre chiedersi se tali relazioni siano tutelate secondo le tecniche tipiche del diritto di famiglia, che potrebbe estendere anche alla fattispecie *de quo* – ove la madre gestante sia una parente – la disciplina prevista in caso di interruzione ingiustificata del rapporto in contrasto con l'interesse del minore, ai sensi dell'art. 337 ter c.c., per effetto del quale il giudice¹¹², a tutela del diritto del figlio a “conservare rapporti significativi” con persone diverse dai genitori (comunque legate al minore da un vincolo parentale), “adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”¹¹³; mentre

110 M. Johansson Agnafors, *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, in *Medicine, health care and philosophy*, 2014, (17), 3, 357; M. Tieu, *Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers*, in *J Med Ethics*, 35, 2009, 172.

111 V. Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins*, in *Hum. Reprod*, 2012, (10), 27, 3008; v. anche S. Imrie – V. Jadva, *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproductive biomedicine online*, 2014, 29, 430. Non vi sono, tuttavia, certezze scientifiche a riguardo: da una ricerca condotta su un campione di minori inglesi di 7 anni, nati da maternità surrogata, è stato, infatti, riscontrato un più alto livello di problemi di adattamento – comunque temporanei, i cui sintomi, infatti, sono scomparsi dopo tre anni – rispetto ai loro coetanei concepiti attraverso l'inseminazione eterologa, inducendo negli scienziati la conclusione che l'assenza di una connessione gestazionale risulti maggiormente problematica rispetto alla mancanza del legame esclusivamente genetico. È stato ipotizzato che questo più alto livello di *stress* potrebbe dipendere, tra l'altro, dalla circostanza che la madre surrogata – la cui presenza potrebbe a volte minare la stabilità della loro relazione familiare, specialmente nel caso in cui sia anche la madre genetica – rimanga spesso in contatto con i genitori intenzionali: AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human reproduction update*, 2016, 273. È importante sottolineare al contempo, però, che le problematiche d'adattamento riscontrate non sono di per sé indicative di un disordine psicologico e che i nati da maternità surrogata risultano generalmente stabili ed equilibrati: S. Golombok – L. Blake – P. Casey – G. Roman – V. Jadva, *Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment*, in *Journal of child psychology and psychiatry*, 2013, (6), 54, 653; S. Golombok – F. MacCallum – C. Murray – E. Lycett – V. Jadva, *Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2*, in *Journal of child psychology and psychiatry*, 2006, 47, 220; AA. VV., *Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies*, in *Int. J. Behav. Dev.*, 2009, 33, 385; S. Golombok – E. Ilioi – L. Blake – G. Roman – V. Jadva, *A longitudinal study of families formed through reproductive donation: parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14*, in *Developmental psychology*, 2017, 53, 10, 1966.

112 Su ricorso del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 336 c.c., anche su sollecitazione della madre gestante.

113 Tra i possibili contenuti che questi provvedimenti possono avere è immaginabile che “venga sancito il diritto della gestante a mantenere il diritto di visita e di contatto con il minore”: M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 2017, 1, 14, riprendendo quanto già sostenuto in seno alla dottrina

– ove la gestante non sia in rapporto di parentela con la coppia committente – la tutela potrebbe essere fondata riconducendo l'interruzione, quale comportamento “comunque pregiudizievole al figlio”, alla disciplina dell'art. 333 c.c., che consente al giudice di adottare “i provvedimenti convenienti” nel caso concreto¹¹⁴.

8. (Segue) d) La rilevanza del collegamento genetico

Ammettere il ricorso alla maternità surrogata anche nei casi in cui non sussista alcun collegamento genetico dei componenti della coppia con il nato potrebbe non solo porre dubbi sulla sussistenza di un diritto costituzionale alla procreazione, ma anche sollevare problemi di coordinamento con la disciplina sull'adozione e l'affidamento, determinando altresì una possibile violazione della normativa penale contenuta nella legge n. 184\1983.

Una delle più importanti differenze tra la disciplina sull'adozione e la normativa sulla procreazione assistita è rappresentata dalla mancanza di controlli in concreto sull'idoneità degli aspiranti genitori mediante procreazione assistita, a fronte della necessaria valutazione giudiziale dei requisiti di capacità di coloro che intendano adottare un bambino. Questa difformità nell'esame dei requisiti di legittimazione si fonda sull'assunto che nell'adozione si è di fronte a un minore ormai nato cui occorre assegnare una famiglia idonea, mentre nella procreazione artificiale, al pari di quella naturale, il minore è soltanto oggetto di progettazione¹¹⁵. Ma l'assimilazione della procreazione artificiale a quella naturale impone di considerare la rilevanza del collegamento genetico e/o biologico – anche alla luce del reato di affidamento a terzi di un minore di cui all'art. 71, legge n. 184\1983 –, in mancanza del quale l'esigenza del controllo dell'idoneità genitoriale potrebbe riemergere¹¹⁶. In particolare, in questo contesto, il problema si pone dal momento che, a differenza della punibilità dell'affidatario, per la quale è richiesta la consegna o la promessa di danaro o altra utilità (art. 71, comma 5, legge n. 184\1983), per la punibilità

americana da P. Laufer-Ukeles, *Mothering for money: regulating commercial intimacy, surrogacy, adoption*, in *Indiana law journal*, 2013, 8, 4, 1254; R. F. Storrow, *Surrogacy: american style*, in *Surrogacy, law and human rights*, cit., 215; *contra*, G. Biscontini, *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 61.

114 Queste considerazioni traggono argomento dalle motivazioni alle quali ha fatto ricorso il Giudice delle leggi per escludere l'illegittimità dell'art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui non contempla il diritto del figlio minore di conservare rapporti significativi con soggetti diversi dagli ascendenti e dai parenti con i quali abbia instaurato un rapporto di tipo familiare: Corte cost. 20-10-2016, n. 225, in *Giur. cost.*, 2016, 1782, con nota di F. Astone. La questione traeva origine da un ricorso promosso da una signora volto a ottenere, nell'interesse superiore di due gemelli, un provvedimento che determinasse tempi e modalità di frequentazione tra la stessa e i due bambini, figli dell'*ex* compagna, con i quali aveva stretto un forte legame durante gli anni di convivenza con la loro madre.

115 P. Morozzo Della Rocca, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 223.

116 P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., 219; M. Mantovani, *op. cit.*, 248.

dell'affidante si prescinde dal titolo dell'affidamento, che può anche essere gratuito (art. 71, comma 1, legge n. 184\1983)¹¹⁷, come ha ribadito recentemente la Sesta sezione penale della Cassazione¹¹⁸. Tuttavia, a conclusioni diverse si sarebbe potuti giungere in presenza di un collegamento genetico dei componenti della coppia con il nato, dal momento che l'affidamento del minore al suo genitore genetico sembra porsi al di fuori della fattispecie penalmente rilevante, difettando il presupposto della “violazione delle norme di legge in materia di adozione” (art. 71, comma 1, legge n. 184\1983)¹¹⁹.

Di contro, però, pretendere che il materiale genetico debba provenire esclusivamente dai componenti della coppia committente potrebbe risultare incoerente con l'attuale possibilità di fare ricorso alla doppia eterologa e, di fatto, in controtendenza rispetto a quelle discipline estere che ammettono la surrogazione di maternità, per le quali è sufficiente che metà del patrimonio genetico del minore provenga dai genitori intenzionali¹²⁰.

Indici in questo senso si rinvergono nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale, pur in presenza del solo collegamento genetico dal lato paterno, ha ritenuto irrilevante ogni valutazione di merito al fine di riconoscere l'esistenza di un'unione di vita familiare tra il nato e i genitori intenzionali, evidenziando, di conseguenza, l'obbligo per lo Stato di proteggere legami emozionali di questo tipo¹²¹; mentre,

117 L'interpretazione della norma è unanime sia in dottrina: G. Milan, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 321; T. Padovani, *Adozione e affidamento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, 50; L. Pasculli, *Reati in materia di adozione*, in *Diritto penale della famiglia*, vol. IV, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2011, 541; sia in giurisprudenza: Cass. pen., 20.01.1987, n. 3659, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., 10.09.2004, n. 39044, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 61, con nota di A. Peccioli; Cass., pen., 09.10.2012, n. 40610, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., 14.07.2015, n. 1797, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., 17.01.2019, n. 2173, cit.

118 Cass. pen., 17.01.2019, n. 2173, cit.: i Supremi giudici hanno confermato la sentenza di secondo grado con la quale la Corte d'Appello di Napoli aveva condannato una giovane partoriente per il reato di affidamento a terzi di un minore, ai sensi dell'articolo 71, comma 1, legge 184/1983, nonostante non avesse ricevuto alcun compenso economico.

119 L'assunto, difficilmente contestabile, si fonda sul rilievo che il minore, nella misura in cui possa contare sul sostegno dei propri genitori e/o familiari, “ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia” (art. 1, legge n. 184\1983): le norme dettate in materia di adozione e di affidamento, difatti, possono venire in considerazione soltanto qualora si venga a trovare in una situazione di abbandono, privo “di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi” (art. 7, legge n. 184\1983).

120 A titolo esemplificativo la legge da poco varata dal Parlamento lusitano (Legge 22.08.2016, n. 25, cui ha fatto seguito il *decreto regulamentar* n. 6\2017) richiede che metà del patrimonio genetico del nato provenga dai genitori sociali; in Ucraina, l'art. 123 del codice di diritto di famiglia richiede che l'embrione impiantato sia formato con il seme del marito; in Inghilterra, il *Surrogacy Arrangements Act* non dispone nulla al riguardo, tuttavia, per ottenere il *Parental Order* – che determina in concreto lo status del minore – i giudici richiedono che uno dei due genitori sia connesso geneticamente al bambino.

121 Corte eur. dir. uomo, 26/06/2014, ric. n. 65192/11 e ric. n. 65941/11, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, in *Foro it.*, 2014, IV, 561, con nota di G. Casaburi; Corte eur. dir. uomo, 21.7.2016, ric. nn. 9063/14 e 10410/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*, in www.budoc.echr.

in assenza di legame genetico con entrambi i genitori intenzionali, ha invece reputato necessario valutare il superiore interesse del minore alla conservazione della relazione familiare instaurata con i committenti “sulla base dei caratteri di tale relazione, primo fra tutti la durata della stessa”¹²².

9. (Segue) e) I costi per la collettività

Il divieto di maternità surrogata potrebbe essere considerato esteso anche alla forma solidale, da un lato, a causa dei costi finanziari che la collettività dovrebbe affrontare per permettere alle coppie di potervi accedere e, dall'altro lato, per l'elevato rischio che dietro la natura apparentemente altruistica dell'accordo si nascondano in realtà ragioni di carattere, anche indirettamente, economico, con pericolo di sfruttamento della donna (principio di precauzione).

I costi sarebbero di natura sanitaria – in quanto aumenterebbe sia il numero dei cicli di trattamento che si effettuano all'interno delle strutture del S.S.N.¹²³, sia il numero dei parti che avvengono in Italia¹²⁴ – e di carattere giudiziale – dal momento che solo attraverso il ricorso all'Autorità giudiziaria si potrebbe giungere

coe.int; Corte eur. dir. uomo, II sezione, 8.7.2014, ric. n. 29176/13, D e altri c. Belgio, in *www.budoc.echr.coe.int*.

122 Si fa riferimento alla nota sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia: Corte eur. dir. uomo, 25.1.2015, in *Foro it.*, 2015, IV, 117, con nota di G. Casaburi; poi riformata in seconda istanza: Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 21.1.2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 495, con nota di L. Lenti; vedi in tema E. Lucchini Guastalla, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1729. Il principio consolidato nella giurisprudenza della Corte è nel senso che l'art. 8 CEDU non riguarda solo le unioni fondate su un formale titolo giuridico, ma ingloba anche i legami familiari di fatto, purché ricorrano determinati requisiti, tra i quali un periodo di tempo sufficiente perché si possa considerare consolidata una vita familiare *de facto*: proprio la sussistenza di quest'ultimo requisito è stata negata nel caso *de quo*, essendo stata ritenuta la coabitazione tra i genitori committenti e il bambino insufficiente a costituire un rapporto tutelato dal diritto alla vita familiare. Tuttavia, nel giudizio della Cedu ha assunto rilevanza anche la circostanza che la fine della relazione con il minore fosse conseguenza dell'incertezza giuridica che i genitori committenti avevano determinato adottando una condotta contraria all'ordinamento italiano, conducendo il neonato in Italia in contrasto con la legge nazionale (par. 156). Proprio dal caso Paradiso e Campanelli emerge dunque il rilievo della conformità al diritto della relazione instaurata tra gli aspiranti genitori e il minore, laddove non vi siano legami di tipo genetico o biologico che li leghino: si tratta di un presupposto non indispensabile, che va bilanciato con altri fattori, quali *in primis* la durata della convivenza, di cui va tenuto conto sempre che l'interruzione del rapporto non si riveli pregiudizievole per il minore.

123 Nonostante i centri di p.m.a. privati siano in numero superiore a quelli pubblici (101 vs 64), tuttavia il 61,2% dei cicli di trattamenti di fecondazione assistita si effettua all'interno dei centri pubblici ovvero privati convenzionati. Nel dettaglio, il 35,0% dei centri è pubblico ed effettua il 37,1% dei cicli; il 9,8% è privato convenzionato ed effettua il 28,8% dei cicli; il 55,2% è privato ed effettua il 34,1% dei cicli: cfr. *Relazione del 28 giugno 2018 del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15)*, spec. 15.

124 Gli oneri sarebbero di natura anche indiretta perché, aumentando complessivamente il numero delle donne che partoriscono nelle strutture pubbliche o convenzionate, si renderebbe

alla costituzione dello *status filiationis* –, ai quali, eventualmente, si potrebbero aggiungere i costi derivanti dalla predisposizione di una struttura amministrativa di controllo.

Questa riflessione si impone dal momento che, a differenza del modello americano, nel quale l'autodeterminazione “opera in un sistema di larghissime libertà, in cui the right to be let alone ha il suo rovescio (...) nella sostanziale assenza di sostegno pubblico all'esplicazione della personalità individuale”¹²⁵, nel nostro ordinamento, come in molti altri europei, l'azione sociale dello Stato ha come scopo l'attuazione dell'uguaglianza giuridica, “cioè dell'eguale possibilità per tutti i consociati di godere di quei diritti fondamentali che la Costituzione considera connessi con il pieno sviluppo della personalità umana (art. 2)”¹²⁶. Ne consegue che se nel sistema statunitense “chi vuole abortire”¹²⁷, cambiare sesso o accedere alla procreazione assistita lo fa a proprie spese, non certo a spese pubbliche¹²⁸; e pertanto, esse restano scelte individuali¹²⁹, nel quadro degli ordinamenti europei, che tendono ad “assicurare l'eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune”¹³⁰, le stesse scelte divengono invece “finalità che la società politica assume come proprie”¹³¹: in questa prospettiva, l'impossibilità della coppia di procreare attraverso i metodi naturali e, quindi, di realizzare autonomamente il proprio progetto genitoriale, assume una rilevanza non esclusivamente individuale ma anche sociale, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, rappresentando un ostacolo al pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.)¹³².

più difficile l'accesso alle altre donne, ad esempio in termini di diminuzione dei posti letto disponibili per il ricovero.

125 M. Paradiso, *Au bon marché des droits. tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, 988.

126 M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 804.

127 Emblematica al riguardo la pronuncia Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977), nella quale la Suprema corte ha sostenuto che dal riconoscimento della possibilità per la donna di interrompere la gravidanza – avvenuto poco prima con la sentenza Roe v. Wade, cit. – non derivasse l'obbligo per lo Stato di farsi carico del costo degli aborti: cfr. S. Holmes – C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna, 1999, 37.

128 È interessante notare come negli Stati Uniti la qualificazione in termini di malattia e/o disabilità dell'infertilità e/o della sterilità – i confini del concetto di disabilità, al pari del concetto di malattia, sono stati sottoposti ad un profondo processo di relativizzazione e di soggettivizzazione: v. M. G. Bernardini, *op. cit.*, 1; A. D. Marra, *Disabilità, bioetica e ragionevolezza*, Milano, 2017, 1 – sia strettamente connessa con la questione della copertura assicurativa dei costi della fecondazione artificiale: J.F. Daar, *Assessing reproductive technologies: invisible barriers, indelible harms*, in *23 Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2008, 18; M. Kokiasmenos – L. Mihalich, *Assisted reproductive technology*, in *Georgetown journal of gender & the law*, 2004, 5, (1), 637.

129 M. Paradiso, *op. cit.*, 988.

130 Così M. Mazziotti, *op. cit.*, 804, traendo spunto a sua volta da G. Ripert, *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, Parigi, 1936.

131 M. Paradiso, *op. cit.*, 988; spunti in questo senso si ritrovano anche in F.D. Busnelli – E. Palmerini, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, V, Agg., Milano, 2001, 142.

132 A. D'Aloia, *Storie “costituzionali” dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudero*, Napoli, 2008, II, 743.

Né le pur rilevanti esigenze economico – finanziarie possono risultare prevalenti rispetto ai bisogni sociali, dal momento che “con l’equilibrio finanziario non siamo di fronte ad un valore, ma ad un criterio di regolazione che si pone su un piano diverso rispetto ai diritti sociali: un piano che bisogna ritenere recessivo rispetto a questi ultimi, ove di ritenga di attribuire alla persona umana un valore dotato di pregnanza diversa, prioritaria, che costituisce una delle caratteristiche imprescindibili di ogni ordinamento costituzionale democratico e sociale”¹³³. Di conseguenza, appare improprio “ricondere l’*argumentum* della limitatezza delle risorse disponibili – o, a fortiori, del condizionamento finanziario dei diritti sociali – all’interno di un percorso argomentativo che lo assume assiologicamente contrapposto a questi ultimi”¹³⁴, in quanto non si tratta “di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)”¹³⁵. Queste conclusioni, d’altronde, trovano riscontro in una recente giurisprudenza amministrativa che ha dichiarato l’illegittimità delle delibere con le quali la Regione Lombardia aveva stabilito di porre a carico delle coppie l’intero costo delle prestazioni per la p.m.a. di tipo eterologo¹³⁶.

Il divieto di maternità surrogata solidale potrebbe essere giustificato, inoltre, dall’intento di evitare la commissione di possibili abusi¹³⁷, i quali sarebbero, peraltro, difficili da smascherare, come testimonia l’esperienza comparatistica¹³⁸; milita

133 D. Bifulco, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 212.

134 M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, 267.

135 M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, II, 126.

136 Cons. Stato, Sez. III, n. 3297/2016, in www.biodiritto.org, confermativa della pronuncia del T.A.R. Lombardia, Sede di Milano, Sez. III, n. 2271/2015, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha stabilito che “l’ipotizzata carenza di risorse non potrebbe comunque determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che, in possesso dei prescritti requisiti, volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative (c.d. diritti finanziariamente condizionati)”. Più in generale sul tema dei costi della p.m.a. eterologa: A. Querci, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2014, 469.

137 In questo senso, B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Biolaw journal*, 2016, 120.

138 In Inghilterra le Corti convalidano sovente versamenti in denaro che eccedono la soglia del rimborso spese e che assumono i contorni di un vero e proprio pagamento. Non è un caso che da più parti si proponga il superamento del divieto della commercializzazione, ritenuta una proibizione nei fatti superata che costringe soltanto molte coppie a recarsi all’estero per accedere al fenomeno: E. Jackson, *UK law and international commercial surrogacy: ‘the very antithesis of sensible’*, in *Journal of medical law and ethics*, 2016, 4, (3), 197. Anche nel contesto canadese si sta proponendo il superamento di questo divieto che, oltre ad essere tacciato di ipocrisia perché consente nei fatti pagamenti mascherati da rimborsi spese, viene sovente aggirato dai genitori committenti attraverso lo stratagemma del riconoscimento degli atti di nascita esteri, con la conseguente acquisizione della cittadinanza canadese in capo al nato: K. Busby, *Is it time*

in questa direzione anche la circostanza per la quale, a differenza della fecondazione eterologa nella quale il donatore resta anonimo e non ha contatti con la coppia, nella gestazione per altri i rapporti tra i genitori intenzionali e la donna non possono essere impediti, aumentando il rischio di contaminazioni economiche: si aggiunga, in questo quadro, l'oggettiva difficoltà di rendere coercibile l'obbligo della partoriente di cedere il nato, nel caso in cui abbia manifestato un ripensamento (ricollegabile – e non sarebbe facile distinguere – a ragioni strumentali ovvero all'istaurarsi di legittimi legami affettivi con il nascituro)¹³⁹. La complessità della vicenda – la quale andrebbe ad incidere direttamente sulla costituzione del rapporto di filiazione, potendo generare, in taluni casi, conflitti di *status* difficilmente risolvibili – indurrebbe a non ammettere *tout court* in via precauzionale la maternità surrogata¹⁴⁰.

L'emergere di siffatti profili di criticità potrebbe non legittimare, tuttavia, un'interpretazione del divieto esteso sino alla surrogazione di maternità solidale, dal momento che non si giustificerebbe la pretermissione dei diritti della coppia: spetterà all'ordinamento trovare gli strumenti per evitare la commissione di possibili abusi, predisponendo un articolato sistema di verifiche e controlli¹⁴¹, diretto in

to legalize commercial surrogacy in canada?, in *Law & policy, medical tourism, reproduction*, 3 febbraio 2015, 1; M. Deckha, *Situating Canada's commercial surrogacy ban in a transnational context: a postcolonial feminist call for legalization and public funding*, in *MacGill law journal*, 2015, 61, 1, 31. In Grecia, nonostante il divieto, molte delle surrogazioni materne che vengono praticate sono, in realtà, commerciali. Ciò risulta evidente anche perché spesso i genitori intenzionali e la gestante sono del tutto sconosciuti prima dell'accordo e il controllo giudiziario sulla genuinità di quest'accordo è puramente formalistico. Il giudice non indaga sull'esistenza di uno stretto legame affettivo fra di loro, ma esprime il proprio assenso alla fine di un formale *iter* burocratico, nonostante risulti evidente non solo alle parti, ma anche a egli stesso, che la surrogazione in atto non è altruistica ma commerciale e quindi illegale ai sensi del codice della famiglia greco. Pertanto, si auspica il superamento di tale modello formalistico e ipocrita, a favore di una legalizzazione piena della pratica – come si può notare, pur cambiando i contesti nazionali, è forte in molti autori la volontà di superare il divieto di commercializzazione della surrogazione materna: A. N. Hatzis, *From soft to hard paternalism and back: the regulation*, in *Port. Econ. J.*, 21 luglio 2009, 9.

139 Nella dottrina americana – diversamente dalla nostra che sembra unanime nel ritenere sempre preferibile accordare tutela alle pretese della gestante: A. Ruggeri – C. Salazar, *op. cit.*, 14; V. Scalisi, *op. cit.*, 1111; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit., 225 – accanto ad alcuni autori per i quali in caso di conflitto la posizione della donna surrogata andrebbe tutelata anche a scapito dei diritti dei genitori intenzionali: C. Spivack, *op. cit.* 109; altri ritengono, invece, che, almeno nel caso di maternità surrogata gestazionale, i diritti dei genitori genetici dovrebbero trovare comunque protezione: K. Bradley, *Assisted reproductive technology after Roe v. Wade: does surrogacy create insurmountable constitutional conflicts?*, in *U. Ill. L. Rev.* 1871, 2016, 16, 1902.

140 U. Salanitro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, vol. III, *Leggi complementari*, del modulo *Della famiglia*, del *Comm. cod. civ. Gabrielli*, a cura di G. Di Rosa, 2018, Torino, 1780.

141 Sul modello di quanto accade in Inghilterra, dove occorre l'autorizzazione di un'autorità terza (Human Fertilisation and Embryology Authority) e il successivo controllo previo del giudice, il quale stabilisce al contempo il futuro *status* del minore: E. Jackson, *op. cit.*, 197; ovvero in Grecia, ove serve preventivamente l'intervento dell'Autorità Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita: A. N. Hatzis, *op. cit.*, 9; oppure in Portogallo, laddove il contratto di

primo luogo a scongiurare il rischio che dietro il rimborso delle spese non si celino pagamenti illeciti¹⁴².

Tuttavia, quantomeno in questo caso, l'interprete non è esonerato dal compito di reperire nell'attuale assetto normativo le regole più idonee per assicurare la tutela dei diritti che si pretendano costituzionalmente tutelati¹⁴³, anche perché l'attribuzione della maternità alla donna che ha partorito rappresenta già *ex sistema* la sanzione civile più idonea ed efficace ad assicurare la funzione deterrente del divieto¹⁴⁴.

10. Tutela dei diritti fondamentali e regole di *status*. Quali prospettive?

L'analisi sinora svolta ha reso evidente che sussistono valide ragioni per sostenere che l'interpretazione corrente del divieto di maternità surrogata non sia convincente e per accogliere un'interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata¹⁴⁵.

Pur in costanza di argomenti attendibili di segno contrario, infatti, dopo la decisione della Corte costituzionale n. 162\2014 sembra confermata l'ipotesi secondo la quale un'interpretazione dell'art. 12 della legge n. 40\2004, che estenda il significato della norma sino a vietare ogni forma di surrogazione di maternità, ivi compresa quella solidale, possa essere considerata in contrasto con la Costituzione e con i diritti fondamentali da essa tutelati.

Sorge, allora, il dubbio se gli effetti della surrogazione solidale di maternità possano essere negati – o considerati comunque ineffettuali per il diritto civi-

maternità surrogata deve ottenere l'autorizzazione del Consiglio Nazionale per la Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA).

142 Ciò non esclude che la madre surrogata possa ricevere un indennizzo proporzionato, ad un tempo, ai costi che ha dovuto affrontare durante la gravidanza e alle perdite che ha subito a causa della sua condizione: B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 115; d'altronde, sarebbe irrealistico immaginare che decida di sottoporsi alla pratica accettando di sostenerne anche le spese: cfr. S. Rodota', *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 487.

143 Se la carenza di disciplina non preclude la declaratoria d'illegittimità costituzionale delle leggi che impediscono l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito: Corte cost., 24.11.1958, n. 59, in *Giur. cost.*, 1958, 902; Corte cost., 03.06.1987, n. 215, in *Giur. cost.*, 1987, 1615, con nota di R. Belli; Corte cost., 04.04.2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, n. 1523, con nota di G. Ubertis, G. Repetto, S. Lonati, *a fortiori* non può vincolare l'interprete ad un'opzione ermeneutica che considera lesiva dei valori costituzionali: cfr. P. Perlingieri, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 601.

144 Cfr. A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 431.

145 L'interpretazione costituzionalmente conforme rappresenta per l'interprete il "canone ermeneutico preminente", rispondente al "principio di supremazia costituzionale", sì da trasformare il sindacato in un controllo, oltre che diffuso, collaborativo. Il giudice comune, indotto a "ricercare direttamente l'interpretazione conforme a Costituzione", limita il ricorso alla Corte "a quei casi in cui la norma appaia effettivamente viziata", ovvero irrecuperabile in via interpretativa, manifestandosi così non tanto l'utilità, quanto la necessità della sua eliminazione": P. Perlingieri, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, cit., 600.

le – in quanto manca nel nostro ordinamento una disciplina che dia rilevanza all'accordo di surrogazione e che consenta alla coppia committente di costituire il rapporto genitoriale¹⁴⁶.

Ma il dubbio va superato rilevando che la presenza di una disciplina legislativa non può essere considerata *condicio sine qua non* per la concreta realizzabilità della gestazione per altri, dal momento che un determinato diritto, nella misura in cui goda della garanzia propria dei diritti costituzionali – “e non già quella propria dei diritti ‘legali’, cioè dei diritti semplicemente fondati sulla legge ordinaria”¹⁴⁷ –, non ha bisogno dell'*interpositio legislatoris* per essere azionato in giudizio¹⁴⁸.

Ritenere il contrario vorrebbe dire “vanificare gran parte delle aspirazioni del diritto costituzionale contemporaneo”¹⁴⁹, il quale “considera l'organizzazione pubblica servente del pieno e libero sviluppo della persona ed esige che la solidarietà incida sempre più sulla funzione degli istituti”¹⁵⁰.

In questa prospettiva, il riconoscimento del diritto di accedere alla maternità solidale richiede una lettura coerente della disciplina in materia di costituzione e di salvaguardia dello *status* filiale¹⁵¹: lettura che vada oltre le tecniche surrettizie

146 Ritengono occorra una legge per ritagliare alla maternità surrogata altruistica uno spazio di legalità: A. Ruggeri – C. Salazar, *op. cit.*, 143; A. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2018, 146; L. D'Avack, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 139; S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit., 50; A. Gorgoni, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Dir. succ. e fam.*, 2018, 146. Sostiene l'irragionevolezza del precetto di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004: R. Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1290, rispetto ad una tecnica “che si rileva in grado di recepire anche le istanze di genitorialità delle coppie same-sex formate da uomini”. Secondo una parte del pensiero femminista gli stessi tentativi di regolare la pratica “would not be enough to address the inherent wrongs in surrogacy”, perché “where there are laws governing surrogacy, loopholes, abuse, and enforcement problems remain”: A. Allen, *Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2018, 41, 808; R. Klein, *Surrogacy: A Human Rights Violation*, Chicago, 2017, 69; J. Lahl, *Gestational surrogacy concerns: the American landscape*, in *Handbook of gestational surrogacy: international clinical practice and policy issues*, a cura di E. Scott Sills, Cambridge University Press, 2016, 287. Tuttavia, “per quanto non si possano ignorare o minimizzare le pressioni ed i condizionamenti nei confronti delle madri biologiche, ampiamente constatabili (...) nella pratica della GPA nei paesi che la consentono, non si può accettare una costruzione inferiorizzante della capacità femminile; evocare la necessità di tutela della donna vale a qualificarla astrattamente come soggetto debole in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre il delicato problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, dovrebbe essere affrontato nello specifico, individuando in concreto rischi e problemi ed agendo coerentemente per tutelarsi dai primi e per risolvere i secondi”: B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, cit., 95.

147 A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 28.

148 L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873.

149 A. Giorgis, *Diritti sociali*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1908.

150 P. Perlingieri, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, cit., 605.

151 Sull'incidenza dei diritti fondamentali sugli *status* personali: G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, 3; F. Prosperi, *Rilevanza della per-*

già accolte dalla prassi e che consenta di costituire il rapporto di filiazione non solo con il padre con il quale sussiste un rapporto genetico, ma con ciascuno dei genitori intenzionali.

La questione che si pone è se si possa tutelare siffatto rapporto genitoriale non solo attraverso la tecnica dell'adozione in casi particolari¹⁵², idonea ogni qualvolta si intenda conservare una condizione di fatto derivante anche da prassi illecite¹⁵³, quanto piuttosto direttamente attraverso la costituzione dello *status filiationis*¹⁵⁴.

Al riguardo, occorre in primo luogo affrontare l'ostacolo rappresentato dal criterio di attribuzione di maternità (art. 269, comma 3, c.c.)¹⁵⁵, negando che possa essere considerato espressione di un principio di rango costituzionale¹⁵⁶, per il qua-

sona e nozione di status, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810; C. Camardi, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2015, 7; A. Gorgoni, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 133.

152 Sull'adozione in casi particolari v. N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 35.

153 Già E. Del Prato, *op. cit.*, 1041; S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51; R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 1000; A. Sassi, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 551. Possibilità, quest'ultima, ammessa anche dalla Corte costituzionale, per la quale disporre l'adozione nei casi particolari per salvaguardare l'interesse del minore a mantenere il rapporto anche con la madre sociale e, più in generale, il suo diritto alla continuità affettiva, non rappresenterebbe una riduzione di tutela: Corte cost., 18.12.2017, n. 272, cit., 10. Tale possibilità, peraltro, sembra rafforzarsi all'indomani del recente *Advisory Opinion* reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su richiesta della Cassazione francese, in materia di riconoscimento del rapporto fra la madre intenzionale e il minore nato all'estero in seguito al ricorso alla gestazione per altri, almeno laddove la stessa non sia la madre genetica: Corte eur. dir. uomo, 10.4.2019, *Advisory Opinion*, in www.hudoc.echr.coe.int; in corso di pubblicazione anche in Nuova giur. civ. comm., 2019, n. 4, con commento di A.G. Grasso.

154 Cfr., A. Gorassini, *op. cit.*, 963; L. Rossi Carleo, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 55.

155 Muovendo da un'interpretazione letterale di tale disposizione, in considerazione anche della *sedes materiae* in cui è collocata, la dottrina prevalente interpreta l'art. 269, comma 3, c.c., come una disposizione che "enuncia in realtà una norma sull'oggetto della prova della filiazione (...) e non una norma sul criterio in ragione del quale è attribuito lo status di figlio": A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, cit., 430; Id., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 245; nello stesso senso, G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196; G. Recinto, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, in www.dirittifondamentali.it, 2015, 4; anche U. Ruffolo, *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 28; F. Prospero, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, cit., 144; V. G. Cattaneo, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., Torino, 1997, 21.

156 *Contra*: M.R. Mottola, *Art. 269*, in *Commentario al codice civile Cendon*, Milano, 2010, 404; E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 24; S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, Ivi, 226; F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata ai fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, Ivi, 53.

le nel nostro ordinamento non sarebbe possibile attribuire la maternità se non a colei che partorisce¹⁵⁷.

Lo sforzo dell'interprete deve essere poi rivolto al superamento dell'assetto normativo del codice civile, che regola la costituzione del rapporto filiale e le azioni di *status* sul presupposto della procreazione naturale¹⁵⁸. Già in passato la giurisprudenza delle Corti superiori aveva negato che tali norme, sostanzialmente riproposte dopo la recente riforma, fossero adeguate a regolare la disciplina dello *status* nella procreazione artificiale¹⁵⁹: individuata la linea assiologica, le Corti avevano fondato la regola in un diverso principio, coerente con il bilanciamento di interessi e le esigenze funzionali.

Al medesimo compito è chiamato l'interprete che intenda dare effettività al diritto della coppia intenzionale: traendo dalle regole dell'ordinamento, ed in particolare da quelle che disciplinano lo *status* da procreazione assistita (artt. 8 e 9, legge n. 40\2004), i principi integratori della pretesa lacuna in tema di *status* da maternità surrogata solidale¹⁶⁰.

Le questioni che occorre dirimere sono estremamente complesse e in questa sede ci si può limitare a indicazioni di metodo, rinviando gli approfondimenti all'esito di una ricerca ancora in corso.

Occorre distinguere la situazione in cui la gestante si avvalga del proprio diritto di essere nominata, da quella in cui tenga ferma la volontà di rinunciare al rapporto filiale con il partorito¹⁶¹.

157 In questa prospettiva: G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 104; A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2013, 242; anche A. Valongo, *op. cit.*, 166; M. Rizzuti, *Pater sempre certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 168; I.A. Caggiano, *op. cit.*, 56. Queste conclusioni trovano riscontro in una recente pronuncia della Cassazione, nella quale i supremi giudici sembrano ritenere privo di rilevanza costituzionale il criterio per cui madre è considerata colei che partorisce: Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181, con commento di G. Ferrando.

158 Spunti in questo senso si ritrovano già in P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., 212; anche M. Porcelli, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1751; A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, Bologna, 2018, 35.

159 In un contesto *ante legem* n. 40\2004, si è posta la questione della revocabilità del consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. A fronte di un diverso orientamento dei giudici di merito: Trib. Cremona, 17.2.1994, in *Fam. e dir.*, 1994, 179, con nota di M. Dogliotti; App. Brescia, 14.06.1995, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 116, sia la Corte costituzionale: Corte Cost., 22.9.1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 463, con nota di L. Balestra, sia la Corte di cassazione: Cass., 16.3.1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, 233, con nota di M. Sesta, hanno escluso che il marito, una volta espresso il consenso, potesse agire con l'azione di disconoscimento di paternità. Le ragioni che hanno indotto a negare l'applicabilità dell'art. 235 c.c. nel caso *de quo* sono da ravvisare "nel diverso ordine di problemi che la disposizione in questione e la relativa norma intendono risolvere e per i quali la regola medesima è stata immaginata": G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, 41.

160 Una volta interpretato restrittivamente il divieto di cui all'art. 12, comma 6, legge 40\2004, come riferito solo alla gestazione per altri commerciale, ne discenderebbe una lacuna della disciplina applicabile alla filiazione da maternità surrogata solidale.

161 In relazione a questa possibilità, dubbi si pongono rispetto al disposto di cui all'art. 9, comma 2, legge n. 40\2004, il quale espressamente esclude che la madre del nato a seguito

In mancanza di un conflitto tra la gestante e la coppia committente non vi è ragione – salve le cautele contro l’elusione della disciplina dell’adozione¹⁶² – di precludere ai genitori intenzionali la costituzione del rapporto filiale¹⁶³: costituzione che andrebbe fondata nel rapporto genetico e, in mancanza, nel consenso legittimamente espresso¹⁶⁴, a tutela dell’interesse del minore alla bigenitorialità¹⁶⁵.

Ove invece la gestante si avvalga del diritto ad essere nominata e revochi il consenso alla surrogazione solidale, si può dubitare che il conflitto debba essere risolto a favore dei genitori committenti, in assenza di una disciplina specifica¹⁶⁶. La valu-

dell’applicazione di tecniche di p.m.a. possa dichiarare la volontà di non essere nominata, dal momento che tale norma, almeno secondo l’opinione prevalente in dottrina, oltre a tutelare il nascituro dal possibile ripensamento della madre sul consenso espresso in precedenza all’applicazione delle tecniche, avrebbe anche la finalità di impedire l’elusione del divieto di maternità surrogata: U. Salanitro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1754; R. Villani *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura – L. Lenti – M. Mantovani, Milano, 2012, 704; P. Morozzo Della Rocca, *op. cit.*, 224; *contra* B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata dopo la legge 40\2004*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 181; C. Benanti, *op. cit.*, 244; A. Valongo, *op. cit.*, 174. Ciononostante, coerentemente con le conclusioni finora raggiunte, anche tale norma potrebbe essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, restringendone la portata e permettendo di conseguenza alla gestante da maternità surrogata relazionale di esercitare il diritto di cui all’art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396\2000.

162 Cautele che potrebbero richiedere, ad esempio, che il diritto all’autodeterminazione della coppia sia considerato prevalente, e possa dare vita allo *status* filiale con entrambi, soltanto se il nato abbia il patrimonio genetico di almeno uno dei committenti: ma siffatta proposta interpretativa potrebbe richiedere che, in sede di costituzione del rapporto filiale, si pretenda che il riconoscimento della coppia sia contestuale o comunque sia preceduto dal genitore genetico.

163 C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, Milano, 2017, 446; T. Auletta, *Fecondazione artificiale*, cit., 57; da ultimo, anche I.A. Caggiano, *op. cit.*, 72; A. Vesto, *op. cit.*, 123.

164 Si allude all’ipotesi nella quale l’embrione venga formato con materiale genetico proveniente solo per metà dalla coppia intenzionale. In questo caso, nei confronti del *partner* non legato geneticamente al minore la costituzione del rapporto filiale potrebbe fondarsi sul consenso legittimamente espresso, applicando in via diretta o analogica le norme che già presiedono alla costituzione della filiazione nella fecondazione eterologa (artt. 6, 8 e 9, legge n. 40\2004).

165 Una volta costituito, il rapporto va tutelato nell’interesse del minore da ripensamenti della madre gestante. A tal proposito, potrebbe venire in considerazione quell’orientamento di legittimità per il quale il giudice di merito deve verificare l’interesse attuale del minore all’accoglimento dell’azione di stato: cfr. E. Quadri, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2003, 95; U. Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 553. Tale indirizzo, seppure espresso con riferimento all’azione di disconoscimento di paternità, potrebbe essere esteso anche al di là della fattispecie presa in esame – arg. da ultimo da Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, cit., 10 – in quanto muove dall’esigenza di procedere ad un bilanciamento tra l’interesse all’affermazione della verità biologica e l’interesse alla certezza degli *status* e alla stabilità dei rapporti familiari: Cass., 22.12.2016, n. 26767, in *Foro it.*, 2017, I, 119, con nota di G. Casaburi; Cass., 3.4.2017, n. 8617, *Ibidem*, I, 1532, con nota di G. Casaburi; anche in *Fam. e dir.*, 2017, 845, con nota di M.N. Bugetti.

166 Anche se indicazioni di segno diverso possono discendere dall’esame di alcuni celebri casi decisi dalla giurisprudenza americana, in assenza di una previsione di legge *ad hoc*, nell’ambito dei quali i giudici, in caso di conflitto, hanno riconosciuto il rapporto legale con i genitori intenzionali, qualora ci fosse un legame genetico e laddove la madre surrogata non avesse presta-

tazione potrebbe variare, quantomeno nelle articolazioni argomentative, a seconda se la gestante sia coniugata, e il rapporto filiale sia protetto dalle regole proprie della famiglia fondata sul matrimonio, oppure no; così come a seconda se la donna committente abbia o no un rapporto genetico con il nato.

In sede di valutazione del conflitto, emerge con forza il tema della rilevanza e della qualificazione del consenso¹⁶⁷: sia di quello espresso dalla gestante, sia di quello manifestato dalla coppia committente.

Tema che appare uno snodo cruciale in una ricerca condotta secondo i canoni della cultura civilistica.

Per un verso, perché l'attribuzione di rilevanza a questi atti di consenso, ancorché coerenti con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'ambito del divieto di maternità surrogata, andrebbe ad incidere sul principio di irrinunciabilità degli *status*¹⁶⁸.

Per altro verso, perché pur presentandosi sotto la veste di accordo ed essendo sovente ricondotto nella figura del contratto, il consenso alla maternità surrogata, nelle sue diverse articolazioni, sembra emanazione di logiche e funzioni peculiari, che interferirebbero con la sua revocabilità¹⁶⁹ – che potrebbe essere diversamente regolata a seconda se provenga dalla gestante o dalla coppia committente – e con il complesso della disciplina¹⁷⁰.

to i propri ovuli per la formazione dell'embrione: Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), in *Foro it.*, 1993, IV, c. 337, con commento di G. Ponzanelli; Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (Ohio Ct. Com. Pl. 1994). Mentre, se la donna era anche madre genetica del minore il fattore sociale veniva ritenuto irrilevante e l'accordo stipulato veniva dichiarato "unenforceable": In re Marriage of Moschetta, 30 Cal. Rptr. 2d 893 (Cal. App. 1994); McDonald v. McDonald, 608 N.Y.S.2d 477 (App. Div. 1994); Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal Rptr 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

167 Da ultimo, sul consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di p.m.a. e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 2018, 91.

168 Al riguardo, cfr. le osservazioni di G. de Oliveira, *Duas mãe há só uma!*, Coimbra, 1992, 60, il quale individuava nel principio di indisponibilità degli *status* il principale ostacolo all'ammissibilità per via interpretativa della maternità surrogata altruistica nell'ordinamento portoghese, prima della riforma che ha introdotto tale possibilità.

169 Sull'importanza del recesso nell'ambito di rapporti obbligatori relativi alla sfera biologica e spirituale dell'uomo v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, 326; P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 602, nota 940; D. Carusi, *op. cit.*, 7; C.M. D'Arrigo, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, IV, Agg., 2000, 735; L. Di Bona, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, 120; A. Galasso, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 2001, 927; G. Ferrando, *Il principio di gratuità*, cit., 771; G. Resta, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 527.

170 In questa indagine potrebbero risultare preziose le riflessioni sulle c.d. prestazioni superetiche, dal momento che, al pari di quest'ultime, anche la maternità surrogata solidaristica sembra collocarsi nella dimensione morale del puro altruismo, non giuridicamente coercibile e, quindi, non destinata a vincolare il promittente: G.B. Ferri, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2005, 128; A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, 14; A. Galasso – S. Mazzarese, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso – S. Mazzarese, Milano, 2008, 61. In questo contesto, l'aspettativa che tale promessa possa far sorgere in capo ai genitori beneficiari non assumerebbe i contorni di una

vera e propria aspettativa giuridicamente rilevante, ma rimarrebbe, piuttosto, sul piano di una semplice speranza, giuridicamente non tutelabile: cfr. U. Ruffolo, *op. cit.*, 30; V. Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Familia*, 2018, 405. Ne consegue un potere di recedere *ad nutum* in capo a colei che ha promesso o ha iniziato la prestazione superetica, anche attraverso la scelta di interrompere la gravidanza: M. Dogliotti, *op. cit.*, 159; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, cit., 1101; A. Ruggeri – C. Salazar, *op. cit.*, 146; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell’analisi di genere della gravidanza per altri*, cit., 225; A. Valongo, *op. cit.*, 177., una volta venuta meno quella tensione ideale che l’aveva determinata e che deve sorreggere ogni fase dell’esecuzione della stessa: cfr. A. Astone, *Contratto negozio regolamento*, Milano, 2008, 87; M.G. Giammarinaro, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione*, in *Dem. e dir.*, 1996, 98. Queste considerazioni traggono argomento anche da una recente pronuncia con la quale il Tribunal Constitucional de Portugal, 24.04.2018, n. 25 – consultabile all’indirizzo www.tribunalconstitucional.pt – ha stabilito che, a differenza della coppia intenzionale, alla madre surrogata debba essere riconosciuta la possibilità di revocare il consenso anche dopo che sia iniziato il processo procreativo, fino “à entrega da criança aos beneficiários”, e che tale revoca debba essere “livre, no sentido de excluir qualquer indemnização (...) não havendo lugar qualquer incumprimento contratual”. Per una prospettiva parzialmente differente cfr. C.M. D’Arrigo, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell’integrità fisica*, in *Familia*, 2005, I, 818, secondo il quale “resta nella disponibilità dell’ordinamento apprezzare le ragioni della revoca e – fermo restando il limite dell’impossibilità di una esecuzione in forma specifica – articolare eventuali rimedi sanzionatori per l’inadempienza”.