



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2017 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI- CARMELA SALAZAR

**«NON GLI È LECITO SEPARARMI DA CIÒ CHE È MIO»:
RIFLESSIONI SULLA MATERNITÀ SURROGATA ALLA LUCE
DELLA RIVENDICAZIONE DI ANTIGONE**

27 MARZO 2017

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri - Carmela Salazar
«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»:
riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*

ABSTRACT: *The study analyzes the legal issues arising from surrogate motherhood and the now predominant role assumed by the judiciary in a matter where targeted political choices would instead be necessary.*

SOMMARIO: 1. La maternità surrogata, gli interessi in campo (in ispecie, quello a non fare del corpo umano una fonte di lucro e l'altro alla genitorialità, unitamente all'interesse del minore nato da maternità surrogata), il modo più adeguato a darvi appagamento, a mezzo di una disciplina legislativa connotata da duttilità di struttura ed essenzialità di disposti, cui facciano quindi seguito pronunzie dei giudici congrue in relazione ai singoli casi. – 2. La ratio del divieto di organizzazione delle pratiche di maternità surrogata e la “logica del dono”. – 3. La maternità surrogata e la rivendicazione di Antigone.

1. *La maternità surrogata, gli interessi in campo (in ispecie, quello a non fare del corpo umano una fonte di lucro e l'altro alla genitorialità, unitamente all'interesse del minore nato da maternità surrogata), il modo più adeguato a darvi appagamento, a mezzo di una disciplina legislativa connotata da duttilità di struttura ed essenzialità di disposti, cui facciano quindi seguito pronunzie dei giudici congrue in relazione ai singoli casi*

I casi sempre più ricorrenti di “turismo procreativo” – come impropriamente ma efficacemente si è soliti etichettarli – ripropongono imperiosamente complesse questioni che interpellano le coscienze e mettono a dura prova antiche e solide certezze di bioetica e di diritto costituzionale¹. Questioni la cui risoluzione appare dunque essere teoricamente e praticamente ardua, comunque per l'uno o per l'altro verso non pienamente appagante, e che richiamano alla mente l'antico adagio *summum ius summa iniuria*, trattandosi a conti fatti di scegliere se immolare il bisogno di giustizia sull'altare del rispetto, spinto fino alle sue ultime e coerenti applicazioni, dei canoni di diritto, nel loro inflessibile rigore.

La tensione – come si vedrà meglio a momenti – è qui, *in nuce*, tra due beni della vita o interessi costituzionalmente protetti che parrebbero non tollerare alcuna loro menomazione, reclamando di essere in tutto e per tutto appagati; interessi che però, trovandosi in reciproco conflitto, obbligano alla sofferta ricerca di una soluzione per quanto possibile mediana e conciliante, idonea ad attutire fin dove possibile i danni costituzionali, pur nella consapevolezza che la soluzione stessa può lasciare (ed effettivamente lascia) l'amaro in bocca, generando il dubbio che forse avrebbe potuto decidersi diversamente e meglio.

Da un canto, sta, infatti, il desiderio di genitorialità congiunto all'interesse del minore, il quale ultimo è – come si sa – comunemente giudicato preminente rispetto ad ogni altro²; dall'altro, sta l'interesse a che non si faccia del corpo umano una fonte di lucro, col conseguente degrado della

* Il lavoro è frutto di riflessione congiunta degli autori; tuttavia, la stesura del primo paragrafo si deve ad A. Ruggeri, dei restanti a C. Salazar.

¹ Qui, in linea con una inclinazione di ricerca che accomuna gli scriventi, l'indagine resterà circoscritta a questo secondo piano, senza alcun riferimento al primo.

² Per una recente messa a punto del *best interest of the child* e del suo rilievo nelle vicende di diritto familiare, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016. Sugli slittamenti semantici insiti nel concetto, v., inoltre, L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?* e S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, rispettivamente, 467 ss. e 505 ss. Infine, A. ARENA, [A proposito dello “statuto costituzionale del minore” \(Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune\)](#), in questa *Rivista, Studi*, II/2016, 6 giugno 2016, 241 ss.

dignità della persona³, che costretta dal bisogno economico si renda disponibile a portare avanti la gravidanza per conto d'altri.

La varietà dei casi in cui gli interessi in parola sono evocati in campo e innaturalmente sollecitati a farsi guerra – come testimoniano alcune vicende che hanno diviso la pubblica opinione e impegnato studiosi ed operatori in accese discussioni – è tale da consentire subito di fissare un primo punto fermo da cui tenersi nella ricerca del modo più adeguato ad appagare gli interessi stessi. Ed è che questi ultimi possono reciprocamente intrecciarsi e combinarsi sì da assumere forme continuamente cangianti nell'esperienza. La qual cosa, poi, porta all'effetto di situare a diverse "altezze" – se così possiamo dire – il punto di sintesi più elevato ed apprezzabile dei valori costituzionali in campo, appunto *secondo i casi*; e il principio della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti⁴, considerati nel loro fare "sistema"⁵, si pone quale l'autentico "metaprinzipio"⁶ che presiede alle composizioni dei principi costituzionali, specie in occasione delle più spinose e sofferte esperienze di vita.

Non v'è (e non può esservi), insomma, una soluzione buona per ogni caso, invariante pur nel variare dei casi stessi. Ne dà testimonianza, ancora di recente, una discussa pronunzia della Corte europea⁷, su cui si tornerà, laddove il riconoscimento della non "anticonvenzionalità" del divieto di maternità surrogata stabilito dalla legislazione nazionale è stato, con ogni probabilità, fortemente condizionato dalla circostanza per cui il minore era nato da pochi mesi. Il "fatto" ha, cioè, lasciato un segno marcato sulla soluzione del caso, orientando la fissazione del punto di diritto per esso specificamente valevole, secondo quanto si considera peraltro essere proprio dei giudizi della Corte

³ Non si dimentichi che, per un'accreditata dottrina (sopra tutti, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, e, dello stesso, più di recente, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.), la dignità è valore refrattario a soggiacere a bilanciamento alcuno, ponendosi piuttosto come la "bilancia" su cui si dispongono i beni della vita partecipi delle operazioni di ponderazione assiologica; in un non dissimile ordine di idee, G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss., e, già, in buona sostanza, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. La contraria opinione è, tra gli altri, vigorosamente patrocinata da M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, ora, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss.

⁴ Il principio ha attirato l'attenzione di una crescente dottrina: tra gli altri, v. G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa *Rivista, Studi*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; *ibid.*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., I, 412 ss.

⁵ Insistito è in giurisprudenza il richiamo alla necessità di guardare agli interessi meritevoli di tutela (e, perciò, alle norme che danno la tutela stessa) nel loro mutuo comporsi in sistema (v., *ex plurimis*, [Corte cost. sentt. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1](#), [85](#), [170](#) e [202 del 2013](#); [10](#) e [49 del 2015](#); [63 del 2016](#)).

⁶ Il termine è ripreso da A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in questa *Rivista, Studi*, II/2016, 30 giugno 2016, 263 ss., spec. 273 ss.

⁷ [Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia.](#)

europea⁸. Se, dunque, in questa vicenda il “bilanciamento” – ammesso, ma non concesso, che possa davvero così chiamarsi – tra gli interessi in campo ha giocato avverso l’interesse del minore⁹, sottoposto ad uno *stress* giudicato accettabile, possiamo dire a cuor leggero che così sarebbe stato anche nel caso che il bimbo si fosse trovato inserito da più tempo nel nucleo familiare?¹⁰

Con riserva di approfondimento del caso più avanti, la vicenda nondimeno insegna che l’accesa *querelle* tra i sostenitori del c.d. “Stato legislativo” e di coloro che invece patrocinano un modello di “Stato giurisdizionale” appare viziata in radice da parzialità d’impostazione metodica e di svolgimenti teorico-ricostruttivi, afflitta com’è da palese astrattismo e inidonea a cogliere le suggestioni ed indicazioni che vengono dall’esperienza, componendole quindi in uno schema teorico ad esse congruo e complessivamente appagante.

Il vero è che c’è bisogno del concorso – usa dire: in spirito di “leale cooperazione” – di tutti gli operatori. Perché, se è ormai provato che, alle volte, fa meno danni una “non-legge” rispetto ad una cattiva legge¹¹, è pur vero tuttavia che, quanto meno nei Paesi – come il nostro – di tradizioni di *civil law*¹², una giurisprudenza che non disponga delle necessarie indicazioni da parte del legislatore e non possa dunque far poggiare sui prodotti di questo i propri verdetti, specificamente laddove si faccia questione della salvaguardia dei diritti fondamentali, rischia di disperdersi in plurimi rivoli, pervenendo ad esiti reciprocamente troppo distanti (e, anzi, in aperto, irriducibile conflitto) pur in presenza di casi dai connotati oggettivamente uniformi.

Dal lato opposto, una disciplina legislativa minuta e dettagliata, caratterizzata da rigidità di disposti, che esprima cioè una drastica scelta di campo in un senso o nell’altro, assumendo di poter valere per ogni caso, si scontrerebbe fatalmente e frontalmente con la varietà dei casi stessi, secondo quanto è peraltro ampiamente dimostrato da molte vicende in ambito biogiuridico. Un’esigenza, questa di cui – al di là delle riserve che possono legittimamente nutrirsi nei confronti delle singole pronunzie giudiziali e degli orientamenti in esse espresse – dà mostra di essere avveduta la stessa giurisprudenza, con riguardo alle esperienze di procreazione medicalmente assistita così come in

⁸ A questo dato ha più volte fatto appello la giurisprudenza costituzionale al fine di marcare la distanza tra i giudizi della Corte europea e quelli di costituzionalità: gli uni aventi ad oggetto i singoli diritti di volta in volta in gioco, diversamente degli altri obbligati comunque a riguardare – come si è rammentato – alle esigenze complessive del “sistema”.

Ora, senza ovviamente negare i tratti caratterizzanti ciascuna delle specie di giudizio qui poste rapidamente a raffronto e con riserva di riprendere la questione più approfonditamente in altro luogo, va nondimeno avvertito che il quadro sembra essere più articolato ed internamente composito di come risulti, in termini alquanto schematici, dalla rappresentazione che usualmente se ne dà tanto ad opera della giurisprudenza in parola quanto di non pochi autori. E ciò, sol che si pensi che, per un verso, la stessa giurisprudenza europea non poche volte si fa carico altresì di diritti diversi da quelli la cui tutela è specificamente rivendicata, nel mentre le pronunzie emesse nei singoli giudizi manifestano la tendenza crescente a proiettarsi oltre il caso e le parti che ne sono protagonisti, ad “universalizzarsi” insomma; per un altro verso, poi, le letture che degli enunciati costituzionali fornisce la giurisprudenza costituzionale nei giudizi in via incidentale risentono fortemente – com’è noto – delle esigenze dell’applicazione e sono dunque, in maggiore o minore misura, legate al “fatto”.

⁹ Naturalmente, *dal punto di vista del giudice*, la soluzione apprestata è pur sempre data nell’interesse del minore stesso; qui, tuttavia, si assume che il suo forzato sradicamento da un contesto familiare in cui – a quanto se ne sa – era amorevolmente accudito non sia stato per il suo bene.

¹⁰ Il nodo dovrà essere presto sciolto dalla Consulta, davanti alla quale pende una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’Appello di Milano (reg. ord. n. 273 del 25 luglio 2016) avente ad oggetto l’art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenni possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all’interesse del minore stesso, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e in riferimento all’articolo 117, I c., Cost., in relazione all’art. 8 della CEDU.

¹¹ Così, con riferimento proprio alla legge 40, A. RUGGERI, “*Tutela minima*” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota “a prima lettura” di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di M. Fortino, Giappichelli, Torino 2005, 317 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

¹² ... nei limiti in cui siffatta etichetta, e quella di *common law* ad essa usualmente contrapposta, riesca a mostrarsi, con le dovute precisazioni, ancora utile a finalità sistematica. Questa verifica, tuttavia, richiederebbe svolgimenti argomentativi che si porterebbero troppo oltre l’*hortus conclusus* entro cui questa succinta riflessione è obbligata a stare.

relazione ad altre esperienze¹³. E così si è non poche volte assistito al necessario temperamento di soluzioni legislative connotate da eccessiva rigidità, specie grazie allo strumento delle additive di principio¹⁴, che si consegnano quindi allo stesso legislatore per gli ulteriori, opportuni svolgimenti e, nel frattempo, ai giudici comuni sollecitati ad estrarre – attingendo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono¹⁵ – dai principi somministrati dalla Consulta le regole buone per i singoli casi.

Come si vede, il modello più congeniale al conseguimento di sintesi complessivamente accettabili tra i beni della vita in gioco è quello che vede la compartecipazione, pur nella distinzione dei ruoli e delle responsabilità, di tutti gli operatori istituzionali, tra i quali un posto di centrale e crescente rilievo è ormai da riconoscere alle Corti europee con le quali le Corti nazionali, costituzionali e non, sono chiamate ad un quotidiano, fitto e fecondo “dialogo”¹⁶.

¹³ Riferimenti, nella ormai incontenibile lett., in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio vita*, Giuffrè, Milano 2012, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2010, 231 ss.; S. PENASA, in molti scritti, tra i quali *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e, ora, i contributi alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio 2016, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli.

¹⁴ Dal suo canto, a riprova di quello che può ormai considerarsi un bisogno diffuso e intensamente avvertito, la stessa giurisprudenza europea in non poche circostanze incoraggia ed orienta, specie a mezzo delle sentenze-pilota, siffatte operazioni di manipolazione dei testi di legge volte a renderne, per quanto possibile, duttile la struttura.

¹⁵ Le accresciute responsabilità, morali e giuridiche, cui i giudici comuni vanno al presente incontro, specie in relazione alle questioni di biodiritto, sono messe in particolare evidenza da R. CONTI, in molti studi, tra i quali, in forma organica, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, quindi, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014 (su quest'ultima opera, S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2014, 14 maggio 2014). V., inoltre, utilmente, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. GIANNITI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'attuale contesto ordinamentale*, Sez. III, cap. VIII, parte I, in AA.VV., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di P. Gianniti, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 500 ss., e, con riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Dike, Roma 2012. In relazione al tema qui specificamente trattato, v. A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, 717 ss.

Quanto poi al rilievo assunto da tecnici e scienziati nella soluzione di molte questioni di biodiritto, v., tra i molti altri, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 431 ss.; AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://www.forumdiquaderni.it), 5 novembre 2015, e, della stessa, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 83 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in [Rivista AIC](http://www.rivistaaic.it), 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; S. PENASA, oltre che nello scritto monografico sopra richiamato, in *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"?* *Gli effetti del dato scientifico* in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://www.forumdiquaderni.it) 17 dicembre 2015 e, dello stesso, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss. e *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in [Biodiritto](http://www.biodiritto.it), 1/2016, 39 ss.; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016.

¹⁶ Rilievo corrente, per quanto la metafora del “dialogo” risulti caricata di plurime e non sempre convergenti valenze, secondo quanto, ad es., testimoniano di recente i contributi di AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 e, ancora di AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., nonché *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone,

Le esperienze di biodiritto offrono plurime e convergenti testimonianze del fatto che i maggiori e succosi frutti al servizio di taluni pressanti bisogni della persona vengono da discipline legislative e – come si è appena rammentato – pronunzie dei giudici costituzionali¹⁷ connotate da “mitezza” e duttilità di disposti, discipline e pronunzie dunque essenzialmente *per principia*, come tali adattabili senza soverchie difficoltà alla varietà dei casi grazie al seguito ad esse dato da una giurisprudenza comune particolarmente attenta e sensibile ai bisogni stessi¹⁸.

Il divieto di maternità surrogata, nei termini categorici in cui è formulato dalla legge 40, appare dunque una misura draconiana che obbliga molte persone desiderose di vedere appagato il loro bisogno di genitorialità a correre rischi anche personali gravi pur di aggirarlo. Ciò che più importa è che, per effetto dello stesso, possono poi determinarsi situazioni difficilmente reversibili, caratterizzate da relazioni affettive la cui traumatica rottura può in non pochi casi esser motivo di indicibili sofferenze.

L’irragionevolezza del divieto, dunque, sembra essere provata, quanto meno per l’aspetto degli effetti che possono aversene in talune congiunture.

Si tratta allora di delineare un percorso diverso, se non pure radicalmente alternativo, che consenta di attutire i danni costituzionali, a carico cioè degli interessi protetti dalla Carta nel loro fare “sistema”.

2. La ratio del divieto di organizzazione delle pratiche di maternità surrogata e la “logica del dono”

Come si diceva, non vi è dubbio che il divieto di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione di pratiche di maternità surrogata sancito dall’art. 12, VI c. della legge n. 40 miri a scongiurare l’eventualità che la gravidanza sia trasformata in un’occasione di lucro da chi, sfruttando la situazione di difficoltà e di disagio in cui si trovino donne disposte alla gestazione per altri in cambio di un compenso, procuri a coppie che possano permettersi di pagare cifre consistenti la rapida soddisfazione del loro desiderio di genitorialità. Da più parti si sottolinea come tale divieto trovi una copertura nei principi sanciti dagli artt. 1 e 3 della Carta di Nizza-Strasburgo e dall’art. 21 della Convenzione di Oviedo, relativi all’invulnerabilità della dignità umana e all’inammissibilità di ogni forma di mercificazione del corpo umano o di sue singole parti, ma non va dimenticato che esso trova un fondamento ancora più immediato nell’art. 31 della nostra Costituzione. L’affidamento alla Repubblica della *protezione* della maternità, dell’infanzia e della gioventù si giustifica in quanto tali delicate fasi della vita sono connotate da una intrinseca condizione di vulnerabilità, dovuta al *deficit* di autosufficienza che – in modo diverso – caratterizza ciascuna di esse. Tale fragilità si accentua,

Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹⁷ Aggettivo cui qui nuovamente si assegna significato materiale, estendendolo altresì alle Corti europee, sempre di più appunto portate, pur nella peculiare, complessiva conformazione, a “costituzionalizzarsi” [la tendenza è segnalata da molti autori, tra i quali, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l’Italia: sui rischi dell’ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, nella stessa *Rivista*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un’Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

¹⁸ L’adozione di discipline legislative “miti” o “leggere” in relazione a questioni di biodiritto è patrocinata da una copiosa, sensibile dottrina: tra gli altri, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, consultabile in <http://docenti.unicam.it/tmp/5413.pdf>; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biodiritto*, 3/2015, 168 e A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5. Infine, se si vuole, anche A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

come è ovvio, quanto più le donne in gravidanza, i minori e i giovani appartengano a fasce socialmente ed economicamente “deboli” e siano perciò esposti a forme di incisione sulla loro dignità e sui loro diritti fondamentali da chi intenda approfittarsi della loro inesperienza o della situazione di bisogno in cui versino.

In questa luce, deve concludersi che il divieto abbraccia *qualsiasi* forma di “messa sul mercato” della maternità, quale che sia il *nomen* con cui tali pratiche vengano definite (maternità surrogata, maternità sostitutiva, gestazione per altri, etc.)¹⁹. La mercificazione della maternità e la “contrattualizzazione” della consegna dei neonati ai “committenti” dietro pagamento di una somma di denaro determinano un’incisione intollerabile sulla dignità della gestante, trasformando in *mezzo* il grembo femminile, e sulla dignità dei bambini, ridotti a *beni commerciabili*, così che tali pratiche non possono in alcun caso considerarsi lecite nel nostro ordinamento, nemmeno quando le madri surrogate dichiarino di accettare liberamente di sottoporsi all’inseminazione. Ma se è questa la *ratio* del divieto, esso non dovrebbe trovare applicazione quando la maternità surrogata possa configurarsi come fattispecie ispirata alla *logica del dono*²⁰. Ci si riferisce ad una dimensione analoga – anche se non in tutto coincidente, come subito si vedrà – a quella sottesa alla donazione degli organi tra viventi, che *ordinariamente*, nel nostro ordinamento, può avvenire solo tra parenti, proprio perché possa presumersene la gratuità²¹.

La disciplina su cui si intende qui ragionare dovrebbe perciò consentire che una donna, parente di un’altra donna sterile – che potrebbe definirsi la “madre d’intenzione” –, si dichiari liberamente e gratuitamente disponibile ad accogliere nel proprio grembo il seme del marito o del convivente di

¹⁹ Nella maggior parte degli Stati dell’Unione europea la stipulazione di accordi di tipo commerciale aventi ad oggetto la gestazione per altri è considerata illegale, ma vi sono ordinamenti, come ad esempio quelli del Belgio, della Grecia, della Danimarca e del Regno Unito, che ammettono il ricorso alla maternità surrogata a titolo gratuito, pur sempre nel quadro di limiti e controlli di vario genere. Per questo, i casi di “turismo procreativo” si indirizzano sovente verso gli Stati extra Ue in cui la disciplina prevede minori restrizioni. In proposito, anche per indicazioni di diritto comparato, v. *ex multis* B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biodiritto*, 2/2014, 157 ss.; allo stesso indirizzo, v. anche M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, 1/2016, 173 ss.; ancora B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, 2/2016, 39 ss.; C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *GenIUS*, III/2016, consultabile in [articolo29](#); *ibid.*, v. anche I. ANRÒ, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*; D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, 1/2017, 19 ss. Cfr. anche il *dossier* messo a punto dalla Direzione generale delle politiche interne del Parlamento Ue, intitolato *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell’Ue*, nella banca dati all’indirizzo reperibile all’indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/committees/it/supporting-analyses-search.html>.

²⁰ In tal senso, v. A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., § 3; V. SCALISI, *Maternità surrogata. Un divieto ancora attuale?*, Relazione alle giornate di studi su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit. (Messina, 5-6 Maggio 2016), in *paper*, spec. 4 ss. In giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004, v. Tribunale di Roma, ord. 17.7.2000 (consultabile al portale telematico www.bioeticas.org), che ha riconosciuto la liceità di un contratto atipico di maternità surrogata determinante l’impegno della madre portante all’impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, in mancanza di un corrispettivo ed in considerazione dell’intento di realizzare l’interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio. Di recente, si esprime favorevolmente verso l’ammissibilità di ipotesi di maternità surrogata «in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica dello scambio mercantile», bensì alla «pratica “relazionale” della gestazione per altri» l’ordinanza, dietro cit., della Corte di appello di Milano che propone la questione di costituzionalità relativa all’art. 263 c.c. In senso analogo, ancorché in un *obiter*, v. anche Corte cass., I sez. civ., n. 24001/2014, in *Biodiritto*, 2015.

²¹ In sintesi, può qui ricordarsi la legge n. 458/1967 sul trapianto di rene da donatore vivente, alle cui norme rinviano anche la legge n. 483/1999 sul trapianto parziale di fegato e la legge n. 167/2012 sul trapianto parziale di pancreas, polmone e intestino. Essa ammette che il dono dell’organo possa avvenire, in deroga all’art. 5 c.c., da parte di genitori, figli, fratelli germani o non germani del paziente, purché l’atto sia compiuto a titolo gratuito e secondo le modalità previste dalla stessa legge. Solo nel caso in cui il paziente non abbia i consanguinei indicati o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita – sempre a titolo gratuito – oltre che per altri parenti, anche per donatori estranei: in tali casi, l’inclusione di questi ultimi nel novero dei possibili donatori si giustifica, in guisa di *extrema ratio*, alla luce del pericolo di morte in cui versa il ricevente.

quest'ultima, individuabile come il "padre d'intenzione"²². Il legislatore potrebbe, a tal fine, modificare la legge n. 40/2004 – la surrogazione di maternità, infatti, non è che una variante della fecondazione eterologa²³ – per introdurre un'eccezione esplicita al divieto da questa previsto, onde consentire che le coppie di coniugi o di conviventi ammesse alle procreazione artificiale possano indicare la donna, legata da vincoli di parentela alla "madre d'intenzione", disposta in modo del tutto gratuito a sottoporsi all'inseminazione presso le strutture abilitate ai sensi della stessa legge, a portare avanti la gravidanza sino al parto, ed, infine, a dichiarare di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, I c., d.P.R. n. 396/2000. Dovrebbe infatti essere prevista anche un'eccezione all'art. 9, II c., della legge n. 40, che vieta l'anonimato per le donne che partoriscono dopo avere avuto accesso alle pratiche di procreazione assistita: si tratta di un divieto all'evidenza connesso a quello relativo alle pratiche di maternità surrogata, ed appunto per questo dovrebbe essere derogabile nel caso di cui si discute. Se così non fosse, la madre surrogata sarebbe considerata *ipso iure* come madre legale del bambino, poiché nel nostro ordinamento tale è colei che ha partorito (art. 269, c.c.)²⁴. Parimenti, sarebbe necessario prevedere un'eccezione al divieto, previsto dal c. I dello stesso art. 9, di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte del coniuge o del convivente della madre surrogata il quale sia stato consenziente all'inseminazione.

Qui affiora l'analogia con la donazione degli organi tra viventi, anche se – lo si è accennato – non si tratta di fattispecie in tutto sovrapponibili. La sterilità – come ha evidenziato la Corte costituzionale nella [sent. n. 162/2014](#) sull'incostituzionalità del divieto di inseminazione eterologa – può incidere in misura rilevante sulla salute delle coppie, impedendo a quelle che desiderino una famiglia che abbia anche dei figli l'esercizio della libertà di autodeterminarsi nella sfera familiare fondata sugli artt. 2, 3 e 31 Cost., ma certamente non espone all'imminente rischio di morte che la donazione di organi mira a contrastare. L'accostamento può invece farsi per quanto riguarda la dimensione altruistica: se, infatti, è evidente che chi fa dono di un proprio organo a un familiare si espone ai rischi e ai disagi connessi all'operazione chirurgica di espianto e all'inevitabile impoverimento permanente della propria efficienza fisica, è vero che anche nell'ipotesi di maternità surrogata a titolo gratuito qui delineata affiora una componente rilevante di generosità. Si consideri, infatti, che l'inseminazione richiede un procedimento invasivo, che la gravidanza può esporre la gestante a disagi psico-fisici e che il parto comporta rischi anche gravi per la salute e persino per la vita della puerpera. Ma, soprattutto, si tenga conto che, per la donna che mette al mondo il bambino – di cui è e resterà per sempre la madre biologica, avendogli donato la vita – può non essere facile rinunciare a rivestire il ruolo di madre "sociale", dichiarando di non voler essere nominata. Poiché la gravidanza «è un processo che coinvolge completamente il corpo della madre [...] in un'unione inscindibile di quelli che saranno due esseri solo dopo un tempo relativamente esteso di necessaria e totale condivisione»²⁵, tale decisione può risultare non meno ardua – e, perciò, non meno generosa – di quella di privarsi di un organo a vantaggio di un familiare. In entrambi i casi, chi dona sa che il suo gesto, pur procurandogli disagi anche gravi, potrà alleviare una situazione di sofferenza psico-fisica di una

²² In tal senso si esprimeva, nel 1985, il parere formulato da una Commissione di studio nominata dai Ministri della giustizia e della ricerca scientifica della Germania federale, presieduta dal Presidente della Corte costituzionale Ernst Benda, dal titolo «Fecondazione in vitro, analisi genomica e terapia genetica»: cfr. in proposito A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in [Biodiritto](#), 2/2016, 148 ss.

²³ Così, V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 2 del paper.

²⁴ Della rigida applicazione di tale principio nel nostro ordinamento si è avuta conferma nel caso doloroso degli "embrioni scambiati", su cui v. per tutti A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, ora in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, *Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino 2015, 91 ss. *Ibidem*, 92, l'A. ricorda come anche la Corte di Giustizia sembri condividere tale visione, in quanto – adita in via pregiudiziale dall'Employment Tribunal di Newcastle upon Tyne del Regno Unito – non ha considerato "madre" una lavoratrice che, in qualità di committente, aveva avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, negando che essa vantasse alcun titolo al congedo per maternità (Grande Camera, 18 marzo 2014, in causa C-267/12, C.D. c. S.T.).

²⁵ Così, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in [Biodiritto](#), 2/2016, 101.

persona cara, afflitta da una patologia non altrimenti contrastabile: la *solidarietà*, in questi casi, si sublima in una forma di *fraternità*.

Naturalmente, quanto sin qui detto presuppone che dal “distacco” del neonato dalla madre biologica non derivino sofferenze tali da incidere sul diritto di quest’ultimo ad uno sviluppo sano ed equilibrato. Chi scrive non si riconosce competenze per esprimersi in merito, ma può qui ricordarsi che a tal proposito la Corte d’appello di Milano, nella citata ordinanza di rimessione attualmente pendente dinanzi alla Corte costituzionale, evidenzia che gli esiti delle ricerche cliniche effettuate negli Stati dove la gestazione per altri è regolamentata, mostrano come i neonati “separati” dalla madre biologica per essere accolti amorevolmente dai “genitori di intenzione” non manifestano segni di particolari problemi emotivi, cognitivi o relazionali nella fase della crescita²⁶. Il rispetto del superiore interesse del bambino esige, tuttavia, che qualora il Parlamento si muova nella direzione qui auspicata, questo aspetto sia verificato con minuziosa attenzione, attraverso l’utilizzo a largo raggio degli strumenti conoscitivi a disposizione delle Camere²⁷.

Resterebbero in ogni caso escluse le forme di surrogazione che consentono la moltiplicazione dei donatori del materiale genetico, ammettendo che l’ovocita e/o il seme possano essere offerti in modo anonimo da una donna e/o da un uomo esterni alla coppia di genitori “intenzionali”: soluzioni del genere, oltre a determinare situazioni di incertezza sull’identità genetica del bambino, fuoriescono all’evidenza dalla “logica del dono” tra persone identificate e legate da un vincolo di parentela²⁸. Peraltro, è vero che – come si è detto – l’esistenza di tale legame consentirebbe di presumere la gratuità della surrogazione, ma si tratterebbe di una presunzione che ammette la prova del contrario. Pertanto, oltre alla nullità di ogni forma di pattuizione che configuri un compenso per la madre surrogata, dovrebbero prevedersi anche sanzioni adeguate per il caso in cui, dietro l’apparenza della gratuità, la gestazione e la consegna del bambino in realtà si siano svolte a titolo oneroso. In tali ipotesi spetterebbe al giudice decidere in merito alla permanenza o meno del bambino presso la “famiglia d’intenzione”, pur sempre alla luce del superiore interesse del minore ed al di fuori di rigidi automatismi, in modo che – ad esempio – sia possibile, di volta in volta, tenere conto del trauma che il bambino potrebbe subire in caso di allontanamento dai “genitori intenzionali”, specie qualora sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo dal momento in cui essi lo hanno accolto.

3. La maternità surrogata e la rivendicazione di Antigone

Una volta che la madre surrogata abbia partorito e dichiarato di non voler essere nominata, il “padre d’intenzione” potrà riconoscere il neonato e chiederne l’inserimento nella propria famiglia, ai sensi dell’art. 252 c.c. Peraltro, per la consorte o per la convivente sarà possibile anche l’adozione in casi particolari, *ex art. 44, I c., lett. b) e d)*, l. n. 184/1983²⁹. Quanto allo sviluppo nel tempo dei rapporti tra i “genitori d’intenzione” e la madre biologica, ogni decisione sarebbe rimessa alla loro determinazione, così come dipenderebbe dalle loro scelte il grado di coinvolgimento di quest’ultima nella vita del bambino. In ogni caso, il figlio nato da maternità surrogata sarebbe senza dubbio titolare del diritto a conoscere le proprie origini, anche ai sensi della nota [sent. n. 278/2013](#) della Corte costituzionale³⁰.

²⁶ Cfr. i risultati esposti nel *dossier Modern families parents and children*, curato dal *Centre for Family Research* dell’Università di Cambridge, consultabile all’indirizzo telematico www.cambridge.com.

²⁷ In proposito, v. le perplessità avanzate da C. CHINI, *Maternità surrogata*, cit., 184 ss.

²⁸ Sul punto, v. per tutti R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in [Biodiritto](#), 2/2016, 3 ss.

²⁹ In argomento, v. S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in [Biodiritto](#), 2/2016, 8.

³⁰ Sul tema, v. almeno E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all’art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [Rivista AIC](#), Osservatorio 2013; M. CASINI - C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all’indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l’“adozione per la nascita”*, in [Biodiritto](#), 2/2014, 135 ss.; *ivi*, 2/2016, 211 ss., v. anche D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l’esperienza estera*. Per i profili internazionalistici, v.

Implicando la coincidenza necessaria tra padre genetico e padre “intenzionale”, la disciplina qui delineata predisporrebbe anche un rimedio alla eventualità che questo intenda sottrarsi alle proprie responsabilità – ad esempio, nel caso in cui il bambino nasca con malformazioni o con problemi gravi di salute – in quanto individuerebbe con certezza ed *ex ante* la persona verso cui sarà possibile indirizzare l’azione di dichiarazione di paternità ai sensi degli artt. 269 ss. c.c.³¹. Pertanto, la proposta ora avanzata impedirebbe che si verifichi quanto può invece accadere – ed è accaduto: basti pensare al cit. caso *Paradiso e Campanelli* – nelle ipotesi di maternità surrogata stipulata all’estero, qualora, in seguito alla scoperta dell’insussistenza del legame genetico tra il “padre d’intenzione” ed il bambino, questo si ritrovi privo di genitori genetico-biologici e venga dichiarato adottabile. Un’eventualità che, oltre ad essere traumatica per il bimbo, può dare origine a situazioni paradossali. Bisogna infatti considerare che in caso di affidamento ad un’altra famiglia, con questa si consolidano legami affettivi che, in nome del superiore (e, talvolta, “tirannico”) interesse del minore, i giudici potrebbero ritenere non più rescindibili, *in nessun caso*. Emblematica – anche se non relativa a una maternità surrogata – la vicenda in cui la figlia di pochi anni di due genitori divenuti tali in tarda età, è stata ad essi sottratta e dichiarata adottabile in conseguenza di una denuncia per abbandono di minore, poi risultata del tutto infondata: ma poiché per giungere a tale accertamento la macchina della giustizia ha impiegato ben sette anni, la magistratura ha ritenuto che comunque la bambina non potesse più essere distolta dal nuovo contesto familiare cui era stata affidata per essere restituita alla famiglia d’origine, in ragione del grave trauma che in tal caso avrebbe subito³².

L’introduzione della normativa qui auspicata, inducendo gli aspiranti genitori a non intraprendere la via del “turismo procreativo” ed offrendo le garanzie di certezza ora viste, contribuirebbe a contenere il numero di tali «situazioni per così dire claudicanti, ovvero giuridicamente esistenti in uno Stato e improduttive di effetti in un altro»³³.

Occorre tuttavia tenere presente che, in coerenza con la “logica del dono”, la madre surrogata conserverebbe la possibilità di revocare il suo consenso in ogni momento, senza esporsi, sul piano giuridico, ad alcuna conseguenza negativa. Nessun vincolo giuridicamente coercibile discenderebbe dalla sua dichiarazione di disponibilità o dagli accordi raggiunti con i genitori “d’intenzione”, così che essa potrebbe, ad esempio, rifiutare di sottoporsi materialmente all’inseminazione, come pure, dopo l’inseminazione, potrebbe decidere di interrompere la gravidanza, senza che da tali comportamenti possa sorgere alcuna responsabilità giuridica verso i genitori “intenzionali”. E, soprattutto, dopo il parto potrebbe scegliere di essere nominata nell’atto di nascita: come Antigone, essa potrebbe infatti rivendicare che non è lecito ad alcuno separarla da ciò che è indiscutibilmente “suo”, in quanto madre legale del bambino che ha partorito, ai sensi dell’art. 269 c.c.

Un tale comportamento, che priverebbe la “madre intenzionale” della possibilità di instaurare alcuna relazione giuridicamente rilevante con il bambino, potrebbe determinare un conflitto tra la madre surrogata ed il “padre d’intenzione”, qualora anche questo rivendichi i suoi diritti di padre genetico ed entrambi pretendano di tenere il figlio presso di sé. Sarà inevitabile, allora, ricorrere al giudice, affinché stabilisca a chi affidare il bambino e quali siano le condizioni che il genitore affidatario deve osservare e quelle cui l’altro deve attenersi.

Certamente, il quadro ora tracciato non è confortante. Tuttavia, posto che neppure in tale caso si determinerebbe una situazione di incertezza sull’identità del bambino, e dunque non si riscontrerebbero gli estremi per l’apertura delle procedure di adottabilità, occorre chiedersi – in nome, prima di tutto, del superiore interesse del minore – se sia preferibile lasciare le cose come stanno ovvero se non sia il caso di introdurre una disciplina come quella qui proposta, pur con le sue imperfezioni. Come già accennato, occorre considerare che in questo momento storico, a fronte di un

L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIUS*, III/2016, 43 ss., consultabile in [articolo29](#). Tra i contributi più recenti, v. M. GENSABELLA, *Il diritto del nato da eterologa alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione alle *Giornate di studio su La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit., in *paper*.

³¹ In tal senso, v. A. VALONGO, *La gestazione*, cit., 150.

³² Cfr. *La Corte d’Appello toglie la figlia ai genitori-nonni: “La bimba è adottabile”*, in www.adnkronos.it, 17.3.2017.

³³ Così, C. RAGNI, *Gestazione per altri*, cit., 6.

rilevante calo delle domande di adozione³⁴, si registra una significativa espansione del “turismo procreativo”, comprovata dal progressivo innalzarsi del numero dei casi giudiziari, sconosciuti sino a qualche anno fa, nascenti dalle false dichiarazioni rilasciate da “genitori d’intenzione” al fine di far risultare come figlio legittimo il bambino che sia nato da una maternità surrogata condotta a termine in un altro Stato³⁵.

Questo *trend* non può essere ignorato: a tacer d’altro, alle procedure di maternità surrogata all’estero possono accedere, *senza alcun controllo*, anche le coppie italiane che siano già state considerate inidonee alla genitorialità adottiva, o che comunque siano palesemente tali: si pensi, ad esempio, a “padri di intenzione” nella cui fedina penale si ritrovino precedenti per reati di violenza domestica o di pedofilia. Con l’ulteriore aggravante che tale “percorso alternativo” all’adozione si apre soltanto per quanti possano permetterselo economicamente, determinandosi perciò una disparità di trattamento basata esclusivamente sul reddito, non molto diversa da quella che si era delineata come conseguenza del divieto dell’inseminazione eterologa³⁶. Il rigido divieto relativo alla maternità surrogata, così come oggi è formulato, non può impedire (anzi, contribuisce a far sì) che le coppie italiane si rechino all’estero per soddisfare il loro desiderio di genitorialità, arricchendo chi fa mercato della maternità, esponendo talvolta i bambini, una volta rientrati in Italia, alla dichiarazione di adottabilità, ed incidendo *sempre* sul diritto di ognuno di essi a conoscere la propria identità biologica: non esiste infatti alcuna garanzia che, in futuro, sia possibile accedere ai dati relativi alle madri surrogate, le quali peraltro – vivendo in un altro Paese – sono ordinariamente tagliate fuori dalla vita dei bambini che hanno messo al mondo. Tanto che in questi casi non appare del tutto errata l’orribile locuzione, sovente utilizzata dai *media*, che riduce il loro apporto a quello di un mero “utero in affitto”.

In questa luce, benché proprio con riguardo agli ambiti della bioetica – e specialmente in materia di procreazione assistita – sia possibile constatare come la giustizia si sia ormai trasformata in «una sorta di muro del pianto al cui cospetto reclamiamo la garanzia di aspettative che avevamo risposto nello Stato sociale di diritto»³⁷, sembra a chi scrive che non possa prescindere dall’intervento legislativo³⁸. Il divieto relativo alla maternità surrogata non può essere integralmente rimosso attraverso una dichiarazione di incostituzionalità “secca”, come è accaduto per quello rivolto all’inseminazione eterologa, poiché l’obiettivo da raggiungere non è la sua pura e semplice eliminazione, bensì l’introduzione di ipotesi di gestazione per altri inscrivibili nella “logica del dono”.

³⁴ L. MOLA, *Nel 2015 meno 16%. Adozioni in caduta libera. E crollano le domande*, in Avvenire.it, 17.3.2017.

³⁵ In linea di massima, la magistratura di merito esclude la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale e di alterazione di stato ogni qualvolta l’atto sia già stato formato dall’autorità amministrativa estera alla stregua della normativa vigente nel Paese straniero: cfr., *ex multis*, M. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assoluta del Tribunale di Milano*; ID., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*; M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all'estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, tutti in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2014. Anche la Corte di cassazione ha confermato tale atteggiamento “benevolo”: cfr., ad esempio, Corte cass., V sez. pen., sent. n. 13525/2015, in [Biodiritto](#), 2016.

³⁶ Per quest’ultimo rilievo, v. la più volte ricordata ordinanza con cui la Corte di appello di Milano solleva la questione di costituzionalità dell’art. 263 c.c.

³⁷ La citazione è tratta da A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* (2001), tr. it. a cura di D. Bifulco, Raffaello Cortina Editore, Roma 2007, 276.

³⁸ Con specifico riferimento alla procreazione assistita, di recente ha ribadito la necessità che si rinsaldi la distinzione di ruoli tra «il legislatore, chiamato a predisporre soluzioni normative coerenti ai valori ed alle regole di rango costituzionale, (e perciò) essenziali e flessibili, ed i giudici, chiamati ad attuare ed implementare tali fattispecie normative, generali ed astratte, in ragioni delle peculiari caratteristiche dei casi concreti» L. D’ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e diritto: brevi notazioni introduttive*, Intervento alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit., in *paper*, 4. Anche G. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 12, auspica «il ripristino e la convalida della sequenza tra valori, principi, leggi, loro applicazione nel concreto, senza che le difficoltà e le incertezze dell’interpretazione mettano in crisi tutta la sequenza fin dalla sua origine». Nello stesso senso, v. anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, *ibidem*.

Ma non è pensabile che a tale esito possa giungersi esclusivamente in via giurisprudenziale, risultando a tal fine imprescindibili le modifiche “mirate” alla legge n. 40 prima viste, le quali non possono che derivare da una scelta *politica*.

Spetterebbe inoltre al Parlamento decidere se ed in quali termini riferire la disciplina su cui si è ragionato anche alle coppie *same sex*, che – com’è noto – sono escluse dal raggio d’azione della legge n. 40. Qui si tocca un tema delicato e complesso, che non è possibile approfondire in questa sede³⁹. Appare però opportuno rilevare come una innovazione del genere sarebbe meno distante dalla realtà del nostro ordinamento di quanto a prima vista possa apparire: almeno, tale è l’impressione per chi non si limiti a considerare esclusivamente la recente disciplina sulle unioni civili, bensì tenga anche conto dei noti orientamenti giurisprudenziali che per un verso consentono la c.d. *stepchild adoption*, applicando anche alle coppie omosessuali l’art. 44, I c., lett. d) della legge n. 183/1984, e per l’altro riconoscono efficacia giuridica ai provvedimenti stranieri di adozione in favore di coppie omosessuali⁴⁰.

³⁹ Nella letteratura amplissima, v. AA.VV., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, a cura di A. Sperti, Plus, Pisa 2013; S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Laterza, Roma-Bari 2015; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2016, 129 ss.; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2/2017, 190 ss.

⁴⁰ Sull’applicabilità dell’art. 44, c. 1, lett. d) della legge n. 184/1983 alla fattispecie dell’adozione del figlio del partner nelle coppie omosessuali, v. spec. Corte cass., sez. I civ., sent. n. 12962/2016, *ivi*, 2016, con nota di M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*. Tra le decisioni più recenti relative ai provvedimenti stranieri di adozione, v. Corte cass., I sez. civ., sent. n. 19599/2016, che ha sancito la trascrivibilità in Italia dell’atto di nascita formato all’estero dal quale risulti che il minore è figlio di due madri, consultabile in [articolo29](#), 2016, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell’amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell’atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso* (ma v. le perplessità espresse da G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L’interesse del minore e il limite dell’ordine pubblico*, in [giudicedonna.it](#), 4/2016). Più di recente, v. Corte d’Appello di Trento, 23 febbraio 2017, consultabile in [articolo29](#), 2017, con nota di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d’Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, nonché i due decreti dell’8 marzo 2017 del Tribunale per i minorenni di Firenze, entrambi in consultabile in [articolo29](#), 2017, con nota di A. SCHILLACI, *“Una vera e propria famiglia”: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell’omogenitorialità*. Su di essi, v. anche M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in [Diritti Comparati](#), 2017.

In tema, v. anche [Corte cost., sent. n. 225/2016](#), secondo cui sebbene l’art. 337-ter, c.c. preveda che il minore ha il diritto di conservare rapporti significativi con i *parenti* di ciascun ramo genitoriale, l’interruzione ingiustificata da parte di un genitore del rapporto instaurato dal proprio figlio con soggetti che non siano consanguinei – come ad esempio, l’ex compagna, in caso di conclusione di una relazione tra due donne – può essere ricondotto alla ipotesi di condotta pregiudizievole per il minore, in relazione alla quale l’art. 333 c.c. prevede che il giudice possa adottare idonei provvedimenti.