



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
XXXII CICLO

Alfio Guido Grasso

LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO FILIALE
NELLA MATERNITÀ SURROGATA SOLIDALE:
VALORI PERSONALI E RUOLO DEL CONSENSO

—————
TESI DI DOTTORATO
—————

Tutor:

Chiar.mo Prof. Ugo Salanitro

Coordinatrice:

Chiar.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

Indice

Capitolo primo

LA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: PER UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEL DIVIETO.

1. I diritti della coppia sterile tra fecondazione eterologa e maternità surrogata.	4
1.1. Il diritto alla salute della coppia infertile.	11
1.2. Il diritto all'autodeterminazione procreativa.	20
2. (<i>Premessa</i>). La rilevanza della dignità della gestante. Prime conclusioni.	31
2.1. La nozione polisemica di dignità.	34
3. La salute della gestante.	47
4. La condizione del minore.	52
5. La rilevanza del collegamento genetico.	56
6. I costi per la collettività.	60
7. Il limite dell'ordine pubblico.	66
7.1. L'incidenza del buon costume.	77

Capitolo secondo

LO STATUS DEL NATO DA GESTAZIONE PER ALTRI

1. Il criterio di attribuzione della maternità nell'ordinamento italiano.	84
2. La maternità surrogata e il principio d'indisponibilità degli status.	94
3. Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con il genitore genetico: i principi Cedu e la loro rilevanza.	99
4. Costituzione del rapporto di filiazione con la madre intenzionale e anonimato della partoriente: <i>a</i>) quando la madre genetica è coniugata.	107
4.1. (<i>Segue</i>) <i>b</i>) quando la madre genetica non è coniugata.	111
5. Il ruolo del consenso nella disciplina della procreazione medicalmente assistita.	116
5.1 Regola del consenso e costituzione del rapporto di filiazione con la madre intenzionale.	125
6. Il conflitto tra madre intenzionale e madre surrogata.	135
7. La costituzione del rapporto filiale dal lato paterno.	142

Capitolo terzo

LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA VOLONTÀ NELLA GESTAZIONE PER ALTRI.

1. Autonomia privata e surrogazione di maternità.	149
2. L'atto di consenso dei genitori intenzionali e l'assunzione di responsabilità nei confronti del nato.	160
2.1. La revoca del consenso dei genitori intenzionali.	162
3. L'atto di consenso della madre surrogata.	169
3.1. (<i>Segue</i>). La revoca del consenso della madre surrogata.	175
4. Maternità surrogata e interruzione volontaria della gravidanza.	178
5. L'effetto combinato degli atti di consenso.	186

Bibliografia	194
---------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

LA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: PER UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEL DIVIETO.

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 fondamentale¹, 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 tale diritto o se sia consentito all'interprete integrare il sistema, colmandone le lacune assiologiche. Non si intende affrontare un dubbio siffatto in termini soltanto teorici, quanto piuttosto misurarsi 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 legittimità² –, sussisterebbero i presupposti per avviare una

¹ 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'USSEAU; 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.

² Cass. pen., 17.01.2019, n. 2173, in www.italgiure.giustizia.it; Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 737, con nota di U. SALANITRO; anche in *Familia*, 2019,

specifica analisi volta a verificare quali siano, *de iure condito*, gli spazi che la disciplina ordinaria concede all'attuazione di codesto interesse che si pretenda sovraordinato.

L'ipotesi va valutata, in particolare, dopo la sentenza 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale³, con la quale i giudici delle leggi hanno 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. 40⁴.

È pur vero che non si debbono trascurare gli indici di segno opposto che emergono anche dalla recente storia della giurisprudenza costituzionale⁵. Va sottolineato al riguardo che il paradigma argomentativo di cui alla sentenza n. 162\2014 non solo non è stato anticipato nella sentenza 8 maggio 2009, n. 151⁶, ma non è stato nemmeno ripreso nelle sentenze 5 giugno 2015, n. 96⁷ e 11

345, con nota di M. BIANCA; *Fam. e dir.*, 2019, 653, con nota di M. DOGLIOTTI e G. FERRANDO; *Corr. giur.*, 2019, 1198, con nota di D. GIUNCHEDI e M. WINKLER.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Per un quadro delle più importanti pronunce della Corte costituzionale intervenute in materia di procreazione medicalmente assistita si rinvia a F. AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Famiglia*, 2019, 561.

⁶ Corte cost., 8.5.2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, II, 2301. Si ricorda anche l'ordinanza d'inammissibilità della Corte cost. del 9.11.2006 n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, 3831, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40\2004, nella parte in cui vietava di sottoporre l'embrione a diagnosi preimpianto.

⁷ Corte cost., 05.06.2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, I, 2254, con nota di G. CASABURI.

novembre 2015, n. 229⁸, in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili⁹. È dallo stesso testo della sentenza n. 162\2014 che risalta inoltre la cautela dei giudici costituzionali, i quali, in un *obiter dictum*, tengono a precisare che la fecondazione eterologa vada “*rigorosamente tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta ‘surrogazione di maternità’, espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia*”¹⁰.

Nonostante da questa affermazione non possa ricavarsi un giudizio di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata, essa denota l’intenzione del giudice costituzionale di limitare la portata dell’intervento di costituzionalità. In altri termini emerge – anche dalla più recente pronuncia 18 dicembre 2017, n. 272, avente ad oggetto la disciplina dell’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità riguardante proprio un nato da maternità surrogata – “*la forte censura che la Corte costituzionale indirettamente muove verso quella dottrina e giurisprudenza che, in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, tende ad allentare, nei rapporti di diritto privato, la coerenza del*

⁸ Corte cost., 11.11.2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, XII, 3749.

⁹ Peraltro, nelle ultime due sentenze citate viene accantonato anche il riferimento al diritto di autodeterminazione della coppia nella sua scelta di procreare, il quale aveva invece costituito uno dei due pilastri (insieme al diritto alla salute) sui quali si fondavano le motivazioni della sentenza n. 162\2014: R. POMIATO, *Diagnosi preimpianto e tutela dell’embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Eur. dir.*, I, 2016, 219; per S. STEFANELLI, *Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 3, 682, la scelta dei giudici delle leggi di “*pronunciare l’incostituzionalità per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., e dichiarare assorbiti gli altri motivi*” – in particolare, la scelta di dichiarare assorbita la questione del diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative, la cui violazione, ad opera del divieto di accesso, era stata sollevata dai giudici remittenti nelle loro ordinanze (v. Trib. Roma ord. del 15.11.2014 e Trib. Roma ord. del 28.2.2014) – mostra la volontà della Consulta “*di rifiutare la prospettiva individualistica che ispirava, nella decisione del 2014 che aprì le porte alla procreazione eterologa, il richiamo agli artt. 2 e 31 Cost.*

¹⁰ È interessante notare come il Comitato Nazionale di Bioetica abbia approvato a maggioranza una mozione (18.3.2016) con la quale ha confermato la necessità del divieto di maternità surrogata (pur riservandosi di esprimere con un altro e più articolato parere sulla maternità surrogata altruistica). Già il Comitato francese per la bioetica aveva adottato una mozione analoga (1.4.2010) con la quale aveva ribadito la validità del divieto contenuto nel codice civile (art. 16 – 7). La contrarietà del comitato francese alla “*gestation pour autrui*” è stata ribadita anche più di recente in un documento (reso pubblico il 18.9.2018) volto a contribuire al dibattito interno in merito alla riforma della c.d. legge bioetica: v. https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf (ultima consultazione 3.8.2019)

*divieto della maternità surrogata; censura che manifesta l'intento del Giudice delle leggi di difendere su questo punto l'assetto normativo della l. n. 40/2004, indicando, quale prevalente sul diritto alla salute della coppia e sul diritto all'autodeterminazione, la rilevanza costituzionale dell'interesse pubblico alla dignità della donna gestante e delle relazioni umane”*¹¹.

Pur tenendo conto di questi rilievi, l'oggettiva portata degli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale consente di superare (o, quantomeno, di mettere da canto) la suesposta posizione soggettivamente riduttiva e, contemporaneamente, conduce a ritenere estensibili le motivazioni della sentenza n. 162\2014 anche al di là della fattispecie del divieto di fecondazione eterologa.

Considerare, come fa la Corte, la sterilità una malattia lesiva del diritto alla salute della coppia e produttiva di disabilità¹², ritenere le tecniche di procreazione

¹¹ U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 557, opinione a margine di Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 6, con nota di G. CASABURI; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540, con nota di A. GORGONI.

¹² È interessante notare come la Corte per la prima e, finora, unica volta (cfr. Corte cost. n. 151\2009, *cit.*, 2301, n. 96\2015, *cit.*, 2254, n. 229\2015, *cit.*, 3749, 13.4.2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509) si riferisca alle patologie che impediscono la riproduzione come “*produttive di una disabilità*” (Corte cost., n. 162\2014, *cit.*, 756). Il concetto di disabilità è un concetto indeterminato, i cui confini tendono sempre più a sfumare, che, come il concetto di malattia, è stato sottoposto ad un profondo processo di relativizzazione e di soggettivizzazione: cfr. sul concetto di disabilità v. M. G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto*, Torino, 2016, 1; A. D. MARRA, *Disabilità, bioetica e ragionevolezza*, Milano, 2017, 1. Alcuni autori hanno sostenuto che, per giungere a qualificare un individuo come disabile, non si possa prescindere dalla sua percezione come tale: *ex multis*, J. SWAIN et al. (eds.), *Disabling Barriers, Enabling Environments*, Sage, London 1993; J. GARDNER – T. MACKLEN, *Disabilità umane: su cosa significhi l'aver accesso a un valore*, in “*Ragion Pratica*”, 6 (2011), 9. Nello specifico, è controversa la qualificazione dell'infertilità (al pari dell'obesità, dell'anoressia, dell'alcolismo) in termini di disabilità: M.G. BERNARDINI, *op. cit.*, 4. Secondo S. HOLM, *Infertility, Childlessness and the Need for Treatment*, in D EVANS (a cura di), *Creating the Child The Ethics Law and Practice of Assisted Procreation*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 69, la risposta dipende dal tipo di sterilità, anche se “*if we want to talk about infertility as such [...] it therefore seems more natural to talk about infertility as a permanent disability or a handicap and not a disease*”. Secondo questo A. solitamente “*calling something a disease ordinarily implies some ongoing biological process and not just the reversible or irreversible but essentially stable outcome of such a process*”. Tuttavia, Holm è attento nel precisare che non sempre si richiede il ricorrere di questo processo biologico in corso per potersi parlare di “*disease*”, infatti, “*we accept [...] that the woman with blocked tubes have a disease, since the obstructed tubes interfere with the normal process bringing the egg from the ovaries to the uterus once a month*”, nonostante normalmente il termine venga usato in relazione a processi biologici in corso di svolgimento. Per altre forme di sterilità, invece, (quelle irreversibili, per intenderci) non potrà parlarsi di malattia in quanto non si è in presenza di alcun processo biologico in corso: ad esempio, “*a man with azoospermia is neither ill, nor diseased, but he is clearly disabled*”. Negli Stati Uniti la qualificazione di malattia dell'infertilità e della sterilità è strettamente connessa con la questione della copertura assicurativa: J.F. DAAR, *Accessing Reproductive Technologies: Invisible Barriers, Indelible Harms*, 2008, 23

medicalmente assistita strumenti terapeutici potenzialmente in grado di curarla, aderire ad un concetto di salute ampio e non limitato alla mera sfera organica, reputare la scelta di ricorrere alla procreazione artificiale comunque espressione della determinazione della coppia di avere o meno un figlio e, come tale, stimarla come incoercibile da parte del legislatore (“*qualora non vulneri altri valori costituzionali*”), 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*”¹³. Tanto più che la posizione restrittiva della Corte costituzionale del 2017, per come argomentata, non pare coinvolgere quella forma di maternità surrogata c.d. solidale o gratuita¹⁴, che pure appare compresa nel divieto dal recente *dictum* della Cassazione¹⁵.

Occorre sottolineare al riguardo che nella sentenza del 2014 i Giudici delle leggi, dopo aver escluso sia i pericoli eugenetici legati all’introduzione dell’eterologa¹⁶ sia i rischi per la salute dei donanti e dei donatari superiori a quelli insiti in ogni pratica terapeutica, 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 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

Berkeley J. Gender L. & Just. 18; M. KOKIASMENOS - L. MIHALICH, *Assisted Reproductive Technology*, in *Georgetown Journal of Gender & the Law*, 2004, 5(1), 637.

¹³ Cfr. M. MORI, *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, 1989, 272, secondo il quale “*nel momento in cui si afferma che le NTR [Nuove tecnologie riproduttive] sono un “procedimento terapeutico”, almeno implicitamente, si viene ad affermare che la sterilità è una malattia e, quindi, si abbandona il piano descrittivo per affermare una ben precisa soluzione normativa*”; anche F. Cassone, *La surroga materna tra tutela dell’integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I, 2008, 114.

¹⁴ In questo senso U. SALANITRO, *Azioni di status e favor minoris*, cit., 557.

¹⁵ Cass., sez. un., n. 12193/2019, cit., 737.

¹⁶ Giacché il divieto è stato censurato nella parte in cui impediva l’accesso a detta tecnica da parte di coppie affette da patologie causa di irreversibile sterilità o assoluta infertilità.

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 procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo secondo gli ordinari canoni 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 concreto¹⁷.

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 leggi¹⁸ 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 disabilità¹⁹.

Il medesimo percorso argomentativo può essere sostenuto in relazione alla maternità surrogata, ove la si ritenga vietata in modo assoluto. Va, tuttavia, messo in evidenza che, mentre nella fecondazione eterologa l'unico interesse di particolare spessore che si contrapponeva al diritto della coppia alla procreazione era rappresentato dalle *“esigenze di tutela del nato”*, nel caso della maternità surrogata, oltre alla pur presente necessità di proteggere il minore, vengono in

¹⁷ Corte cost., 22.11.2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 471, con nota di T. AULETTA.

¹⁸ 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.

¹⁹ M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 23.

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 gioco²⁰.

²⁰ Rinviando per alcuni aspetti ad altre parti della trattazione può dirsi che nell'ambito della comunità femminista sono emerse profonde divisioni attorno alla legittimità del ricorso alla maternità surrogata: cfr. in generale S. BEHUNIAK-LONG, *Radical conceptions: Reproductive technologies and feminist theories*, in *Women and Politics*, 1990, 10(3), 39; N. TAUB, *The surrogacy controversy: Making and remaking the family*, in *Controversy: Politics of technical decisions*, a cura di D. NELKIN, 1992, 227, Thousand Oaks, CA: Sage. Esiste una prima posizione che guarda con favore alla pratica, poiché reputata in grado di liberare le donne dalla tradizione che lega il parto al matrimonio, consentendo loro di generare in assenza di un *partner*: C. DAVIS, *Commentary: alternative modes of reproduction: the locus and determinants of choice*, in *Reproductive laws for the 1990s*, a cura di S. COHEN – N. TAUB, Humana Press, 1989, 421; ovvero perché consente anche alle donne disabili di avere figli: A. ASCH, *Reproductive technology and disability*, in *Reproductive laws for the 1990s, cit.*, 69; e, più in generale, perché attraverso il riconoscimento di un insopprimibile diritto della donna di disporre del proprio corpo espande il potere del genere femminile: C. SHALEV, *op. cit.*, *passim*. Tuttavia, vi è chi – in una diversa e maggioritaria prospettiva – ritiene la pratica umiliante per le donne: G. COREA et al, *Man-Made Women: how new reproductive technologies affect women*, Hutchinson, 1985, 38; R. GIBSON, *Contract motherhood: Social practice in social contexts*, in *Living with contradictions: Controversies in feminist social values*, a cura di A. M. JAGGAR, 1994, 402, Boulder, CO: Westview; R. MACKLIN, *Is there anything wrong with surrogate parenthood: An ethical analysis*, in *Law, Medicine and Health Care*, 1988, 16(1-2), 57; considerandola al contempo una forma di prostituzione e di schiavitù mascherata: R. ROWLAND, *Living Laboratories, Women and Reproductive Technologies*, Indiana University Press, 1992, 156, potenzialmente in grado di creare un mercato dei corpi e, quindi, una totale “*commodification*” del corpo femminile: S. TANGRI – J. KAHN, *Ethical issues in the new reproductive technologies: Perspectives from feminism and the psychology profession*, in *Professional Psychology: Research and Practice*, 1993, 24, 271; R. POLLACK PETCHESKY, *The Body as Property: A Feminist Re-Vision*, in F. GINSBERG – R. RAPP (eds), *Conceiving the New World Order: The Global Politics of Reproduction*, Berkeley, CA: University of California Press, 1995, 395. Inoltre, si sottolinea come il prezzo da pagare per consentire alle donne disabili di avere un figlio sia l'edificazione di una “*surrogate class*”, formata per la maggior parte da donne nere e povere: L. NSIAH-JEFFERSON, *Reproductive laws, women of color, and low-income women*, in *Reproductive laws for the 1990s, cit.*, 23, allettate dalla pratica per il bisogno urgente di denaro: A. L. ALLEN, *Surrogacy, slavery, and the ownership of life*, in *Harv J Law Public Policy*, 1990, 13(1), 147; J. EINWOHNER, *Who becomes a surrogate: Personality characteristics*, in J. OFFERMAN -ZUCKERBERG (Ed.), *Gender in transition: A new frontier*, New York: Plenum, 1989, 123. Tale prospettiva è effettivamente confortata dalle ricerche di O. VAN AKKER, *A longitudinal pre pregnancy to post delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: confidence gynecology*. *J. Psychosom Obstet Gynecol* 2005, 26(4), 281, ove emerge la distanza sociodemografica tra le madri intenzionali e le madri surrogate, sia per l'aspetto economico che per il livello d'istruzione. Vi è da dire, tuttavia, che secondo altre ricerche le madri surrogate sono per lo più ventenni o trentenni bianche, cristiane, sposate con figli propri: 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, 7, 57; J.C. CICCARELLI, *The surrogate mothers: A post birth follow-up study*, 1997, Unpublished Doctoral Dissertation. Los Angeles: California School of Professional Psychology, *passim*; C.G. KLEINPETER – M.A. HOHMAN, *Surrogate motherhood: Personality traits and satisfaction with service providers*, 2000, *Psychological Reports*, 87, 957; H. RAGONE, *Chasing the blood ties: Surrogate mothers, adoptive mothers and fathers*, in *American Ethnologist*, 1996, 23, 352; O. VAN DEN AKKER, *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, in *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 2003, 21, 145; donne i cui redditi sono realmente modesti (anche se non bassissimi), principalmente appartenenti alla classe operaia, spinte alla

1.1 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, conseguentemente, quale terapia che permette di avere figli a coloro che non potrebbero procreare naturalmente²¹.

La soluzione è stata criticata da chi ha ravvisato che la fecondazione eterologa non può essere considerata una terapia, in quanto non cura la sterilità²², 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*”²³.

Entrambe le critiche possono essere superate.

pratica si dai soldi ma innanzitutto da motivi altruistici: J. C. CICCARELLI - L. J. BECKMAN, *Navigating rough waters. an overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of social issues*, 2005, 61(1), 29; O. VAN DEN AKKER, *op. ult. cit.*, 145; H. RAGONE, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, CO, USA, 1994, *passim*; H. HANAFIN, *The surrogate mother: An exploratory study*, 1984, Doctoral dissertation, California School of Professional Psychology, *Dissertation Abstracts International*, 45(10-B), 3335.

²¹ Il tema del possibile contrasto del divieto di fecondazione eterologa con il diritto alla salute degli aspiranti genitori era già stato affrontato e risolto nel senso della rilevanza e della non mera infondatezza da due delle tre ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale: il testo delle ordinanze è consultabile in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2013, 912, con commento di I. RAPISARDA. In particolare, secondo la prospettiva del Tribunale di Catania (la cui ordinanza appare la meglio argomentata) dalla qualificazione delle tecniche di PMA quali rimedi terapeutici – che considera tali “*sia in relazione ai beni che ne risultano coinvolti, sia perché implicano un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, coperto da SSN e diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione*” – deriverebbe la conseguenza che la l. 40/2004 con il divieto di eterologa impedirebbe, senza ragioni, “*la cura di una patologia acclarata di cui la coppia è affetta*”: Trib. Catania, 13.4.2013, *cit.*, 926.

²² 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.

²³ 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.

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 salute²⁴: all'interno di questa seconda categoria, che comprende la dialisi, le protesi, gli occhiali, è stata ricondotta anche la fecondazione eterologa²⁵. In quest'ottica, la sterilità non dovuta al naturale invecchiamento, rientra nel concetto di malattia, sia perché impedisce una funzione biologica essenziale, sia perché ad essa si accompagnano sintomi psicologici causa di potenziali patologie psichiche²⁶; per converso, la sterilità derivante dall'ordinario processo di invecchiamento non può considerarsi una malattia²⁷. Le tecnologie riproduttive, se intese come rimedio eccezionale e residuale, volto a superare i più gravi stadi di sterilità, e non come forma

²⁴ 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: M. MORI, *Nuove tecnologie riproduttive*, op. cit., 286; 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.

²⁵ Viene così superato l'orientamento che negava la terapeuticità della procreazione medicalmente assistita, per il quale si veda: M. MORI, *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova, 1989, 274; A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1984, Milano, 964; M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, vol. IV, *Filiazione, Adozione, Alimenti*, a cura di T. AULETTA, Torino, 2011, 355; M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, nel trattato BONILINI – CATTANEO, vol. III, *Filiazione e adozione*, Torino, 2007, 259; anche M. SBISA', *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.

²⁶ M. BARNI, *Presupposti e finalità della F.A.*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, F.D. BUSNELLI – A.R. GENAZZANI – E. RIPEPE (a cura di), Roma, 1997, 11.

²⁷ L. NORDENFELT, *La natura della salute. L'approccio della teoria dell'azione*, tr. it. S. RINI, Milano, 2003, nota 16.

alternativa di procreazione, sono configurabili come strumenti volti a salvaguardare il benessere della coppia e, quindi, come forme particolari di terapia che permettono di avere dei figli a coloro che naturalmente non potrebbero averne. Di conseguenza, concepire il ricorso alla procreazione medicalmente assistita come rimedio alla sterilità comporta il sorgere di un diritto alla terapia che, a sua volta, determina la pretesa positiva di fare ricorso all'intervento artificiale²⁸.

Tuttavia, per poter considerare ricompreso nella disposizione contenuta nell'art. 32 Cost. il diritto di accedere alle tecniche di procreazione assistita per avere un figlio²⁹, la Corte costituzionale ha dovuto aderire ad una concezione di salute non limitata alla sfera fisica, bensì estesa anche ai profili psicologici e relazionali dell'individuo³⁰. 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*”³¹, a testimonianza del profondo cambiamento intervenuto,

²⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020; D. VINCENZI AMATO, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., 84; G. FORLEO, *Autori del proprio futuro*, in *Tecniche di fecondazione assistita aspetti etici e giuridici*, Padova, 1986, 135; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, 29; *contra* A. TRABUCCHI *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 510, per il quale *non si potrebbe far rientrare come esplicitazione di libertà la pretesa di ricorrere a metodi artificiali nella prospettiva terapeutica di un rimedio alla sterilità; la nascita di un uomo non può mettersi sul piano della soddisfazione per surrogata di un desiderio per natura assurdo in quanto irraggiungibile. Desiderio che in astratto potrebbe essere nello stesso modo affermato o appagato da un impotente, come da chi abbia oltrepassato per età o altro la capacità riproduttiva*”.

²⁹ Non si tratterebbe del diritto di avere dei figli, ma del diritto di provare ad averli: S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, 113.

³⁰ L. MONTUSCHI, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di) 1976, Roma, 164. Sottolinea G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, 1071, che le “*obiezioni ricorrenti che tendono a screditare la medicina della riproduzione ponendola fuori dall'orizzonte terapeutico, a operare una stretta selezione dei soggetti che possono accedervi e delle tecniche ammesse non hanno pregio quando si abbandoni l'idea di salute intesa in termini meramente organicisti. Nel caso dell'infermità il dato biologico tende a sfumare, vengono in primo piano gli aspetti psicologici, il significato che ha per ciascuno di noi, essere padri e madri. È l'esperienza soggettiva che rende, per molte coppie e per molte donne, ‘malattia’ quello che per altri non è tale*”.

³¹ Critici verso questa definizione per la sua eccessiva ampiezza e il suo carattere utopistico: D. CALLAHAN, *The who definition of health*, in *Contemporary issues in Bioethics*, 3 ed., 1989, 80;

principalmente nel corso del secolo scorso, nell'accezione dei concetti di salute e malattia³². Nonostante la definizione dell'OMS e le riflessioni dei filosofi della

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.

³² A partire dal XVII-XVIII secolo si iniziarono a delineare le due concezioni generali delle malattie e della salute (tracce delle quali si trovano già in Ippocrate, in Paracelso, in Sydenham e in Morgagni) le quali andranno a costituire la base delle speculazioni dei filosofi della medicina del Novecento: il meccanicismo localistico e l'olismo. La prima concezione ritiene un individuo sano se i suoi organi funzionano normalmente e considera la malattia un funzionamento anomalo di una componente dell'essere umano. All'interno di questa concezione, la quale si concentra principalmente sul singolo organismo e sulla singola parte del corpo malata, non vi è spazio per giudizi di tipo valutativo o soggettivo dei concetti di salute e malattia, intesi in un senso unicamente biologico. La salute è assenza di malattia. Per la concezione olistica, invece, la quale considera l'essere umano nella sua globalità, un individuo è sano se si sente bene ed è in grado di conseguire i suoi scopi sociali e vitali; la malattia, al contrario, è un processo che tende a ridurre lo stato di salute così inteso. Secondo questa concezione salute e malattia sono concetti valutativi, i quali non possono basarsi su nozioni biologiche: cfr. P. SGRECCIA, *La dinamica esistenziale dell'uomo*, Milano, 2008, 26; G. FEDERSPIL, P. GIARETTA, C. RUGARLI, C. SCANDELLARI, P. SERRA (a cura di), *Filosofia della medicina*, Milano, 2008, 235. Canguilhem e Nordenfelt, due tra i più importanti filosofi della medicina del secolo trascorso, hanno ripreso, attualizzandola, questa disputa filosofico-scientifica, e hanno offerto un punto di vista originale in grado di influenzare non solo le riflessioni mediche ma anche quelle giuridiche intorno ai concetti di malattia e salute. A Canguilhem si devono due fondamentali riflessioni: la malattia è tale se lo è per il malato; la malattia non è mai di una parte del corpo ma è sempre malattia dell'organismo intero. In estrema sintesi, Canguilhem rifugge da una definizione di malattia standardizzata, uguale per tutti, in quanto ritiene che questa cambi in base all'ambiente, alla società, al vissuto di ognuno. L'autore francese considera che è l'uomo in sé a sentirsi malato e lo stesso giudizio medico non può restringersi al giudizio del patologo ma deve aprirsi al giudizio clinico olistico: se esiste una medicina è perché gli uomini si sentono malati: G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, tr. it., Torino, 1998, 9. Nordenfelt, invece, riprende, in parte modificandola, la teoria biostatistica di Boorse - per il quale una persona malata si distingue da una persona sana per il fatto di non essere in grado di far fronte a tutti i tipi di situazioni standard - e la riflessione di Whitbeck e Porn - per i quali la salute di una persona consiste nella sua capacità di conseguire gli obiettivi che si è prefissata - attraverso l'introduzione del concetto di benessere (che considera, per gli uomini, l'equivalente del termine felicità). "A è sano se, e solo se, date circostanze standard nel suo ambiente, è in grado di conseguire quegli scopi che sono condizione necessaria e sufficiente perché egli raggiunga un minimo di felicità"; al contrario "è in vario grado infermo, se non possiede questa capacità". Nella sua concezione l'autore svedese include sia la salute fisica che quella mentale. Da queste riflessioni discende una precisa idea di malattia, per la quale "M è un tipo di malattia nell'ambiente A se, e solo se, M è un tipo di processo fisico o mentale che, quando ricorre in una persona P in A ha un'elevata probabilità di causare infermità a P": L. NORDENFELT, *cit.*, 24). Adotta una nozione simile di salute anche Lennox per il quale salute e malattia coincidono, rispettivamente, con il successo e l'insuccesso nel perseguimento (e nella realizzazione) di scopi vitali: J. C. LENNOX, *Health as an objective value*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1995, 20, 499. Progressivamente, il concetto di salute ha finito col coincidere con il concetto di qualità della vita, di benessere sociale; nella riflessione di A. BOWLING (*Measuring health. A review of quality of life measurement scales*, 1991, Milton Keynes, UK: Open University Press, 1) la salute si contraddistingue per il possesso di alcune condizioni che vanno dalla capacità di far fronte allo stress, al tasso personale di soddisfazione sul piano morale e psicologico, ad una buona forma fisica e mentale: cfr. sull'evoluzione del concetto di salute G. CORBELLINI, *Breve storia delle idee di salute e malattia*, Roma, 2004. La salute ha coinciso sempre più con il benessere, con il quale s'intende "l'equilibrio psicologico, la soddisfazione emotiva, la capacità di assolvere alla propria vita di relazione": E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 165.

medicina, la dottrina italiana ha continuato a definire ancora per lungo tempo la salute “*quale stato anatomico-fisiologico, corrispondente in atto ed in potenza ad un essere naturalmente normale*”³³. Ciò era dovuto al fatto che la dottrina più risalente, da un lato, ignorava la regola rappresentata dall’art. 32 Cost., cui negava qualsiasi carattere innovativo³⁴, e, dall’altro lato, rimaneva vincolata al dato normativo di cui all’art 5 c.c.³⁵. Difatti, le più risalenti definizioni di salute tendevano a far coincidere questo termine con l’espressione integrità fisica, restringendone, in tal modo, la portata³⁶. In realtà, pur nella loro somiglianza, i due termini esprimono concetti distinti: se con integrità fisica intendiamo riferirci ad un valore principalmente da salvaguardare, avente ad oggetto un prototipo di persona esente da menomazioni fisiche, con salute vogliamo riferirci ad un valore sì da conservare ma soprattutto da promuovere, da incrementare, costituente il tramite per la realizzazione della personalità umana³⁷.

La svolta in merito alla considerazione del diritto alla salute si deve anzitutto all’autorità del Mortati³⁸, a partire dalla riflessione del quale si iniziò ad affermare una nuova dimensione della malattia, intesa “*non più (o non solamente) come stato patologico acuto pericoloso per la società, ma soprattutto come mera instabilità della salute in senso lato*”³⁹ e, specularmente, una nuova e più ampia

In definitiva, se da un lato si è giunti ad una progressiva dilatazione del campo di azione della medicina e dell’idea di salute – intesa in senso dinamico di miglioramento della propria condizione psicofisica e non statico di assenza di infermità –, dall’altro lato si è inteso affrancare la malattia dalle concezioni che la limitavano alle alterazioni anatomico-funzionali dell’organismo, estendendo al punto tale i confini della nozione da farvi rientrare anche quei disagi e disturbi connessi con la realtà sociale e ambientale in cui la persona vive e lavora.

³³ F. PERGOLESI, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corr. amm.*, 1961, 993.

³⁴ Cfr. S. LESSONA, *Commentario della Costituzione*, a cura di CALAMANDREI – LEVI, Firenze, 1950, 333.

³⁵ Cfr. I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di “salute”: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in *Riv. it., med., leg.*, 2017, n. 1, 126.

³⁶ Per ampi riferimenti bibliografici si fa rinvio a F.D. BUSNELLI – U. BRECCIA (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979, 16.

³⁷ M.D. CHERUBINI, *Tutela della salute e cc.dd. atti di disposizione del corpo diritto privato*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA, Milano, 1978, 81; C.M. D’ARRIGO, *Salute*, voce, in *Enc. dir.*, Milano, Aggiorn., V, 2001, 1017.

³⁸ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort.*, 1961, 1; cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1023.

³⁹ D. POLETTI – M. ZANA, *La tutela della salute nella legislazione speciale italiana*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 50.

concezione della salute, intesa come “*uno stato, cioè una certa condizione di benessere da conservare nel tempo o, meglio, un valore percepito dal soggetto e generato da una serie complessa ed interdipendente di fattori esterni ed interni al soggetto stesso*”⁴⁰. Peraltro, le conseguenze di questo nuovo modo di intendere la salute si sono riverberate sul rapporto giuridico-semanticamente tra i termini salute e integrità fisica (art. 32 Cost. e art. 5 c.c.)⁴¹, con la conseguenza che si è giunti a ritenere che il concetto di integrità fisica dovesse comprendere anche la salute psichica oltre che quella fisica⁴².

In questo quadro, di fronte ad un problema di infertilità o di sterilità, la lesione della salute non riguarda solo il soggetto direttamente interessato, ma anche il suo *partner*: sia perché vi sono determinate ipotesi in cui l’infertilità dipende

⁴⁰ A. SIMONCINI – E. LONGO, *Sub art. 32*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Milano, 2006, 655. Hanno contribuito a questo cambiamento anche importanti interventi in campo normativo, come la disciplina sull’interruzione volontaria della gravidanza (legge 22.5.1978, n. 194) e la legge sul mutamento di sesso (legge 14.4.1982, n. 164), e numerose pronunce sia della Corte costituzionale: Corte cost., 18.2.1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515, che ha preceduto la di poco successiva legge sull’interruzione volontaria di gravidanza; Corte cost. 24.5.1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173, in materia di rettificazione di sesso; sempre in materia di transessualità, deve inoltre ricordarsi: Corte cost., 5.11.2015, n. 221, in *Giur. Cost.*, 2015, 2041, con nota di L. FERRARO; Corte cost., 10.5.1999, n. 167/1999, in *Foro it.*, 1999, 2163; Corte cost., 8.6.1987, n. 215, in *Foro it.*, 1987, 2935; Corte cost., 4.7.2018, n. 251, in *Federalismi.it*, 9/7/2008, n. 14, tutte in materia di socializzazione dei portatori di handicap, che della giurisprudenza ordinaria, tanto di legittimità: Cass., 14.1.1988, n. 208, in *Quadr.*, 1988, 433; Cass., 21.1.1990, n. 411, in *Orient. giur. lav.*, 1991, 2387; Cass., 1.8.2006, n. 17461, in *Giust. civ.*, 2007, 3, 624; Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, quanto di merito: Trib. Milano 14.5.1998, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2000, I, 92, con commento di P. ZATTI. Infine, partecipi di questo mutamento sono stati anche i Codici deontologici medici succedutisi negli anni: se nel codice del 1995 già risuonava la definizione dell’OMS: “*La salute è intesa nell’accezione biologica più ampia del termine come condizione, cioè, di benessere fisico e psichico della persona*”, nei codici del 1998 e del 2006 questo richiamo si fa ancor più manifesto attraverso l’espunzione del termine “biologico”, a testimonianza dell’adozione di un concetto di salute sganciato dalla sola condizione fisico-materiale: “*la salute è intesa nell’accezione più ampia del termine come condizione, cioè, di benessere fisico e psichico della persona*”.

⁴¹ V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, I, *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, Milano, 2011, 584.

⁴² A. DE CUPIS, *Integrità fisica*, voce, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 1; ID, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, II ed., 1982, 114; R. ROMBOLI, *Sub art. 5.*, nel *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, I, *Delle persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988, 235; C.M. D’ARRIGO, *Integrità fisica*, voce, *Enc. dir.*, Milano, aggiornam., IV, 2000, 727; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 26; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 1021; M.T. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 859. Si è sostenuto che la Costituzione avrebbe prodotto una modifica tacita dell’art. 5 c.c., sostituendo al concetto statico di integrità fisica quello dinamico di salute di cui all’art. 32 Cost.: R. ROMBOLI, *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica dir.*, 1991, 568; dello stesso avviso B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 50. In giurisprudenza, Corte cost. n. 356 del 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2967.

dall'incompatibilità biologica tra i due componenti della coppia⁴³, sia perché attiene alle conseguenze psicologiche e relazionali derivanti dall'impossibilità di avere un figlio all'interno della coppia⁴⁴.

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

⁴³ 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”.

⁴⁴ Per questa ragione, le coppie affette da sterilità o da assoluta infertilità frequentemente vanno incontro alla depressione, all'isolamento, a disturbi psicosomatici e a disturbi di carattere sessuale: A. TROUNSON – C. WOOD, *Extracorporal fertilization and embryo transfer*. *Clin Obstet Gynecol*, 1981, 8(3), 681; S.R. LEIBLUM – E. KEMMMANN – M.K. LANE, *The psychological concomitants 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 *Contracezione Fertilità Sessualità*, 2001, 163. Mette in luce la possibilità che lo stato d'infertilità possa rappresentare la fonte di gravi disturbi psicologici Trib. Roma, ord. 17.2.2000, in *Fam. dir.*, 2000, 151, con nota di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO; anche in *Giur. merito*, 2000, I, 530, con nota di A. G. CIANCI, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*; *Dir. fam. pers.*, 2000, I, 706, con nota di L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*; *Rass. dir. civ.*, 2000, 199, con nota di E. CAPOBIANCO e M. G. PETRUCCI, *La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale di Roma*; *Corr. giur.*, 2000, 483, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*; *Giustizia civ.*, 2000, 1157, con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*; *Ragion Pratica*, 2000, 247, con commento di P. DONADONI, *Il desiderio e il diritto. Maternità per conto terzi?*; in *Notizie di Politeia*, 2000, 12, con commento di M. MORI, *Libertà procreativa e pluralismo etico: il caso della “gravidanza surrogata”*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 310, con nota di A. ARGENTESI; *Bioetica*, 2000, 498, con commenti di V. FINASCHI, G. FERRANDO, M. G. GIAMMARINARO e F. BUSNELLI. Il giudice, in particolare, ha sostenuto che “se pure non si possa ritenere che «il generare» sia necessario alla salute, non si può escludere che, in determinati casi, il desiderio di procreazione non appagato può comportare squilibri psichici dai risvolti patologici, specie per le donne”; critico L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, cit., 726, per il quale “sebbene la sterilità, soprattutto per la donna, possa essere causa di squilibri psichici dalle conseguenze patologiche, appare comunque difficile potere sostenere in via generale che la nascita di un figlio sia per gli aspiranti genitori necessaria alla loro salute”.

rilevanza di quegli interessi che si manifestano per gli individui in quanto componenti della coppia⁴⁵.

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 terapia⁴⁶, 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,

⁴⁵ D'altronde, è parimenti controvertibile l'assunto secondo il quale le tecniche di procreazione artificiale verrebbero considerate dalla legge n. 40/2004 come non attinenti al diritto alla salute, in quanto dai lavori preparatori e dal testo dell'art. 1 si ricaverebbe la volontà del legislatore di non considerare le tecniche di PMA delle terapie: L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. per.*, II, 2004, 799, per il quale "il combinato disposto degli artt. 1 e 4 [della l. n. 40/2004] indica chiaramente che il diritto di accesso a tali tecniche non può configurarsi come rientrante nel diritto individuale alla salute"; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. per.*, 2005, I, 176; L. IMARISIO - C. TRIPODINA, *La giustizia secondo la Corte*, in *Demo. dir.*, 2015, n. 1, 138; G. ROCCHI, *op. cit.*, 4. I sostenitori di questa interpretazione utilizzano come argomento a loro favore le parole della allora relatrice della *Relazione di maggioranza C.47-A della XII Commissione permanente (affari sociali)*, secondo la quale le tecniche di fecondazione artificiale "non sono una terapia", "né possono essere equiparate al trapianto", ma sono un mero "sostegno alla coppia e quindi a due soggetti, interessando poi i diritti e la condizione di un terzo soggetto, il bambino" (*Relazione del 26.3.2002 dell'on. Le Dorina Bianchi*). Senonché dopo questa Relazione il disegno di legge subì dei mutamenti ad opera di una modifica emendativa in Aula del testo unificato, all'esito dei quali ne risultò modificato anche in relazione all'aspetto qui esaminato. In particolare, è dall'introduzione del termine "altri" prima di "metodi terapeutici" all'interno dell'art. 1, comma 2, che è possibile argomentare la natura terapeutica delle tecniche di PMA: cfr. 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, 1664; nota però I. RAPISARDA, *op. cit.*, 933, "che un mero errore definitorio del legislatore non possa inficiare il fatto che il ricorso alla PMA non è propriamente una terapia". Ritengono altresì che dalla legge n. 40 si ricavi la natura terapeutica delle tecniche di procreazione artificiale: M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., aggiornam., III, Torino, 2007, 1051; M. R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2004, n. 1, 8; M. MORETTI, *op. cit.*, 257; *ex adverso*, negano valore al dato letterale C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, 2004, 59; P. VERONESI, *op. cit.*, 13; G. REPETTO, "Non di sola CEDU". *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pub.*, 2013, 163; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in *Dir. pub.*, 2004, n. 2, 541.

⁴⁶ Parte delle incertezze nel ritenere la maternità surrogata alla stregua di un trattamento terapeutico sono dovute alla difficoltà di considerare il nato al pari di una cura medica per il disagio psicologico della coppia: A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, *cit.*, 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, 211; sul punto anche F. CASSONE, *op. cit.*, 119; G. ROCCHI, *op. cit.*, 6; D. VINCENZI AMATO, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, *cit.*, 185, per il quale la maternità surrogata, piuttosto che rientrante nel campo d'interesse del diritto alla salute, rientrerebbe invece "nel campo della possibilità – liceità di procurarsi un bene mancante"; A. VALLINI, *op. cit.*, 835.

fonte di disagio o di insoddisfazione, potrebbe essere pretesa da chi faccia valere il diritto alla salute⁴⁷.

Ma tali preoccupazioni – peraltro arginate da un recente intervento dello stesso Giudice delle leggi⁴⁸ – 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 chiedersi⁴⁹ se, di fronte

⁴⁷ P. ZATTI, *Maschere del diritto*, Milano, 2009, 233; 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. Più in generale v. R. MOYNIHAN-SMITH, *Too much medicine?*, in *British Medicine Journal*, 2002, 324, 859. Recentemente, la Corte costituzionale, nell'affermare la costituzionalità del divieto d'accesso alla p.m.a. per le coppie dello stesso sesso, ha sostenuto che nell'economia della legge n. 40/2004 l'accesso alle tecniche di p.m.a. rappresenta un "rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati". Pertanto, ammettere l'accesso alle coppie same-sex "esigerebbe la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale," proprio di tale principio guida, "con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)": Corte costituzionale, 18.6.2019, n. 221, consultabile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁴⁸ Recentemente, la Corte costituzionale, nell'affermare la costituzionalità del divieto d'accesso alla p.m.a. per le coppie dello stesso sesso, ha sostenuto che nell'economia della legge n. 40/2004 l'accesso alle tecniche di p.m.a. rappresenta un "rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati". Pertanto, ammettere l'accesso alle coppie same-sex "esigerebbe la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale," proprio di tale principio guida, "con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)": Corte costituzionale, 18.6.2019, n. 221, consultabile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁴⁹ Dubbi in questo senso sono stati espressi 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. La vicenda riguarda un nato da surrogazione in India, la trascrizione del cui atto di nascita estero (riportante i coniugi italiani quali genitori del minore) dopo essere stata in un primo tempo rifiutata, è stata poi ammessa giudizialmente. La Corte di Milano si trovava a decidere sull'appello di una sentenza del Tribunale con cui quest'ultimo aveva accolto la domanda del curatore, diretta a rendere inefficace il riconoscimento del figlio naturale da parte della moglie del padre biologico del nato. Per la Corte meneghina la nozione di salute, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, e in linea con quanto sancito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, comprenderebbe anche la salute psichica. Per una donna, l'impossibilità di portare avanti una gravidanza rappresenterebbe una patologia produttiva di disabilità, fonte di ripercussioni sulla salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia. Pertanto, secondo i giudici la maternità surrogata, al pari della fecondazione eterologa, assumerebbe rilievo di terapia, come tale rientrando nella logica di cui all'art. 1 della l. n. 40/2004. Tuttavia, nonostante l'incidenza del divieto in discorso sui

al caso di una coppia impossibilitata ad avere dei figli in ragione di una patologia o di una malformazione della donna⁵⁰, la surrogazione di maternità possa essere considerata una cura per il disagio psicologico della coppia⁵¹ e conseguentemente il divieto assoluto di maternità surrogata possa comportare un'indebita interferenza con il diritto alla salute⁵².

1.2. 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 espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi⁵³: pertanto i limiti al suo esercizio non possono estrinsecarsi in

principi costituzionali di cui sopra, la Corte, ritenendo il divieto comunque “*strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango, a fronte dei quali risulta giustificata la limitazione legislativa dei diritti prima richiamati, pure costituzionalmente garantiti*”, ha deciso di sollevare altra e diversa questione di legittimità costituzionale rigettata, peraltro, dalla Consulta: Corte costituzionale n. 272/2017, *cit.*, 6. Critico verso la decisione milanese: R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1288.

⁵⁰ 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).

⁵¹ 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; ID, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, 2004, 4; 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.

⁵² 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.

⁵³ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 75, ha criticato il riferimento all'autodeterminazione della coppia ritenendolo falso in senso formale e in senso sostanziale; dello stesso avviso A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 421, nota 12, per il quale nel campo della filiazione non ha senso parlare di autodeterminazione, perché le conseguenze delle scelte procreative ricadono sul figlio, nei confronti del quale è eterodeterminazione ciò che appare autodeterminazione riguardo ai genitori. Riconosce il problema anche S. RODOTA': *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 283, per il quale “*l'autodeterminazione è momento e strumento del governo del sé, produce legittimamente i suoi effetti nella sfera di chi esercita il diritto*” e “*la pretesa di costituire questo diritto in potere di incidenza nella sfera giuridica altrui contraddice proprio la sua ragione fondativa*”. In sostanza, rimane problematica l'individuazione delle condizioni e delle modalità del diritto di procreare, inteso quale estrinsecazione del diritto all'autodeterminazione, se esercitato attraverso l'accesso

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 costituzionale⁵⁴, 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 individuali⁵⁵. Nonostante le nostre corti facciano usualmente riferimento a tale diritto – con riguardo ad ambiti tematici profondamente diversi fra loro, quali, ad esempio, il consenso

alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, soprattutto rispetto alla libertà di determinare le caratteristiche della persona che nascerà.

⁵⁴ Per S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Autonomia e Autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di C. NAVARINI, Roma, 2011, 82, “non di ‘autodeterminazione’ dell’individuo si dovrebbe parlare, ai fini di una valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma delle singole scelte o decisioni che questo assume o compie”; per L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno Nazionale dell’U.G.C.I., Pavia, 5-7.12.2009, a cura di F. D’AGOSTINO, Milano, 2012, 11, “il principio di autodeterminazione non ha una consistenza autonoma: al più, è in grado di descrivere la facoltà di ciascuno di esercitare i diritti però riconosciuti dalla Costituzione; ritiene M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, 2003, 93, che l’autodeterminazione si colloca all’interno di un più generale principio costituzionale di libertà; secondo M. MAZZIOTTI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Milano, 1993, II, 193, il diritto all’autodeterminazione, in uno Stato di diritto, permette al singolo di “fare ciò che per legge non gli è proibito, ossia gode di quello che si può chiamare diritto generale di libertà”; per S. RODOTA’, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 197; ID, *Relazione introduttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 103, il diritto all’autodeterminazione rappresenta il precipitato storico del diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.) e del diritto alla salute (art. 32 Cost.); secondo P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 406, il diritto all’autodeterminazione è un diritto generale della personalità, autonomo e distinto dai singoli diritti di libertà, il cui contenuto dipende dalla volontà del titolare; dubita che l’autodeterminazione sia un diritto costituzionale A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 1.6.2014, 4; G. CRICENTI, *Diritto all’autodeterminazione? Bioetica dell’autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 211, nega l’esistenza di un diritto all’autodeterminazione, perché in radice escluda che possa isolarsi un “bene” identificabile con il termine autodeterminazione distinguibile dai singoli diritti di libertà che realizzano l’autodeterminazione del singolo.

⁵⁵ Per molto tempo la parola autodeterminazione, in un senso propriamente tecnico, è esclusivamente appartenuta al linguaggio del diritto internazionale, nell’ambito del quale esprimeva l’esigenza di autonomia da influenze esterne dei popoli (soggetto emergente nel palcoscenico delle relazioni internazionali). L’*humus* storico-culturale del termine affonda le radici nella fine dei colonialismi allorché si iniziarono a costruire soggettività sottratte al dominio di forze esterne. All’autodeterminazione, infatti, fa riferimento l’art. 12 della Carta delle Nazioni Unite del 1945 e l’art. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. L’attuale ribalta del termine autodeterminazione è sempre legata al bisogno di autonomia, ma, non più di un popolo o di una collettività, bensì di un singolo individuo, il quale pretende di scrivere da sé il “*palinsesto della [propria] vita*”: S. JASANOFF, *Introduction: Rewritign Life, Reframing Rights*, in ID (a cura di), *Reframing Rights, Biocostitucionalism in the Genetic Age*, Mit Press, Cambridge (Mass.) - London 2011, 1.

informato⁵⁶, il transessualismo⁵⁷, le dichiarazioni anticipate di trattamento⁵⁸, il diritto di procreare⁵⁹, la responsabilità medica da nascita indesiderata⁶⁰ – tanto le origini filosofico-politiche (le quali si rinvencono nel liberalismo inglese⁶¹), quanto le radici giuridiche (le quali affondano nel diritto alla *privacy*⁶²) sono da ricercare al di fuori dei confini italiani, nel rapporto tra individuo e Stato, in

⁵⁶ Cfr. Cass. 23.3.2018, n. 7248, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2401 ss., con nota di CAPUTO, tra le più recenti in materia di violazione del consenso informato pur in mancanza di altri danni risarcibili; Cass. 12.6.2015, n. 12205 in *Danno resp.*, 2016, 394, con commento di GAZZARRA, e in *Corr. giur.*, 2016, p. 934 ss., con commento di GRIPPAUDO; Cass. 27.11.2015, n. 24220, in *Danno resp.*, 2017, 63., con nota di MATTINA; Cass., 5.7.2017, n. 16503, in *www.italgiure.it*; Cass., 28.7.2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 621, con nota di V. MONTANI; Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783, con note di CACECE e SCACCHI; Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, 2113; Corte cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4970, con nota di MORANA; Cass., 3.9.2007, n. 18513; Cass., 8.10.2007, n. 20987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 289, con nota di C. SGANGA.

⁵⁷ Cass., 6.6.2013, n. 14329, in *Giur. it.*, 563, con nota di A. SEVERINI; Corte cost., 18.6.2014, n. 170, in *Dir. fam.*, 2014, I, 1018; Cass., 21.4.2015, n. 8097, in *Giur. it.*, 2015, 1812, con nota di B. AGOSTINELLI; anche in *Corr. giur.*, 2015, 1048, con nota di S. PATTI; Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1068, con nota di D. AMRAM.

⁵⁸ Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Corr. giur.*, 2007, 1676, con nota di E. CALO'; anche in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 363, con nota di E. PALMERINI, avente ad oggetto il tragico caso di Eluana Englaro; T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 12.9.2009, n. 8650, *GDA*, 2010, IV, 386, con nota di PIOGGIA.

⁵⁹ Cass. pen. sez. I, 30.1.2008, n. 7791; Trib. Salerno, ord. n. 191, 9.1.2010, in *Giur. merito*, 2010, 1289, con nota di V. SANTARSIERE; Trib. Bologna, ordd. 9.5.2000 e 26.6.2000, in *Corr. giur.*, n. 9\2001, con nota di A. ARGENTESI; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2001, 475 con nota di C. FAVILLI; Trib. Palermo, ord. 29.12.1998, in *Giur. merito*, n. 1\1999, 52, con nota di M. DOGLIOTTI; anche in *Foro it.*, 1999, I, 1653, con nota di L. NIVARRA. Hanno fatto riferimento all'autodeterminazione, per inferirne l'esistenza del diritto di procreare, anche i giudici del Tribunale di Roma che, nel 2000, con un'ordinanza aspramente contestata da parte della dottrina e dell'opinione pubblica di allora, hanno riconosciuto efficacia all'accordo di maternità surrogata gestazionale intervenuto fra una coppia, impossibilitata ad avere naturalmente figli, ed una terza donna, intima amica dei coniugi: Trib. Roma, 17.2.2000, *cit.*, 151.

⁶⁰ Cass., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, I, 152, con nota di A. GORGONI.

⁶¹ Le origini moderne del diritto all'autodeterminazione possono rinvenirsi già in John Locke e, in particolare, nella descrizione della tensione sussistente tra lo Stato e l'individuo e nell'assolutizzazione del binomio intelletto-volontà: cfr. D. MORANDINI, *L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico – politico di John Locke*, in *Riv. scienze comun.*, A. IV (2012) n. 2, 89.

⁶² In questo senso L. ANTONINI, *op. cit.*, 16; S. AMATO, *Autonomia procreativa e diritti riproduttivi*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno di Roma, 30.5.2010, a cura di A. BARENGHI, Milano, 2011, 159. A partire da S.D. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Rev.*, Vol. IV December 15, 1890, 193, i quali concepirono la *privacy* come “*the right to be let alone*” e individuarono nel diritto alla proprietà privata, interpretato estensivamente, quel diritto in grado di garantire la protezione dei sentimenti, delle emozioni e dei pensieri privati, il diritto alla *privacy* tutela una sfera di autogoverno del singolo, generalmente immune dall'interferenze dei poteri esterni.

particolare nel “*confine dentro al quale non entra il potere della res pubblica*”⁶³. Il diritto alla *privacy*, nell’evoluzione giurisprudenziale statunitense⁶⁴, tutela una sfera d’intangibilità del singolo dall’influenza dei poteri esterni⁶⁵, sia pubblici che privati, nella sua dimensione più intima⁶⁶, all’interno della quale rientra anche la libertà negativa di rifiutare qualunque interferenza nelle decisioni concernenti la sfera della riproduzione⁶⁷. Nonostante la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America non si sia ancora espressa circa la sussistenza di un diritto costituzionale di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁶⁸, tuttavia, si è sostenuto che “*the right to make reproductive decisions includes an infertile individuals right to use medically assisted reproductive techniques*”⁶⁹.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ G. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, in *Tratt. Biodiritto, cit.*, 374.

⁶⁶ E. SHILS, *Privacy: its constitution and vicissitudes*, in *Law and contemporary problems*, 1966, 31, 281.

⁶⁷ “*A right [delle persone] to control their own role in procreation unless the state has a compelling reason for denying them that control*”: R. DWORKIN, *Life’s Domination*, London, 1993, 148. Esemplificative a riguardo sono alcune sentenze della Corte Suprema Americana: *Skinner v. State of Oklahoma*, ex. rel. *Williamson*, 316 U.S. 535 (1942), in cui i giudici hanno riconosciuto che il diritto di procreare è uno dei diritti civili fondamentali; *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), in cui il divieto dell’uso di contraccettivi è stato ritenuto lesivo della “*sanctity of the marital bedroom*”, intesa quale sfera inviolabile della persona, protetta dal XIV Emendamento e sottratta al controllo pubblico; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349 (1972), in cui i giudici americani hanno sostenuto che tutti gli individui, sposati o single, godessero della libertà di prendere intime decisioni personali, quale quella di generare o meno un figlio, liberi da eventuali intrusioni statali; *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973), nel quale la Suprema Corte ha ricondotto il diritto di abortire al diritto alla *privacy*; *Casey v. Population Services International* (431 U.S. 678, 1977) nel quale i giudici americani hanno affermato che il XIV Emendamento “*does not allow a state to intrude on an individual’s decisions on matters of procreation which is protected as privacy rights*”; *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, 597 (Tenn. 1992), in *Foro it.*, 1991, IV, 205, con nota di M. MORETTI, in cui i giudici hanno stabilito che gli embrioni crioconservati dovessero essere affidati ad entrambi i coniugi, in quanto affidarli alla moglie, perché proceda all’impianto, senza il consenso del marito, violava il diritto costituzionale di quest’ultimo di non avere un figlio, espressione del più generale diritto di ciascuno di controllare la procreazione; *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003) nel quale la Corte del Massachusetts ha sostenuto che la procreazione non è una condizione necessaria del matrimonio e che le nuove tecnologie permettono alle coppie omosessuali di esercitare il loro diritto di procreazione: cfr. C.P. KINDREGAN JR – M. MCBRIEN, *Assisted Reproductive Technology*, 2011, Chicago, 5.

⁶⁸ Si è espressa, invece, riconoscendolo, una corte federale, nel caso *Lifchez v. Hartigan*, 735 F. Supp. 1361 (1990).

⁶⁹ M. KOKIASMENOS - L. MIHALICH, *cit.*, 616; C.H. COLEMAN, *Assisted Reproductive Technologies and the Constitution*, *Fordham Urb. L.J.*, 2002, 30, 61; J. ROBERTSON, *Children*

Malgrado la sua matrice, il rilievo di tale diritto non giunge a noi direttamente dalla cultura giuridica americana, bensì indirettamente tramite la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte EDU⁷⁰. In particolare, del rilievo del diritto alla *privacy* si fa carico l'art. 8 CEDU⁷¹, il quale trae origine dall'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁷², a sua volta ispirato dal IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti⁷³.

Per esplicitare la nozione di vita privata e familiare la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento a più riprese ad un concetto ampio, non suscettibile di essere esaurito in una definizione puntuale ed esaustiva. I contorni di riferimento dell'art. 8 sono stati chiariti proprio dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, la quale, nell'ambito di queste due nozioni, *“ha riconosciuto tutela ad una gamma di diritti che non trovano immediata rispondenza nel testo scritto della disposizione, per vero generico ed indeterminato, e che sono il frutto di un lento, ma progressivo percorso scandito dall'interpretazione evolutiva del testo convenzionale”*⁷⁴.

of Choise, 1996, Princeton, 35; ID, *Liberty, Identity and Human Cloning*, in *Texas Law Rev.* 76: 1371 (1998), 1441. Per R. DWORKING, *Life's Domination*, London, 1993, 148, il diritto all'autodeterminazione riproduttiva rappresenta il diritto delle persone *“to control their own role in procreation unless the state has a compelling reason for denying them that control”* (invero, Dworking faceva principalmente riferimento all'aborto).

⁷⁰ Il rilievo del diritto alla *privacy* è giunto inizialmente in Italia sotto forma di diritto alla riservatezza, sia come potere di autocontrollo del singolo sulla diffusione di informazioni di carattere strettamente personale, sia, più in generale, come limite alla raccolta e all'impiego arbitrario dei dati personali: v. T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 36; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006. XI; S. RODOTA', *Tecnologia e diritti*, cit., 19; v. anche F. FABRIS, *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista di scienza della comunicazione*, 2009, 2, 74.

⁷¹ Cfr. sull'art. 8 CEDU, C. PAVARANI, *Sub art. 8*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, a cura di C. DE FILIPPI - D. BOSI - R. HARVEY, Napoli, 2006, 291; C. PITEA - L. TOMASI, *Sub art. 8*, in *Commentario Breve alla Convenzione Europea*, a cura di S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, 297; V. ZENO-ZENCOVICH, *Sub art. 8*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padova, 2001, 307; F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005.

⁷² Il testo originario dell'art. 8 CEDU, risultante dai lavori preparatori, è uguale al testo dell'art. 12 della Dichiarazione ONU.

⁷³ W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015, 358.

⁷⁴ A. O. COZZI, *Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel diritto europeo*, in *Annali*, IUSS, Ferrara 1391, Università degli Studi di Ferrara, vol. 1, n. 1(2007)14, 2. A titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, può affermarsi che la Corte eur. dir. uomo, nell'ambito della nozione di vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, ha riconosciuto tutela:

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 comporti un diritto all’autodeterminazione in quanto tale, la Corte ritiene che la nozione di autonomia personale rifletta un principio importante che è stato sotteso all’interpretazione delle garanzie dell’art. 8”⁷⁵. 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”⁷⁶.

al diritto al nome (Corte eur. dir. uomo, *Daròczy c. Ungheria*, 1.7.2008; *Stjerna c. Finlandia*, 25.11.1994; *Guzel Erdagoz c. Turchia*, 21.10.2008), al diritto all’immagine (Corte eur. dir. uomo *Krone Verlag GmbH c. Austria*, 26.5.2002; *Reklos e Davourlis c. Grecia*, 15.1.2009), al diritto all’onore e alla reputazione (Corte eur. dir. uomo A. c. *Norvegia*, 9.4.2009; *Polanco Torres e Movilla Polanco c. Spagna*, 21.9.2010), al diritto alla protezione dei dati personali (Corte eur. dir. uomo *Leander c. Svezia*, 26.3.1987; X c. *Regno Unito*, 6.10.1982; *Gaskin c. Regno Unito*, 7.7.1989; I. c. *Finlandia*, 17.7.2008; S & Marper c. *Regno Unito*, 4.12.2008; *Haralambie c. Romania*, 27.10.2009), al diritto all’integrità psicofisica (Corte eur. dir. uomo X e Y c. *Paesi Bassi*, 26.3.1985; *Osman c. Regno Unito*, 28.10.1998; *Opuz c. Turchia*, 9.6.2009), al diritto di conoscere le proprie origini (Corte eur. dir. uomo, *Odievre c. Francia*, 13.2.2003), al diritto di diventare genitore (Corte eur. dir. uomo, *Dickson c. Regno Unito*, 4.12.2007; *Evans c. Regno Unito*, 10.4.2007, S.H. e altri c. *Austria* 1.4.2010; GC, S.H. e altri c. *Austria*, 3.11.2011), al diritto al rispetto della decisione di abortire (Corte eur. dir. uomo, X c. *Regno Unito*, 13.5.1980; A.B. and C. c. *Irlanda*, 16/12/2010), al diritto al consenso al trattamento sanitario (Corte eur. dir. uomo, *Acmanne e altri c. Belgio*, 10.12.1984; X. F. c. *Turchia*, 22.6. 2003; V.C. c. *Slovacchia*, 16.6.2009; M.A.K. et R.K. c. *Regno Unito*, 23.2.2010), al diritto all’identità sessuale (Corte eur. dir. uomo, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22.10.1981; K.A. e A.D. c. *Belgio*, 17.2.2005), al diritto alla tutela della salute (Corte eur. dir. uomo, *Rayner c. Regno Unito*, 21.2.1990; *Lopez Ostra c. Spagna* 9.12.1994; *Guerra. Italia*, 19.2.1998), al diritto del convivente dello stesso sesso a non subire discriminazioni basate sull’orientamento sessuale (Corte eur. dir. uomo, *Karner c. Austria*, 23.7.2003; *Kozak c. Polonia*, 2.3.2010, P.B. e J.S. c. *Austria*, 22.7.2010).

⁷⁵ Corte eur. dir. uomo, 29.4.2002, ric. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 2003, IV, 57.

⁷⁶ U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita*, cit., 1364. Rileva C. NARDOCCI, *La Corte costituzionale decide per l’incostituzionalità della fecondazione eterologa e sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *L’illegittimità costituzionale del divieto della ‘fecondazione eterologa’*, a cura di M. D’AMICO – M.P. COSTANTINI, Milano, 2014, 116, che, tanto dalla terminologia utilizzata dai giudici costituzionali, i quali espressamente richiamano il dato letterale dell’art. 8 CEDU, quanto dall’idea dell’incoercibilità della scelta della coppia sterile di avere un figlio, sembra che la Consulta abbia voluto “implicitamente agganciare il sindacato costituzionale alla dimensione sovranazionale”. Ma, più in generale, l’intero “argomentare nel merito, con specifico riguardo al diritto di autodeterminazione dei soggetti, al rispetto della vita privata e familiare, alla salvaguardia della salute (anche psichica), e ad altro ancora, avrebbe naturalmente dovuto sollecitare il giudice delle leggi ad una rilettura dei parametri costituzionali evocati in campo non scevra di richiami altresì alla giurisprudenza europea, come si sa ricca di suggestioni ed indicazioni di non secondario rilievo”: A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14.6.2014, 2. Alla luce di queste osservazioni appare ancora più indecifrabile la scelta della Corte di dichiarare assorbita la questione sollevata in riferimento ai parametri convenzionali di cui all’art. 8 CEDU, veicolati dall’art. 117, 1 co., Cost.

La Corte EDU, che si è occupata varie volte di questioni attinenti alla libertà di fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁷⁷, 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*”⁷⁸. 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 divenirlo⁷⁹ 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 familiare⁸⁰.

Se, per un verso, si assiste ad una progressiva dilatazione dell’ambito di

⁷⁷ Per quanto riguarda il contenuto del diritto di procreare – un dibattito che ha coinvolto principalmente la dottrina internazionale piuttosto che la dottrina italiana – alcuni autori: e.g. C. HEGNAUER, *Human rights an artificial procreation by donor*, in J. EECKELAAR e altri, *Parenthood in modern society, legal and social issue for the twenty-first century*, Dordrecht/Boston/London, 1993, 207, hanno sostenuto andasse interpretato in senso letterale, quale diritto ad avere figli in senso biologico-naturalistico; mentre, altri autori: C. FORDER, *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, in *Bioetica*, 1999, 263; A. GORASSINI, *op. cit.*, 965, hanno, invece, ritenuto che il diritto di procreare andasse al di là del mero fatto fisico e consistesse nel diritto di crescere i propri figli, di averne cura, di svolgere compiutamente la funzione di genitore; infine, altri ancora hanno sposato un concetto di genitorialità cosiddetta sociale, per cui si avrebbe diritto a rivestire la funzione di genitore pur in assenza di qualsivoglia collegamento genetico o biologico con il nato. Più in generale per quest’ultima prospettiva cfr. le considerazioni di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 120; A. LIU, *Artificial reproduction and reproductive rights*, Aldershot, 1991, 15; J. ROBERTSON, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, in *Virginia law rev.*, 1983, 69, 405, sostiene che la libertà procreativa includa il diritto di separare l’aspetto genetico da quello gestazionale da quello sociale e includa, altresì, il diritto di ricongiungere tutti questi elementi in collaborazione con altri soggetti esterni alla coppia.

⁷⁸ Corte eur. dir. uomo, S.H. e altri c. Austria, *cit.*, 226.

⁷⁹ Corte eur. dir. uomo, Evans c. Regno Unito, *cit.*, 238. Al riguardo, sembra utile fare menzione anche di una sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (IACHR) cui si erano rivolte nove coppie infertili costaricane per sentire condannare il proprio Stato a risarcire loro i danni conseguenti alla decisione del Tribunale Costituzionale costaricano di dichiarare incostituzionali le norme interne che permettevano il ricorso alla fecondazione in vitro, considerate dai giudici lesive della dignità dell’essere umano. La IACHR, basandosi sugli artt. 11 (Right to Privacy) e 17 (Rights of the Family) della Convenzione, ha ritenuto la pronuncia dei giudici costituzionali costaricani effettivamente violativa dei diritti delle coppie al rispetto della vita privata e familiare, in quanto il concetto di vita privata e familiare è “*excruciatingly*” connesso all’autonomia riproduttiva, la quale, a sua volta, comporta il diritto di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per poter costituire un nucleo familiare: Inter-American Court of Human Rights, *Artavia Murillo et al (in vitro fertilization) v. Costa Rica*, serie C n. 257, 28\11\2012, consultabile all’indirizzo http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf (ultima consultazione 4.8.2019).

⁸⁰ Corte eur. dir. uomo, Dickson c. Regno Unito, *cit.*, 337.

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 artificiale⁸¹. Al riguardo, se in pochi hanno mostrato riserve sull'affermazione, anche nel nostro ordinamento⁸², di un diritto costituzionale alla procreazione⁸³, quale diritto fondamentale correlato all'esercizio della libertà sessuale⁸⁴ – diritto la cui rilevanza nel nostro ordinamento si ricava altresì dalle numerose convenzioni internazionali, ratificate anche dall'Italia⁸⁵, che

⁸¹ 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 Fundamentales*, 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.

⁸² Ha fatto riferimento al diritto di procreare Corte cost., 24.07.2000, n. 332, in *Foro it.*, 2000, I, 2739, la quale ha dichiarato incostituzionale la previsione dell'assenza di prole quale requisito di accesso al corpo della Guardia di Finanza, stante il diritto a non subire influenze, nemmeno indirette, da parte del legislatore nelle scelte attinenti la sfera della procreazione.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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. BEGHE' LORETI *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 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.

⁸⁵ Gli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, gli artt. 11 e 17 della Convenzione americana sui diritti umani. È controverso se l'art. 12 CEDU: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto", faccia riferimento ad un unico diritto – con la conseguenza che solo le coppie sposate hanno diritto a costituire un nucleo familiare – o a due distinti diritti – con il risultato che pure le coppie di fatto e i single hanno diritto a formare una famiglia. Se alcuni hanno sostenuto la prima tesi, sulla base di una interpretazione sistematica della Convenzione: F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975, 162; J. E. S. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987, 285, altri, invece, hanno ritenuto il contrario, sulla base di una interpretazione letterale del testo dell'art. 12, il quale, nella sua ultima frase, fa espresso riferimento ad unico diritto: D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the european convention of human rights*, London\Dublin\Edinburgh, 1995, 435; A. LIU, *op. cit.*, 29;

implicitamente riconoscono il diritto di avere una discendenza⁸⁶ –, l'incedere delle 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 familiare⁸⁷.

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 assistita⁸⁸; di conseguenza, piuttosto che configurare

R. BEDDARD, *op. cit.*, 90. Tuttavia, questo secondo punto di vista convince meno in quanto la definizione di famiglia ha intrinsecamente una sua relatività storica: P. BARCELLONA, *Famiglia (diritto civile)*, voce, *Enc. dir.*, XVI, 1967, Milano, 780, per cui se è verosimile che all'epoca in cui venne emanata la normativa in esame l'idea di famiglia coincideva con l'istituto giuridico del matrimonio nella attuale società famiglia e matrimonio non rappresentano più due facce della stessa medaglia: I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 59; C. ASSANTI, *Eguaglianza e differenza tra Costituzione e fonti internazionali*, in M.T. GUERRA MEDICI (a cura di) *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, Napoli, 1996, 165. Per evitare equivoci l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE distingue il diritto di sposarsi dal diritto di costituire una famiglia, in questo modo legittimando, almeno indirettamente, quelle unioni affettivo-familiari non basate sul matrimonio: S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti, cit.*, 293. È parimenti discusso se con l'espressione diritto di fondare una famiglia si intenda fare riferimento anche al diritto di procreare. Gli orientamenti variano a seconda del punto di vista accolto in merito al contenuto del diritto di procreare: coloro i quali sostengono che il diritto di procreare tuteli il semplice fatto naturalistico-biologico del concepimento, ritengono che fondare una famiglia sia un fatto nettamente distinto dal procreare, essendo un'attività sociale non necessariamente legata ad alcuna funzione biologica – una famiglia senza figli o con figli adottivi è pur sempre una famiglia anche in assenza di legami biologici tra genitori e figli: C. HEGNAUER *op. cit.*, 207; mentre, quegli autori che accolgono un'interpretazione più ampia del diritto di procreare, che va al di là del mero fatto fisico, stimano che il diritto di fondare una famiglia non possa non contenere al proprio interno anche il diritto di avere dei figli: I. CORTI, *La maternità per sostituzione, cit.*, 61; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, 1989, Milano, 39; G. BALDINI, *Diritto di procreazione e fecondazione artificiale, cit.*, 348; C. FORDER, *op. cit.*, 263.

⁸⁶ G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici, cit.*, 17; C. FORDER, *op. cit.*, 260-261; R. BEDDARD, *Human rights and Europe*, Cambridge, 1993, 89-90; A. GORASSINI, *op. cit.*, 952; A.B., FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002, 139; C.C.W. CHAN, *Infertility, assisted reproduction and rights, Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 2006, Vol. 20, No. 3, 369-380.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione, cit.*, 310; A. BEGHE' 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; M. PARADISO, *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, 107.

tale diritto come estensione delle capacità generative dell'individuo, come forma alternativa di riproduzione⁸⁹, 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 ereditarie⁹⁰ – di generare naturalmente⁹¹.

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 fine⁹². 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*”⁹³, nonostante costituisca, anche se esercitato mediante il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale, un diritto fondamentale il cui esercizio possa essere inibito solo in presenza di specifiche condizioni⁹⁴. In questa prospettiva si profila la questione centrale rappresentata dalle scelte in ordine a quali tecniche permettere e quali vietare, e,

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Nel caso Costa e Pavan c. Italia i giudici della CEDU hanno sostenuto che all'interno dell'art. 8 rientrasse anche l'interesse degli aspiranti genitori di mettere al mondo un figlio non affetto da malattie genetiche di cui sono portatori: Costa e Pavan c. Italia, Corte eur. dir. uomo, 28.8.2012, ric. 54270/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 66, con nota di C. PARDINI; sulla quale v. anche G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, *ibidem*, II, 20.

⁹¹ 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 *Quadri.*, 1986, 6; P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., 144; G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista*, in *Quadri.*, 1989, 263; G. BALDINI, *Diritto di procreazione e fecondazione artificiale*, cit., 355.

⁹² 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; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1317.

⁹³ C. FORDER, *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, in *Bioetica*, 1999, 266.

⁹⁴ 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.

parallelamente, a quali soggetti riconoscere la possibilità di farvi ricorso⁹⁵. 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 convenzionale⁹⁶.

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*”⁹⁷, la Corte sembra avere sganciato la procreazione dal requisito della naturalità⁹⁸, senza porsi la differenza tra *libertà* di procreare e *diritto* di procreare⁹⁹. 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 artificiale¹⁰⁰, ma anche perché, almeno ogni qual volta

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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; da ultimo, P. GRIMALDI, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Familia*, 2017, 330.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2827; A. VALLINI, *op. cit.*, 834.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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.

un elemento della coppia abbia un rapporto genetico con il nato¹⁰¹, appare fondato il dubbio che attraverso essa la coppia continui ad esercitare il proprio diritto di procreare¹⁰².

2. (PREMESSA). 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*”¹⁰³; accenti simili sono stati evocati più recentemente anche dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha sostenuto che la

¹⁰¹ Nella dottrina americana, ad esempio, l’interesse alla discendenza genetica (*genetic continuity*) è stato ritenuto un interesse meritevole di protezione tale da legittimare il ricorso alla surrogazione di maternità: J. ROBERTSON, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, cit., 405; ID, *Surrogate mothers: not so novel after all*, in *Hastings Center Report* (October 1983), 28.

¹⁰² Sempre 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*, cit., 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. Esemplificativa a riguardo la celebre vicenda giudiziaria Baby M: Superior Court of New Jersey, *In re Baby M.*, 525 A.2d 1128 (1987), in *Dir. fam.*, 1987, 1515, con nota di A. MIRANDA; anche in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97, con nota di G. PONZANELLI. Se i giudici di prime cure hanno ritenuto che il diritto delle parti di contrarre il ricorso alla surrogazione di maternità fosse costituzionalmente protetto dal XIV Emendamento, e che, di conseguenza, l’eventuale volontà negativa dello Stato di riconoscere effetti a siffatti accordi integrasse un’indebita ingerenza nel diritto costituzionale di procreare liberamente; i giudici di seconde cure, invece, pur riconoscendone l’esistenza, hanno escluso che gli accordi di maternità surrogata potessero rientrare nell’esercizio del diritto di procreazione, avendo ad oggetto esclusivamente “*the right to have natural children, whether through sexual intercourse or artificial insemination. It is no more than that*”.

¹⁰³ 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; anche da ultimo Cass., sez. un., n. 12193/2019, cit., 737.

maternità surrogata “*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*”¹⁰⁴.

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 sfruttamento¹⁰⁵; ragion per cui il legislatore italiano, in linea, peraltro, con quanto già disposto dalla stragrande maggioranza degli Stati¹⁰⁶, ha voluto impedire – in accordo con gli artt. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina¹⁰⁷ e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – 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 riguardo¹⁰⁸ e la formulazione del divieto si presta ad opposte interpretazioni.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ G. COREA, *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificila 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. Bioè.*, 2012, 2, 259; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw journal*, 2015, 2, 91.

¹⁰⁶ Secondo il Permanent Bureau della Conferenza dell’Aja (*A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States*, in Directorate general for internal policies, Policy department C: citizens’ rights and constitutional affairs) è possibile distinguere tra quattro categorie di legislazioni differenti: 1) ordinamenti che vietano del tutto la pratica, prevedendo spesso sanzioni penali per chi vi faccia ricorso e per gli intermediari e le strutture sanitarie; 2) ordinamenti in cui la pratica in oggetto è priva di regolamentazione specifica; 3) ordinamenti che prevedono e regolamentano la pratica, ammettendone la versione solidaristica e, di solito, vietandone penalmente la versione commerciale; 4) infine, ordinamenti che ammettono con larghezza la pratica, inclusa la sua versione commerciale, predisponendo di conseguenza procedure per il riconoscimento dei committenti quali genitori legali del nato.

¹⁰⁷ Ratificata dall’Italia con la legge n.145 del 2001.

¹⁰⁸ 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 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*

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 sembra essere valorizzato dalle Sezioni unite n. 12193\2019¹⁰⁹: 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 gestazionale¹¹⁰.

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 oneroso¹¹¹. 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*",

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.

¹⁰⁹ Cass., sez. un., n. 12193/2019, *cit.*, 737, 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; ha espresso dubbi sull'estensibilità di tali argomentazioni anche alla fattispecie della maternità surrogata solidale in cui almeno uno dei membri della coppia intenzionale abbia un rapporto genetico con il minore: U. SALANITRO, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Familia*, 2019, 533.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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.

in quanto intenderebbe reprimere esclusivamente l'intermediazione commerciale; secondo taluni si tratterebbe di accordi illeciti ma non punibili, né coercibili¹¹².

Ma tale linea di pensiero risulta battuta in breccia dalle argomentazioni tratte dalla sentenza della Corte costituzionale al fine di dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa. Ove le si accolga, 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 solidale¹¹³.

2.1. 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'uomo¹¹⁴, è con Kant che la dignità assume un significato anche profondamente giuridico¹¹⁵, che si tradurrà nelle Costituzioni nazionali sorte

¹¹² S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51.

¹¹³ 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".

¹¹⁴ 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. ABIGNENTE – 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.

¹¹⁵ Se di "dignitas" si discorreva già nell'epoca romana, tuttavia è con l'esperienza giudaico-cristiana che la dignità assume quel significato oggi a noi tutti noto: cfr. G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2007, 14. Inoltre, nonostante la dignità abbia costituito oggetto di studio di numerosi filosofi e pensatori – *ex multis*, Cicerone, Agostino di Ippona, Pico della Mirandola, Blaise Pascal, David Hume, Schiller: una

all'indomani della Seconda guerra mondiale nel riconoscimento di uno *status* legale privilegiato¹¹⁶, rappresentando la dignità un ponte dagli “*orrori, gli errori e*

prima analisi del pensiero di questi autori sul punto è rinvenibile in G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016, 15 – essa entra prepotentemente nel mondo del giuridico allorché 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 molto forte per la quale l’uomo ha una sua “dignità innata”, “inalienabile”, essendo portatore (ed espressione) della dignità di tutta l’umanità. Da ciò discende un maggiore onere di rispetto dell’uomo per la propria condizione, il quale non può mai costituire il mezzo ma deve sempre rappresentare il fine: “*agisci in modo da trattare l’umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*” I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi, 2. Passaggio dalla filosofia morale popolare alla metafisica dei costumi, in Scritti morali*, P. CHIODI (a cura di), Torino, 1995, 88. Critico verso il concetto kantiano di dignità A. SCHOPENHAUER, *Über das Fundament der Moral*, 1840, trad. it *Il fondamento della morale*, Roma-Bari, 1993, 168, per il quale rappresenterebbe “*una vuota iperbole dentro alla quale si annida, verme rodente, la contradictio in adiecto*”. Per il filosofo tedesco le parole dignità umana “*diventarono lo scibboleth [il segno di riconoscimento (NdR)] di tutti i moralisti sconsigliati e spensierati che nascosero la loro mancanza di un fondamento della morale (...) sotto le impressionanti parole “dignità dell’uomo”, calcolando con furbizia che anche il loro lettore si vedesse fornito di questa dignità e si considerasse quindi soddisfatto*”.

¹¹⁶ Un richiamo alla dignità umana è contenuto tanto nella Carta delle Nazioni Unite del 1945 quanto nell’art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Fanno esplicito riferimento alla dignità numerose altre Dichiarazioni internazionali dei diritti stipulate nell’ambito delle Nazioni Unite: il Patto internazionale sui diritti civili e politici; il Patto sui diritti sociali e culturali; la Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; la Dichiarazione dei diritti delle persone mentalmente ritardate; la Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne; la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; la Convenzione sui diritti del fanciullo; la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Inoltre, al di fuori dell’ambito ONU riconoscono e affermano il valore della dignità: l’art. 11 della Convenzione interamericana dei diritti umani del 1969; l’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea; l’art. 1 della Convenzione del Consiglio d’Europa sui diritti dell’uomo e la biomedicina; l’art. 3 della Dichiarazione Unesco sulla bioetica e i diritti dell’uomo; l’art. 1 della Convenzione del Consiglio d’Europa sui Diritti dell’Uomo e la Biomedicina (la Convenzione di Oviedo è, peraltro, ricca anche di altri richiami alla dignità). Ma è all’interno delle costituzioni delle Nazioni che hanno maggiormente sofferto gli orrori del secondo conflitto bellico che la dignità trova un maggiore ed esplicito riferimento. Merita, innanzitutto, un riferimento speciale la Cost. tedesca, il cui art. 1 recita “*La dignità della persona è intangibile*”: v. sulla genesi dell’articolo F. BERARDO, “*La dignità umana è intangibile*”: il dibattito costituente sull’art. 1 del Grundgesetz, in *Quad. cost.*, 2006, 2, 387. L’art. 1 della Legge tedesca non riconosce la dignità quale diritto fondamentale ma quale norma giuridica oggettiva non sottoponibile, a differenza dei diritti fondamentali, a bilanciamenti o vincoli: P. BECCHI, *Dignità umana, cit.*, 159, testimone di questa differenziazione è anche il linguaggio utilizzato, infatti, se i diritti fondamentali dell’uomo riconosciuti al comma due sono “*inviolabili e inalienabili*” (*unverletzlichen und unveräußerlichen*), la dignità, invece, richiamata al comma 1, è “*intangibile*” (*unantastbar*). Peraltro, i costituenti tedeschi rafforzarono tale disposizione sottraendola alla revisione costituzionale (cd. *Ewigkeitsgarantie*), tramite l’espressa formulazione dell’art. 79, terzo comma. Richiamano, inoltre, il valore intrinseco della dignità di ogni uomo: gli artt. 13 e 24, secondo comma della Cost. giapponese; l’art 10 della Cost. spagnola, che considera la dignità umana un fondamento dell’ordine politico e della pace sociale; l’art. 23 della Cost. belga l’art. 13 della Cost. portoghese, che riconosce a tutti i cittadini la pari dignità sociale; gli artt. 2 e 7 della Cost. greca. Inoltre, il valore della dignità emerge anche dalle costituzioni degli Stati dell’Europa orientale

le angosce del passato verso i fantasmi, le inquietudini e le paure del presente e del futuro”¹¹⁷.

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, anche se comparato con le Carte di altri Paesi, una sostanziale marginalità del concetto¹¹⁸. 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*”¹¹⁹. Al pari dell’esperienza francese, nel cui testo costituzionale la dignità non ha una esplicita menzione, e diversamente dal modello tedesco, l’idea di fondo che spiega il motivo per cui la dignità non riceve una espressa definizione nel testo costituzionale intercetta il differente approccio (meno solenne, ma forse più analitico) seguito dai nostri Padri costituenti sul tema della dignità¹²⁰. L’importanza della dignità si ricava dalla centralità del principio personalista, costituendone un ineludibile presupposto, ed emerge, implicitamente, sia dal riconoscimento dei diritti fondamentali di cui è espressamente fatta menzione nella Carta, sia dalla clausola di apertura ai diritti inviolabili dell’uomo ai sensi dell’art. 2 della stessa. Il richiamo alla dignità funge, da un lato, da difesa contro

sorte successivamente alla caduta del regime sovietico: l’art. 1 della Cost. della ceca; l’art. 30 della Cost. polacca; l’art. 54 della Cost. ungherese; l’art. 12 della Cost. slovacca. Infine, riferimenti simili alla dignità si rinvengono pressoché in tutte le costituzioni sudamericane: v. G. ROLLA, *Profili costituzioni della dignità umana*, in *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, 2008, 61, e, emblematicamente nella Cost. sudafricana post-*apartheid* (artt. 1, 7, 10, 25, 36).

¹¹⁷ G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015, 17; J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it. di C. MINOLDI, Roma - Bari, 2012, 12, intende la dignità come la “‘fonte’ morale cui si abbeverano i contenuti di tutti i diritti fondamentali” (...) *il portale attraverso cui il contenuto universalistico-egualitario della morale viene immesso nel diritto*”.

¹¹⁸ Sulla scorta di indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale – Corte cost., 10.12.1987, n. 561, in *Giur. cost.*, 1987, 353; Corte cost., 06.05.1985, n. 161, in *Giur. it.*, 1987, 1, 236, secondo le quali la dignità della persona costituirebbe un valore fondamentale protetto nella cornice del principio solidaristico – sussistono ragioni per sostenere che “*l’art. 2 da risalto al principio personalista, che con quello dell’intangibilità della Menschenwürde [dignità di cui all’art. 1 GG] presenterebbe tratti di affinità anzitutto sul piano del rispettivo contesto culturale*”: P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA – P. RIDOLA, Torino, 2006, 127.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ G.M. FLICK, *op. cit.*, 49.

l'indebita ingerenza dell'autorità e da argine contro gli abusi del potere, e, dall'altro, quale parametro di riferimento cui ancorare la promozione e la valorizzazione della persona e della sua spinta relazionale¹²¹.

Se sull'importanza del richiamo alla dignità nei sistemi giuridici moderni v'è pressoché unanimità di vedute¹²², divisioni si riscontrano relativamente al modo di

¹²¹ Sul principio personalista e la funzione promozionale della dignità v. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità, cit.*, 63.

¹²² Non manca dottrina, soprattutto statunitense, che sostiene che il richiamo alla dignità è pressoché inutile (per non dire dannoso): R. MACKLIN, *Dignity is a useless concept (it means no more than respect for persons or their autonomy)*, in *British Medical Journal*, 2003 Dec 20; 327(7429): 1419, ritiene che, nonostante negli ultimi decenni, nell'ambito delle Dichiarazioni in materia di etica medica e di ricerca scientifica, il richiamo alla dignità sia sempre più comune, il significato di un tale concetto rimane oscuro, e che tutti i tentativi che sono stati fatti per chiarirne il senso sono consistiti soltanto nella riaffermazione di altre (e più definite) nozioni, come il rispetto della persona. La conseguenza che ne tra l'A. è che la dignità è un concetto inutile, privo di autonomia, che può tranquillamente essere eliminato dalle Dichiarazioni in materia di bioetica senza alcuna perdita di contenuto: analogamente A. COCHRANE, *Undignified Bioethics*, in *Bioethics*, 2010, 5, 234; già H. KHUSE, *Is there a tension between Autonomy and Dignity?*, in P. KEMP ET AL. (eds), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, 2000, 2, 74; S. PINKER, *The Stupidity of Dignity: Conservative bioethics' latest, most dangerous play*, in *New Republic*, 28 May 2008; J. SMITS, *Human Dignity and Uniform Law: An Unhappy Relationship, Ticom Working Paper on Comparative and Transnational Law*, 2008, n. 2, *passim*; J. ALDERGROVE, *On Dignity*, in J. ALDERGROVE (ED.), *Why We Are Not Obsolete Yet. Genetics, Algeny, and the Future*, Burnaby, B.C., 2000, *passim*; C. MCCRUDDEN, *Human Dignity in Human Rights Interpretation*, in *European Journal of International Law*, 2008, 19, 655, il quale con molta crudeltà ritiene che la dignità "in human rights discourse" operi come "a place holder [tappabuchi] for the absence of agreement"; radicalmente critico anche V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 207, secondo il quale il riferimento alla dignità non permette di fornire soluzioni univoche atte a risolvere le questioni maggiormente dibattute attualmente nel nostro sistema giuridico. Pur non sostenendone l'estromissione, in quanto nozione altamente radicata nel linguaggio bioetico, ne sottolineano l'ambiguità e la viscosità: U. SCHÜKLENK – A. PACHOLCZYK, *Dignity's woolly uplift*, in *Bioethics*, 2, 2010, ii; secondo D. SCHROEDER, *Dignity: Two riddles and four concept*, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2008, 17, 237, critico verso la posizione di Macklin, piuttosto che ignorare l'importanza che ha rivestito e che riveste il concetto di dignità, sarebbe meglio eliminarne alcune viscosità ("slipperiness") insite nel suo uso; concorde D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2007, 2, 92. Anche altri autori hanno evidenziato delle contraddizioni connesse all'utilizzo del concetto di dignità: R. DWORKING, *Giustizia per i ricci*, trad. it. di V. OTTONELLI, Milano, 2013, 236, denuncia l'uso eccessivo e improprio dell'idea di dignità; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 21, sottolinea la polisemia del termine dignità; G. AZZARITI, *Intervento*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'osservatorio costituzionale presso la LUISS «Guido Carli» dal 2003 al 2005*, Padova, 2007, Riunione dell'11 aprile 2003 (*La dignità umana*), 67, sottolinea l'insufficienza di considerare la dignità umana in sé e l'ambiguità dell'uso della nozione di dignità umana "se ricondotto, senza mediazioni, al piano scivoloso dell'etica"; S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 557, rileva l'ambiguità e l'intrinseca indeterminazione del concetto; J. MOSTERÍN, *La naturaleza humana*, 2006, Madrid, 383, sottolinea la relatività del concetto di dignità; M. ATIENZA, *A propósito de la dignidad humana*, in *Revista PUCP*, 2008, 36, 133, evidenzia l'uso puramente giustificativo del concetto di dignità; v. anche A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007 13.

intendere tale riferimento¹²³. 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 europee¹²⁴. 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 umani¹²⁵.

¹²³ Nonostante nella dottrina statunitense vi sia chi ha sostenuto emblematicamente che “*protecting people’s dignity is quite alien to the American tradition*” e che la giurisprudenza costituzionale americana non “*endorse the general norm of personal dignity found in Europe*”: J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, Yale L.J., 2004, 649, 1221. Altri, *ex adverso* M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 752, hanno evocato una serie di precedenti della Corte Suprema nei quali i giudici “*been guided in its decision-making by concerns for individuals’ sense of self-worth and self-respect*”; dello stesso avviso G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in *Zur Autonomie des Individuums, Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, 2000, 257, per il quale la dignità, a seguito delle numerose sentenze della Suprema Corte che espressamente vi fanno riferimento, costituirebbe, oramai, uno dei “*constitutional rights*”. Per un esame dei casi giurisprudenziali più significativi nei quali i supremi giudici americani hanno fatto ricorso alla “*human dignity*” cfr. D. GLENSY, *The Right to Dignity*, in *Columbia human rights law review*, 2011, 86.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Vista la consonanza con i temi qui trattati è opportuno fare cenno alla tesi di coloro per i quali la concezione di dignità fatta propria dai testi costituzionali e dai documenti sui diritti umani nati dopo la seconda guerra mondiale non sarebbe la stessa di quella accolta dai recenti documenti internazionali in tema di bioetica: secondo D. BEYLEVELD – R. BROWNSWORD, *Human dignity in Bioethics and BioLaw*, Oxford, 2011, *passim*, si sarebbe compiuto un passaggio semantico dalla *dignity as empowerment* alla *dignity as constraint*. Nella prima fase la dignità sarebbe stata invocata per richiamare l’intrinseco valore di ogni uomo (*empowerment*), per rafforzare l’autonomia e le libertà di ogni singolo individuo e, così, per scongiurare sopraffazioni provenienti dal potere pubblico; nella seconda fase, invece, che è tutt’ora vigente, la dignità verrebbe richiamata come limite all’autodeterminazione dell’individuo per tutelare la dignità umana, per evitare che il singolo, con il proprio comportamento possa pregiudicare la dignità dell’intera specie (magari sottoponendosi volontariamente a trattamenti scientifici degradanti): P. BECCHI, *Dignità umana*, cit., 170, “*ad essere minacciata non è più infatti soltanto la dignità dei singoli uomini o di gruppi di uomini (...) ma la dignità della specie cui appartengono*”. Questa tesi, pur rimanendo valida nella costruzione di fondo, è stata criticata e ridimensionata nella sua portata: R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 34, 232; G. RESTA, *La dignità*, in *Tratt. Biodiritto*, cit., 269, sottolineano come le due dimensioni siano sempre esistite (anche prima dell’introduzione delle dichiarazioni in materia di bioetica), in quanto connaturate alla complessità dell’idea di dignità. Se è vero che dopo la Seconda guerra mondiale la necessità era quella di

Questa visione è figlia della tradizione statunitense nel cui modello la nozione di *dignity* si lega, per non dire si sovrappone, alla nozione di *privacy*; prevale l'ottica 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 essa¹²⁶.

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

riaffermare la centralità dell'uomo e, quindi, di risponderne le libertà compresse, ciò non toglie che accanto a questa esigenza si sentisse anche il bisogno di fissare una serie di limiti all'autonomia dei soggetti. Dall'altro lato, se è vero che le moderne dichiarazioni di bioetica hanno inteso rafforzare i limiti della scienza, apponendo consistenti limiti all'autodeterminazione dei singoli, hanno anche contribuito a porre il consenso informato in una posizione sempre più di preminenza all'interno dei nostri ordinamenti. Rileva, invece, M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2007, 76, la quale si pone anche nell'ottica di un superamento della dicotomia *empowerment/constraint*, che "ciò che è contestabile nella lettura della dignità umana come limite all'autodeterminazione e all'autonomia privata è presente pure nell'uso della dignità come momento di espansione dell'autodeterminazione e della libertà di scelta individuale. Ed infatti l'uso della dignità umana da parte dei giudici sembra costantemente orientato a dare espressione ai valori dominanti contro le scelte dei singoli, quale che sia l'esito conclusivo della controversia e quali che siano gli effetti sulla libertà e l'autodeterminazione dell'individuo".

¹²⁶ 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.

altro diritto, a dei limiti¹²⁷. 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 privata¹²⁸.

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 "degno" per lui e cosa non lo sia¹²⁹: la dignità non può essergli opposta quale limite perché è egli stesso a definirne il concetto¹³⁰. 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 eteronomamente¹³¹. La questione intercetta il più ampio tema della rinunciabilità ai diritti fondamentali¹³², dei quali la dignità, secondo molti, costituirebbe il fondamento, rappresentando la matrice di tutti i diritti dell'uomo¹³³.

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

¹²⁷ 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.

¹²⁸ F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 583.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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.

¹³² B. MATHIEU, *La dignité de la personne humaine: Quel droit? Quel titulaire?*, in *Dalloz*, 1996, 285.

¹³³ 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.

rispetto si impone anche al titolare dello stesso diritto, perché è da questo angolo visuale che verrà esaminata la questione dell'ammissibilità della maternità surrogata¹³⁴.

Se nel nostro ordinamento, che sposa la concezione europea di dignità, non sarebbe ammissibile introdurre la legalizzazione della maternità surrogata commerciale¹³⁵ – legalizzazione che è stata, invece, considerata coerente con i

¹³⁴ 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. 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. 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; infine, il caso Omega: Corte giust., 14.10.2004, c. 3602, in www.curia.europa.eu, cfr. per un commento R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, 486, avente ad oggetto un provvedimento adottato dal Sindaco di Bonn con cui veniva vietato alla società tedesca Omega – per motivi di ordine pubblico – di far praticare nel suo locale un'attività ricreativa consistente nell'uccisione simulata di essere umani in un contesto di gioco, mediante raggi laser o raggi infrarossi.

¹³⁵ Si veda però l'opinione secondo la quale il "problema vero non è tanto stabilire se l'alternativa illiceità/liceità debba coincidere con l'alternativa onerosità/gratuità. Piuttosto il problema vero è garantire alla madre di gestazione la possibilità di recedere dall'accordo fino a un momento successivo alla nascita. E ciò vale, allo stesso modo, sia per il rapporto oneroso che per il rapporto gratuito. Dunque, la stessa alternativa onerosità/gratuità va probabilmente ridimensionata": M.G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità per sostituzione*, in *Dem. e dir.*, 1996, 98. In termini più generali si esprime allo stesso modo C.M. D'ARRIGO, *Integrità fisica, cit.*, 735, per il quale l'illiceità o meno dell'atto di disposizione non è determinata dalla presenza o meno di una controprestazione patrimoniale ma nella necessità di una perdurante volontarietà dell'atto. In questo senso, si è recentemente espressa la Corte federale tedesca – Bundesgerichtshof, 10.12.2014, XII ZB 463/13; Bundesgerichtshof, 5.9.2018, XII ZB 224/17, entrambe in www.jurion.de; per approf. v. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, in www.articolo29.it, 23.3.2019 – per la quale il valore della dignità umana non risulterebbe violato di fronte ad una scelta della donna di consentire alla gestazione e alla consegna del bambino libera da condizionamenti economici, ambientali o culturali, anche se all'esito del ricorso ad una fattispecie di gestazione per altri commerciale. Tuttavia, anche di fronte ad una scelta libera della donna di voler trarre profitto dalla messa a disposizione del proprio utero, restano i profili di contrarietà della maternità surrogata commerciale con il carattere oggettivo della dignità accolto dal nostro ordinamento, il cui valore ha recentemente trovato conferma in una pronuncia della Corte costituzionale con la quale i giudici costituzionali hanno stabilito che la scelta di prostituirsi, anche quando esercitata liberamente senza sfruttamento, "trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale

valori della società in alcuni Stati americani¹³⁶ e in pochi altri ordinamenti esteri¹³⁷ – 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, vengono riconosciuti come meritevoli e, in quanto 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 surrogata¹³⁸: a tal proposito si è parlato di logica del dono, di solidarietà che, in

quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede": Corte cost., 7.6.2019, n. 141, in www.cortecostituzionale.it, per quanto attinenti ad una fattispecie affatto diversa, si tratta di considerazioni la cui portata sembra estensibile anche alla fattispecie della maternità per altri commerciale.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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*, in *European Scientific Journal*, 2016, 165; 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.

¹³⁸ È appena il caso di evidenziare che la maternità surrogata si differenzia dalla donazione di organi sia per il coinvolgimento di un terzo soggetto – il nascituro – estraneo all'accordo e sia per la circostanza che la madre surrogata non dispone di una parte del proprio corpo bensì mette a disposizione le proprie capacità procreative e/o gestazionali a favore di un progetto genitoriale altrui. Se tali differenze rendono impossibile l'assimilazione delle due fattispecie – e,

questi casi, si sublimerebbe in una sorta di fraternità¹³⁹. Logica del dono che fuoriesce dalla *ratio legis* del divieto, poiché, stante l'assenza di lucro e la spontaneità del gesto, non si realizza la mercificazione del corpo della donna e non viene quindi lesa la sua dignità¹⁴⁰. È, altresì, evidente che la presenza di un tale animo disinteressato si ritrova principalmente in quelle persone legate da un vincolo di parentela¹⁴¹ ovvero di stretta amicizia con la coppia intenzionale¹⁴²; pur

conseguentemente, precludono l'applicazione *tout court* delle norme in tema di trapianti alla maternità surrogata (v. oltre nota 141) –, non impediscono però che da tale accostamento possa trarsi argomento per sostenere che alcuni comportamenti umani, se compiuti con il fine di lucro, contrastano manifestamente con la dignità umana e, in quanto tali, vengono proibiti, mentre, se improntati allo spirito di solidarietà, sono riconosciuti come meritevoli e protetti dall'ordinamento giuridico: cfr. G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI – B. PEZZINI – A. SCHILLACI, Torino, 2019, 63, per la quale “*in linea astratta (stante l'attuale divieto), l'accordo di g.p.a. può considerarsi espressione di interessi meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico – i diritti di costituire una famiglia e alla bigenitorialità, l'aspirazione a divenire genitori ove possibile anche genetici, il diritto al rispetto della vita privata e familiare – tutte le volte in cui l'assetto di interessi in concreto configurato sia in grado di garantire adeguatamente la posizione delle parti coinvolte nella relazione, i loro diritti e le loro libertà fondamentali. Al contempo deve ritenersi, sempre alla luce delle considerazioni svolte e del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, che un'intesa di questo genere (attualmente giudicata illecita dal legislatore) non può però in sé considerarsi contraria all'ordine pubblico e al buon costume, così come oggi rispettivamente intesi, ossia quali regole e principi indefettibili dell'ordinamento giuridico e quali valori etici diffusi e condivisi nella realtà sociale nazionale ed europea, quando il modo in cui tale intesa è congegnata rispetta i criteri cui devono essere improntati nel nostro sistema giuridico gli atti di disposizione del corpo e garantisce la salvaguardia del migliore interesse del minore*”.

¹³⁹ J. M. CAMACHO, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, Città del Messico, 2009, 15.

¹⁴⁰ 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 *Tratt. 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.

¹⁴¹ Per tale ragione in alcuni ordinamenti tra le condizioni in presenza delle quali è permesso ricorrere alla gestazione per altri solidaristica si richiede espressamente che la gestante sia un familiare. In Brasile, pur non essendo prevista da una legge, la maternità surrogata è consentita, solo in forma altruistica, ed è regolata da una *Resolución del Consejo Federal de Medicina* (2.121/2015), che determina in presenza di quali condizioni è permesso ricorrere alla pratica. Una di queste condizioni è che la gestante sia un familiare di primo, secondo, terzo o quarto grado di uno dei genitori d'intenzione. Ciò significa che la gestante deve essere per forza la madre, la sorella, la figlia, la zia o la cugina di uno dei genitori sociali. In questi termini si è espresso recentemente il *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* portoghese, il quale però ha aperto alla possibilità che possano essere gestanti non solo familiari in linea diretta ma anche amiche intime della coppia intenzionale: per info v. <https://observador.pt/2019/05/28/lei-da->

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 viventi¹⁴³.

Indici in tal senso si ritrovano in primo luogo nei due precedenti giurisprudenziali che hanno avuto ad oggetto casi di maternità surrogata praticata nel nostro Paese: se i giudici monzesi, di fronte ad una fattispecie di maternità

gestacao-de-substituicao-gestantes- apenas-podem-ser-maes-familiares-diretas-ou-amigas-proximas/ (ultima consultazione 27.7.2019).

¹⁴² Tuttavia, è stato evidenziato da una parte del pensiero femminista che una forma di coazione a sottoporsi alla pratica, forse più penetrante ed efficace del denaro, sarebbe riscontrabile anche nell'ipotesi di surrogazione materna altruistica: R. ROWLAND, *op. cit.*, 163, sottolinea come una donna potrebbe essere emotivamente "coartata" ad aiutare una coppia o una parente infertile, al punto tale che l'altruismo che apparentemente la spingerebbe a sottoporsi alla pratica, in realtà, nasconderebbe il senso di colpa per non aver aiutato un amico ovvero il desiderio di approvazione su cui spesso si fondano i legami sociali; sottolinea S. ANLEU, *Surrogacy: For Love but Not for Money?*, in *Gender and Society*, 6, 1, 1992, 45, che "commercial surrogacy arrangements may be easier to cancel than to withhold a child from a friend or relative"; nello stesso senso M. TIEU, *Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers*, in *Law, ethics and medicine*, 2009, 35, 171, il quale ritiene che l'altruismo sia soltanto un'etichetta dietro la quale si nascondono le reali cause della scelta di diventare una madre surrogata: cause che possono avere a che fare con il senso di colpa ovvero con un'esigenza di redenzione per avere dato un precedente figlio in adozione o per avergli impedito di nascere tramite un'interruzione volontaria della gravidanza; dubbi in tal senso sono stati espressi in Italia da M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 847, nota, 43. Effettivamente quest'intuizione trova conforto in alcune ricerche di settore che hanno dimostrato come un certo numero di donne decidano di diventare madri surrogate per espiare il senso di colpa derivante da un aborto o dall'aver dato in adozione un figlio ovvero per compiere un gesto di gratitudine per essere state a loro volta adottate: P. PARKER, *Motivation of Surrogate Mothers: Initial Findings*, in *American Journal of Psychiatry* 140, 1983, I, 17; H. RAGONE, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, CO, USA, 1994, 74; ovvero per sentirsi realizzate: J.C. CICCARELLI, *The surrogate mothers: A post birth follow-up study*, *op. cit.*, *passim*; 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*, 12, 1994, 189; ovvero ancora per aumentare la propria autostima: H. HANAFIN, *op. cit.*, 3335; O. VAN DEN AKKER, *A longitudinal pre pregnancy to post delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: confidence gynecology*, *cit.*, 277.

¹⁴³ 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, 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.

surrogata commerciale¹⁴⁴, hanno dichiarato l'assenza di tutela giudiziaria della pretesa fatta valere, a causa della illiceità e, di conseguenza, della nullità del contratto dedotto; al contrario i giudici romani, chiamati ad giudicare un'ipotesi di maternità surrogata altruistica, hanno accolto la domanda cautelare ex art. 700

¹⁴⁴ Trib. Monza, 27.10.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 298, con nota di G. PONZANELLI; anche in *Giur. merito*, 1990, I, 240, con nota di M. G. MAGLIO, *Spunti in tema di procreazione artificiale*; *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, VI, 355, con nota di A. LIACI; *Giur. it.*, 1990, II, 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*; *Giust. civ.*, 1990, I, 478; *Dir. fam. pers.*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*; *Dir. fam. pers.*, 1991, 194, con nota di M. C. LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*. Nello specifico, una coppia, conosciuta un'immigrata algerina, proponeva alla ragazza un accordo, che produceva un contratto in forza del quale quest'ultima s'impegnava a sottoporsi ad inseminazione artificiale con il seme del committente, a portare avanti la gravidanza e ad affidare allo stesso e alla moglie di lui il nascituro, rinunciando a qualunque diritto nei suoi confronti e ricevendone in cambio un corrispettivo in denaro per la sua prestazione, da pagarsi alla compiuta esecuzione del contratto. Durante la gestazione, però, la donna pretendeva dai coniugi integrazioni, anche rilevanti, del corrispettivo, fino ad ottenere la promessa di una somma ben maggiore rispetto a quella pattuita, di un'auto Jaguar e della proprietà di un esercizio commerciale. Alla nascita della bambina la ragazza si rifiutava di adempiere il proprio obbligo di consegna, servendosi della figlia come arma ricattatoria per ottenere un ulteriore aumento del pagamento. I coniugi, a quel punto, decidevano di rivolgersi al tribunale, chiedendo di avere con loro, in via definitiva, la minore, con l'esclusione, a seguito di pagamento della cifra pattuita, della madre naturale da qualsiasi interferenza nella loro vita familiare. Inoltre, il coniuge committente avanzava richiesta di riconoscimento di paternità della minore quale sua figlia naturale ed entrambi sollecitavano l'affidamento (ex art. 700 c.p.c.) in via definitiva della bambina. In assenza di una disposizione legislativa puntuale, i giudici verificavano la liceità del contratto di maternità surrogata con riguardo alle disposizioni astrattamente applicabili e, pertanto, procedevano innanzitutto ad analizzare le norme ritenute operanti in presenza di negozi di questo tipo, e cioè le norme sulla filiazione e sui contratti, le disposizioni in materia di adozione e di alterazione di stato, nonché i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione. A seguito di tale verifica, ritenevano infungibili i doveri dei genitori biologici e affermavano il diritto del minore a crescere nella famiglia composta dai genitori di sangue; come già è stato ricordato, sostenevano l'inesistenza di un diritto alla procreazione garantito dalla Costituzione. Sotto il profilo civilistico, ritenevano il c.d. contratto "atipico di maternità" in tutte le sue forme e quale che sia, nei diversi casi lo specifico contenuto, radicalmente nullo, in quanto non avrebbero potuto formare oggetto di un atto di privata autonomia, non essendo beni in senso giuridico, le parti del corpo umano (gameti e organi della riproduzione, nella specie), sulle quali il soggetto ha un diritto della personalità e non un diritto patrimoniale. Inoltre, ritenevano i decidenti che non potesse essere dedotta in obbligazione una prestazione consistente nel compimento dello sviluppo fetale del nascituro, che non è, anch'esso, un bene giuridico disponibile, né, tanto meno, il fatto in sé della riproduzione umana o, peggio ancora, lo stesso concepito. Non poteva, ancora, formare oggetto di contratto e, comunque, era vietato costituirli, modificarli od estinguerli negozialmente, gli *status* personali, quali quello di figlio e quello di madre, i munera, quali la potestà dei genitori, e i diritti personali dei minori all'educazione ed al mantenimento nella famiglia iure sanguinis. Peraltro, laddove l'accordo, come nel caso in oggetto, avesse una precisa natura patrimoniale, si imponeva la sua nullità in considerazione dell'illiceità della causa (ex art. 1343 c.c.), "*venendo la filiazione scambiata con denaro o altra utilità economica*". Infine, il Tribunale altresì negava il diritto dei committenti a ripetere le somme già versate a titolo di compenso alla madre surrogata ai sensi dell'articolo 2035 c.c., in ottemperanza alla massima in pari *causa turpitudinis melior est condicio possidentis*.

c.p.c., con la quale hanno ordinato al medico di procedere con l'impianto dell'embrione già formato¹⁴⁵.

Indicazioni in questo senso emergono altresì dal vivace dibattito 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 generative¹⁴⁶, l'orientamento prevalente considerava come incommerciabili, ma non anche come indisponibili, le funzioni generative¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Trib. Roma, ord. 17.2.2000, *cit.*, 151. La fattispecie avuta ad oggetto dal Tribunale di Roma riguardava una coppia di sposi la cui moglie era affetta da una patologia che determinava l'impossibilità di portare avanti la gravidanza ma che non precludeva la produzione di ovociti, i quali, in attesa di individuare una madre portante, procedevano alla fecondazione degli ovuli con il seme del marito e, infine, alla crioconservazione. Una volta trovata la volontaria, un'amica intima della coppia, il medico cui si erano rivolti si opponeva alla realizzazione dell'intervento di impianto dell'embrione, in quanto nel frattempo, nel 1995, era entrato in vigore il codice deontologico medico che all'articolo 41 espressamente vietava l'accesso a qualunque pratica di maternità surrogata. La coppia, allora, agiva giudizialmente contro il medico e chiedeva, ex articolo 700 c.p.c., un provvedimento diretto ad autorizzare il medico ad adempiere l'obbligazione assunta, avente ad oggetto il trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della moglie. In accoglimento dell'istanza, il giudice emetteva il provvedimento d'urgenza con cui, sulla base di un'elaborata e articolata motivazione, autorizzava l'impianto nell'utero della moglie. Il giudice – premesse una serie di considerazioni sul rapporto fra scienza e ordinamento giuridico, sulla scissione in atto tra il ruolo biologico e il ruolo sociale della genitorialità e, come già ricordato, sull'esistenza di un diritto alla genitorialità costituzionalmente tutelato – valorizzava la liceità del consenso della donna surrogata, in quanto reso in assenza di qualsivoglia controprestazione economica, pur riconoscendo la facoltà della donna surrogata di partecipare alla crescita del bambino.

¹⁴⁶ 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; da ultimo A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, *cit.*, 424; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, 89.

¹⁴⁷ 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, *Maternità 'surrogata', contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, 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.

3. 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 madre surrogata, protetta ai sensi dell'art. 32 Cost.

Occorre, in primo luogo, evidenziare che la maternità per sostituzione, se eseguita nel rispetto delle condizioni di salute della gestante e sotto controllo medico, non comporta la “*diminuzione permanente dell'integrità fisica*” (art. 5, c.c.)¹⁴⁸. 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 terapeutica*”¹⁴⁹ –, né sottopone la partoriente a pericoli maggiori di quelli che potrebbe incontrare ciascuna donna durante la gravidanza e il parto¹⁵⁰.

A fronte dell'unicità del rapporto che si stabilisce nei mesi di gravidanza tra la gestante e il nascituro¹⁵¹, potrebbe, semmai, ipotizzarsi un aumento specifico del

¹⁴⁸ 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, *Sub art. 5, cit.*, 282; R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1994, I, 179; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 34; 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. COMPORI, *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.

¹⁴⁹ Corte Cost., 10.6.2014, n. 162, *cit.*, 757.

¹⁵⁰ Per un'analisi del tema si rinvia a AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human Reproduction Update*, 2016, 263, ricerca dalla quale emerge che le percentuali di rischio per la salute della gestante non sono maggiori nella surrogazione di maternità rispetto all'inseminazione artificiale o alla gravidanza secondo natura.

¹⁵¹ 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

pericolo per l'integrità psichica dovuto al successivo distacco dal neonato¹⁵²: 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* emotivo¹⁵³. Tuttavia, se

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*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017, 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 minore intensità affettiva verso il nato?": A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1251, nota 50.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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*. Occorre sottolineare, tuttavia, che dall'insieme delle ripercussioni negative che possono derivare dalla gravidanza e dal parto non è facile isolare quelle addebitabili al fenomeno della surrogazione, in quanto molte di queste conseguenze sfavorevoli possono colpire tutte le donne a prescindere

da un lato gli studi condotti sullo stato di benessere delle madri surrogate hanno avuto principalmente ad oggetto casi di gestazione per altri commerciale¹⁵⁴, 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 intenzionali¹⁵⁵ e, in particolare, con la madre sociale¹⁵⁶. 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 tempo¹⁵⁷. Né sono state riscontrate evidenze empiriche che dimostrino che la maternità surrogata tradizionale – con i geni della gestante – comporti maggiori problemi psicologici rispetto alla forma solo

dall'esperienza della maternità sostitutiva: J.C. CICCARELLI, *The surrogate mothers: A post birth follow-up study, cit., passim.*

¹⁵⁴ 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.*

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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. 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.

gestazionale¹⁵⁸; dalle ricerche emerge che il tipo di surrogazione materna non influisce sulla salute psicologica della donna e sul suo grado di benessere¹⁵⁹.

Pertanto, nonostante alcuni studi abbiano registrato che le madri surrogate percepiscono in modo contrastante le proprie sensazioni all'atto di cedere il nato – se alcune si sono sentite sollevate da un peso e allo stesso tempo tristi e vuote¹⁶⁰, altre hanno avvertito felicità una volta affidato il nato alla coppia e si sono dette intenzionate a replicare l'esperienza¹⁶¹ – non sono emersi problemi psicologici comuni a tutte le gestanti derivanti dalla condizione in cui si vengono a trovare una volta separate dal minore¹⁶²; in ogni caso, tanto le emozioni negative vissute da alcune di esse, quanto la condizione di stress o di rammarico che sono state riscontrate in altre madri surrogate, hanno dimostrato avere quasi esclusivamente natura temporanea, non giungendo a danneggiare la sfera psicologica e, quindi, l'integrità psicofisica della partoriente¹⁶³.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ O. VAN DEN AKKER, *Psychosocial aspects of surrogate motherhood*, cit., 56; già le ricerche di H. RAGONE, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, cit., passim, avevano dato esiti simili.

¹⁶¹ O. VAN DEN AKKER, *Psychosocial aspects of surrogate motherhood*, cit., 53; E. TEMAN, *op. cit.*, passim.

¹⁶² H. BASLINGTON, *The social organization of surrogacy: Relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, cit., 57; J. JADVA – L. BLAKE – P. CASEY – S. GOLOMBOK, *op. ult.*, cit., 2196; C.G. KLEINPETER – M.A. HOHMAN *Surrogate motherhood: Personality traits and satisfaction with service providers*, cit., 957; O. VAN DEN AKKER, *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, cit., 145; A. BRAVERMAN – S. CORSON, *Characteristics of participants in a gestational carrier program*, in *J. Assist. Reprod. Genet.*, 9, 1992, 353; H. HANAFIN, *Surrogate parenting: reassessing human bonding. Paper presented at the American Psychological Association Convention*, New York, 1987, passim.

¹⁶³ H. BASLINGTON, *The social organization of surrogacy: Relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, cit., 64, su un campione di 14 donne 10 di loro, nonostante nel primo periodo l'esperienza le avesse rese tristi, nel lungo periodo hanno superato bene la separazione dal bambino, complice una buona relazione con i committenti. Lo stesso studio rivela, però, come 1 donna continuasse a sentire sensi di colpa, di pentimento e di perdita a distanza di due anni e mezzo dalla separazione e 1 un'altra, addirittura, avesse sofferto di sindrome depressiva post-partum e avvertisse “come un lutto” la perdita del nato. Baslington, in un'altra ricerca, *Implications of the IVF surrogacy case and the ethical and moral limits of reproductive technologies in Britain Women's Studies International Forum*, 1996, 19, 675, ha evidenziato, nel suo campione di ricerche, un certo numero di donne surrogate che presentano problemi psicologici minori.

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 altrui¹⁶⁴; 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 sola possibilità di tali lesioni¹⁶⁵. Anche nella fattispecie della donazione di organi

¹⁶⁴ 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 relevantissimi 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

¹⁶⁵ 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. AGRIFOGLIO, *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;

tra vivi il sacrificio dell'integrità del donante risulta giustificato dalla finalità di salvaguardare la salute altrui, come nella maternità surrogata¹⁶⁶, ma mentre nel primo caso la lesione è certa, e le deroghe sono perciò tassativamente previste dalla legge, 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 intenzionali¹⁶⁷.

4. LA CONDIZIONE DEL MINORE.

Anche ove si superino, traendo altresì argomento dalle logiche solidaristiche delle discipline sulla donazione di organi, i dubbi incentrati sulla tutela della dignità e della salute della gestante, occorre ancora sottoporre ad ulteriori valutazioni l'idea che si possa affermare la liceità della pratica, *“coinvolgendo la maternità surrogata un soggetto terzo ed esterno al rapporto esperienziale, il nascituro, che verrebbe strumentalizzato per soddisfare il desiderio di genitorialità del genitore committente”*¹⁶⁸.

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'attribuzione della genitorialità nel momento in cui sia nato.

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, *Sub art. 5, cit.*, 332; C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 190.

¹⁶⁶ L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, I, 720; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, 97.

¹⁶⁷ Proporzione 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.

¹⁶⁸ C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaw 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.

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 titolare¹⁶⁹. 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 costituzionali¹⁷⁰. 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 vita¹⁷¹: 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\2004¹⁷².

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ 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 può risultare prevalente rispetto ai diritti degli aspiranti genitori: cfr. F. PROSPERI, *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.

¹⁷¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 77, nota 148.

¹⁷² 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, e Trib. Bolzano, 3.1.2019, in www.articolo29.it. Questione recentemente dichiarata infondata: Corte costituzionale, 18.6.2019, n. 221, *cit.*

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 umano¹⁷³. 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”*¹⁷⁴.

In questa prospettiva, peraltro, il rischio di mercificazione del nato è escluso dalla natura solidale dell'accordo¹⁷⁵ 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 confronti¹⁷⁶. Piuttosto, è stato sottolineato che il distacco del nato

¹⁷³ 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*, cit., 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.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ In una diversa prospettiva si sostiene che il minore non possa essere oggetto di accordi, ancorché gratuiti, in quanto la gratuità non escluderebbe il carattere strumentale del procedimento procreativo e quindi della nascita, finalizzati al soddisfacimento di un interesse altrui. Tuttavia, occorre considerare, da un lato, che il possibile soddisfacimento dell'interesse dei genitori intenzionali ad avere un figlio dipende innanzitutto dalla scelta della madre gestante di esercitare o meno il diritto di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000 e, dall'altro lato, che la coppia intenzionale non è estranea al procedimento procreativo, in quanto ha partecipato – almeno per la metà – alla formazione del patrimonio genetico del minore.

¹⁷⁶ 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

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 successivi al parto¹⁷⁷. 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 gestante¹⁷⁸.

surrogata, che coinvolga un centro di riproduzione assistita autorizzato: trovano 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: già I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 203, 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 esclude 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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.

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 giudice¹⁷⁹, a tutela del diritto del figlio a “conservare rapporti significativi” con persone diverse dai genitori – comunque legate al minore da un vincolo parentale, da intendersi in senso ampio –, “adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa”¹⁸⁰; mentre – 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 concreto¹⁸¹.

5. 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

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.

¹⁷⁹ Su ricorso del pubblico ministero, ai sensi dell’art. 336 c.c., anche su sollecitazione della madre gestante.

¹⁸⁰ 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 americana da P. LAUFER-UKULES, *Mothering for money: regulating commercial intimacy, surrogacy, adoption*, in *Indiana law journal*, 2013, 88, 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.

¹⁸¹ 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.

solo porre dubbi sulla sussistenza di un diritto costituzionale alla procreazione¹⁸², 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 progettazione¹⁸³. Ma l'assimilazione della procreazione artificiale a quella naturale impone di considerare la rilevanza del collegamento genetico e/o biologico – anche alla luce

¹⁸² È scientificamente possibile che il nascituro abbia il patrimonio genetico di tre genitori, un uomo e due donne. Si tratta della tecnica c.d. della donazione di mitocondri – che sono gli organelli cellulari definibili come le centrali energetiche delle cellule – o della fecondazione a tre, utile per prevenire il sorgere di alcune gravi malattie trasmesse dal DNA dei mitocondri. Se è vero che il patrimonio genetico di ognuno di noi è formato per circa la metà da quello del padre e per la restante metà da quello della madre, vi è una, tuttavia, una piccola percentuale di DNA che acquisiamo solo per via materna, che si trova non nel nucleo delle nostre cellule ma nei mitocondri, cioè in quelle strutture che forniscono l'energia necessaria alla cellula per sopravvivere. La tecnica consiste nel sostituire i mitocondri malati con quelli di una donatrice sana, del cui ovulo servono solo i mitocondri; ciò significa che le caratteristiche definitorie il bambino le erediterà dalla madre e non dalla donatrice, della quale non si utilizza nessuno dei geni che definiscono i suoi tratti fisici e che la fanno essere così com'è. In Inghilterra, nel 2015, per la prima volta, è stata concessa dall'HFEA (l'Autorità Umana dell'Embriologia e di Fertilizzazione), la prima autorizzazione mitocondriale clinica di donazione al Centro di Fertilità di Newcastle: per info v. il documento dell'Australian Mitochondrial Disease Foundation, del 17.03.2017, reperibile all'indirizzo della fondazione www.amdf.org.au. Da ultimo, un'equipe medica ha messo a punto una nuova tecnica, consistente nel rimuovere il nucleo da un ovocita di una donatrice sana e sostituirlo con un nucleo preso dalla cellula uovo di una donna portatrice di una rara malattia neurologica, lasciando, tuttavia, intatti i mitocondri sani della donatrice. Successivamente, gli scienziati hanno fecondato l'ovocita così modificato con lo sperma del padre per poi impiantarli nell'utero materno: v. J. ZHANG et al., *Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 34, 4, 361, per i dettagli su questa recentissima tecnica usata e su tutto il processo di concepimento del nato. Tuttavia, nonostante le rassicurazioni di Zhang – capo *equipe* dell'intervento – rimane il dubbio di parte della comunità scientifica che la salute del bambino possa essere influenzata dalle tracce di DNA mitocondriale della madre portatrice, che potrebbero indurre alcuni dei suoi mitocondri a funzionare in modo improprio.

¹⁸³ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 223.

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 riemergere¹⁸⁴.

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 dell'affidante si prescinde dal titolo dell'affidamento, che può anche essere gratuito (art. 71, comma 1, legge n. 184\1983)¹⁸⁵, come ha ribadito recentemente la Sesta sezione penale della Cassazione¹⁸⁶.

Tuttavia, a conclusioni diverse si sarebbe giunti in presenza di un collegamento genetico dei componenti della coppia con il nato, dal momento che l'affidamento del minore al suo genitore genetico si pone 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). 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).

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,

¹⁸⁴ P. ZATTI, *Maschere del diritto*, cit., 219; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 248.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ 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.

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 intenzionali¹⁸⁷.

Indici in questo senso si rinvergono nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale, 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 affettivi di questo tipo¹⁸⁸; mentre, 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*”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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, ricc. nn. 9063/14 e 10410/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur. dir. uomo, II sezione, 8.7.2014, ric. n. 29176/13, *D e altri c. Belgio*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur. dir. uomo, Advisory Opinion, 10.4.2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757, con commento di A.G. GRASSO.

¹⁸⁹ 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 instauratasi 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.

6. 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 innanzitutto di natura sanitaria, perché concepire il ricorso alle tecniche di procreazione assistita come rimedio alla sterilità determina il configurarsi di un diritto alla terapia, e, quindi, alla salute, dal quale discende una pretesa positiva del soggetto di ricorrere all'intervento, e, altresì, di ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato¹⁹⁰.

In concreto, aumenterebbe sia il numero dei cicli di trattamento che si effettuano all'interno delle strutture del S.S.N.¹⁹¹, sia il numero dei parti che avvengono in Italia¹⁹². Inoltre, i costi sarebbero anche di carattere giudiziale, dal momento che solo attraverso il ricorso all'Autorità giudiziaria si potrebbe giungere 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*

¹⁹⁰ F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 125; G. BALDINI, *Diritto di procreare a fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam.*, 1997, 357.

¹⁹¹ Nonostante i centri di procreazione medicalmente assistita 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.

¹⁹² Gli oneri sarebbero di natura anche indiretta perché, aumentando complessivamente il numero delle donne che partoriscono nelle strutture pubbliche o convenzionate, si renderebbe più difficile l'accesso alle altre donne, ad esempio in termini di diminuzione dei posti letto disponibili per il ricovero.

assenza di sostegno pubblico all'esplicazione della personalità individuale”¹⁹³, 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)”¹⁹⁴. Ne consegue che se nel sistema statunitense “chi vuole abortire”¹⁹⁵, cambiare sesso o accedere alla procreazione assistita lo fa a proprie spese, non certo a spese pubbliche¹⁹⁶: e pertanto, esse restano scelte individuali”¹⁹⁷, nel quadro degli ordinamenti europei, che tendono ad “assicurare l'eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune”¹⁹⁸, le stesse scelte divengono invece “finalità che la società politica assume come proprie”¹⁹⁹: 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.)²⁰⁰.

¹⁹³ M. PARADISO, *Au bon marché des droits. tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, 988.

¹⁹⁴ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 804.

¹⁹⁵ 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

¹⁹⁶ 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, *Accessing reproductive technologies: invisible barriers, indelible harms*, in *23 Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2008, 18; M. KOKIASMENOS – L. MIHALICH, *cit.*, 637.

¹⁹⁷ M. PARADISO, *op. cit.*, 988.

¹⁹⁸ Così M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 804, traendo spunto a sua volta da G. RIPERT, *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, Parigi, 1936.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ 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”²⁰¹. Di conseguenza, appare improprio “riconduurre 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”²⁰², 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)”²⁰³.

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 procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo²⁰⁴.

Il divieto di maternità surrogata solidale potrebbe essere giustificato, inoltre, dall’intento di evitare la commissione di possibili abusi²⁰⁵, i quali sarebbero,

²⁰¹ D. BIFULCO, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 212.

²⁰² M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, 267.

²⁰³ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, II, 126.

²⁰⁴ 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 procreazione medicalmente assistita 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.

²⁰⁵ In questo senso, B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Biolaw journal*, 2016, 120.

peraltro, difficili da smascherare, come testimonia l'esperienza comparatistica²⁰⁶; milita 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 nascituro²⁰⁷.

La complessità della vicenda – la quale andrebbe ad incidere direttamente sulla costituzione del rapporto di filiazione, potendo generare, in taluni casi, conflitti di

²⁰⁶ 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 spesso 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 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, parte 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.

²⁰⁷ Nella dottrina statunitense – 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.

status difficilmente risolubili – indurrebbe a non ammettere *tout court* in via precauzionale la maternità surrogata²⁰⁸.

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 abusi²⁰⁹, predisponendo un articolato sistema di verifiche e controlli, diretto in primo luogo a scongiurare il rischio che dietro il rimborso delle spese non si celino pagamenti illeciti²¹⁰.

Per scongiurare tale rischio nei Paesi nei quali è ammessa la surrogazione di maternità altruistica sono previste delle procedure all'interno delle quali è contemplato l'intervento di autorità indipendenti e/o dell'autorità giudiziaria in funzione di garanzia della solidarietà dell'accordo²¹¹; sia che intervengano prima

²⁰⁸ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1780.

²⁰⁹ Il nostro ordinamento già conosce una determinata categoria di atti – si pensi appunto alla disciplina sulla donazione degli organi – sottoposti al vaglio delle istituzioni di garanzia al fine di evitare che dietro il consenso formalmente libero ed eguale si celino invece “*posizioni di forza e di debolezza, disuguaglianze di potere economico, asimmetrie informative*”: A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO – S. MAZZARESE, Milano, 2008, 76. In particolare, oltre ad un controllo di tipo sanitario volto a determinare sia la compatibilità tra donatore e ricevente che a scongiurare il rischio di trasmissione di infermità, nella disciplina sulla donazione di organi è previsto anche l'intervento dell'autorità giudiziaria, chiamata ad operare un vaglio in concreto teso a verificare la rispondenza dell'atto alle condizioni previste dalla legge: v. G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO – S. MAZZARESE, Milano, 2008, 332; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, 2013, 98. L'introduzione di un simile intervento dell'autorità giudiziaria è stato auspicato da A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2018, 176, anche nel contesto di una più ampia riforma volta ad ammettere la gestazione per altri relazionale nel nostro ordinamento. In questa prospettiva, dovrebbe essere “*il magistrato, con l'ausilio della consulenza tecnica, a controllare se la volontà della donna sia libera da coartazioni, se il consenso delle parti sia stato spontaneo e gratuito, se il minore sia nato da un autentico progetto genitoriale e se sia collegato geneticamente ai genitori intenzionali o almeno al padre intenzionale*”.

²¹⁰ 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.

²¹¹ In Inghilterra 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. Le Corti devono autorizzare, preventivamente al rilascio del Pre-Birth Order – un documento legale che assegna la genitorialità ai committenti e che fa il paio con il

della realizzazione della pratica al fine di autorizzarne il compimento²¹², sia che intervengano successivamente all'esecuzione della stessa al fine di riconoscerle gli effetti che la legge vi ricollega²¹³, le autorità di garanzia sono chiamate ad accertare la sussistenza dei requisiti posti dalla legge, tra i quali vi rientra innanzitutto il divieto di corrispondere a favore della gestante pagamenti che eccedano il costo delle spese affrontate e delle perdite subite.

Tuttavia, quantomeno in questo caso, l'interprete non è esonerato dal compito di reperire nell'attuale assetto normativo le regole più idonee ad assicurare la tutela dei diritti che si pretendano costituzionalmente tutelati²¹⁴, anche perché l'attribuzione della maternità alla donna che ha partorito, pur rappresentando probabilmente la sanzione civile *ex sistema* più idonea ed efficace ad assicurare la

successivo Post- Birth Order –, qualsiasi passaggio di denaro o di altri benefici dai genitori intenzionali alla surrogata.

²¹² In questo senso la legge portoghese, (legge 22.08.2016 n. 25 cui ha fatto seguito il *decreto regulamentar* n. 6\2017) – poi dichiarata in larga parte incostituzionale dal Tribunal Constitucional e recentemente emendata dal Parlamento – che ha ammesso il ricorso alla pratica se altruistica, ha previsto che il contratto di maternità surrogata, cui dovrà essere allegata la valutazione positiva di uno psichiatra (o di uno psicologo) e di un direttore di un centro di inseminazione artificiale, ottenga l'autorizzazione del Consiglio Nazionale per la Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA), previa parere non vincolante dell'Ordine dei medici. Per scongiurare eventuali legami di tipo lavorativo o professionale la legge impone che tra la gestante e la coppia non sussista un rapporto di subordinazione economica. Non risulta privo di interesse sottolineare che in Portogallo, prima della dichiarazione di incostituzionalità della legge, il Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida avesse ricevuto nove richieste di coppie interessate a ricorrere alla surrogazione materna, delle quali due erano state autorizzate, e di queste una sola era stata in concreto realizzata, seppure senza successo, visto che la madre surrogata – nonna di un componente della coppia intenzionale – non era riuscita a rimanere incinta. Le restanti otto richieste, dopo la dichiarazione d'incostituzionalità della legge, sono state sospese, in attesa dei futuri sviluppi legislativi e giurisprudenziali: per info v. <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/noticia/gestacao-substituicao-ja-nao-sei-lei-tempo-mae-1884755> (ultima consultazione 30.8.2019).

²¹³ Invece, un secondo modello, al quale si ascrive la legislazione greca, presuppone una richiesta e un controllo giudiziario prima del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero della donna, così che alla nascita i genitori intenzionali saranno riconosciuti direttamente come tali nei registri anagrafici (art. 1458, legge n. 3098\2002). In Grecia, in cui è richiesto il previo intervento dell'Autorità Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (v. nt. 62), il combinato disposto degli articoli 1458 del codice civile e degli articoli 13 e 26 della legge n.3305/2005 consente la surrogazione materna altruistica: sulla circostanza che, nonostante la proibizione legale, molte delle surrogazioni materne che vengono praticate in Grecia siano, in realtà, commerciali.

²¹⁴ 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.

funzione deterrente del divieto²¹⁵, può venire in conflitto con il diritto del minore al riconoscimento della propria identità genetica.

Sarà in sede di azione di stato, come si avrà modo di illustrare in maniera specifica nel prossimo capitolo, che si dovrà verificare la sussistenza dei requisiti affinché la pratica di maternità surrogata, non rientrando nella sfera del divieto, sia considerata lecita. Spetterà al giudice verificare l'effettiva natura relazionale della gestazione per altri, negando al consenso espresso in assenza del carattere solidaristico i tipici effetti costitutivi della genitorialità²¹⁶.

7. IL LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO.

Escludere che la gestazione per altri possa produrre una diminuzione permanente dell'integrità psicofisica della madre surrogata non basta per affermare che l'atto di disposizione della gestante si ponga al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 5 c.c., in quanto tale disposizione vieta gli atti di disposizione del corpo non solo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, bensì anche *“quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”*²¹⁷.

Per quanto concerne la contrarietà alla legge, non merita soffermarsi oltre sul perché ne andrebbe escluso il contrasto con il divieto di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, dal momento che quanto sin qui illustrato ha avuto ad oggetto la verifica dell'ipotesi secondo la quale tale preclusione andrebbe interpretata in modo costituzionalmente orientato, limitandone la portata sanzionatoria alla

²¹⁵ Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 431.

²¹⁶ V. però l'opinione per la quale, dopo la sentenza n. 162\2014 della Consulta, gli effetti del consenso di cui all'art. 8, legge 40\2004, si estenderebbe ad ogni forma di procreazione medicalmente assistita, comprese pratiche non espressamente ammesse nel nostro ordinamento quali la maternità surrogata, a prescindere dall'eventuale carattere altruistico o commerciale: M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *www.questionegiustizia.it*, 2018, 24.

²¹⁷ Tale norma, infatti, oltre ad un limite di carattere speciale, rappresentato appunto dalla diminuzione permanente dell'integrità fisica, ricorre anche a criteri generali, quali la contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume: S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv., Agg.*, Torino, 2012, 227; già G. ALPA – A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger, sub artt. 1-10*, Milano, 1996, 253; R. ROMBOLI, *Sub art. 5., cit.*, 228; *contra* M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo, cit.*, 48 la quale ritiene che tra le due categorie più che un rapporto *specie/genus* sussisterebbe una differenza strutturale e semmai un rapporto di alterità.

fattispecie della gestazione per altri commerciale, a fronte degli interessi di rango costituzionale di cui è portatrice la coppia che si propone di accedere alla maternità surrogata solidale²¹⁸. Peraltro, una volta accolta tale interpretazione costituzionalmente orientata del divieto, anche la disposizione di cui all'art. 42 del codice deontologico che fa espresso divieto al medico *“di attuare forme di maternità surrogata”* va riletta alla luce di tale interpretazione²¹⁹, giacché *“il contratto concluso con il medico, con cui si richiedono le prestazioni sanitarie necessarie per attuare la surrogazione, è strettamente collegato agli accordi che la coppia richiedente conclude con la madre portante, nel senso che la validità del contratto concluso col sanitario presuppone naturalmente la validità dell'accordo di surrogazione, di guisa che le problematiche relative alla validità di questo secondo “contratto” si ripercuotono necessariamente sulla validità del primo”*²²⁰.

Merita, invece, soffermarsi più diffusamente sulle altre due clausole generali contenute nell'art. 5 c.c. – anche alla luce di alcuni importanti recenti arresti giurisprudenziali²²¹ –, perché gli effetti derivanti dalla maternità surrogata

²¹⁸ Ulteriori profili di contrasto della pratica con la legge emergono dal disposto dell'art. 269, comma 3, c.c., laddove interpretato nel senso che nel nostro ordinamento non sarebbe possibile attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito: si tratta tuttavia di un profilo per il quale si rinvia al capitolo secondo, par. 1.

²¹⁹ Tale norma – rimasta intatta anche dopo l'introduzione della legge n. 40/2004 – è venuta in considerazione nel più volte citato caso deciso da Trib. Roma, ord. 17.2.2000, *cit.*, 151, spec. 154, nel quale era proprio tale articolo, in assenza di una regolamentazione primaria della materia, al quale il medico si appellava per rifiutare l'impianto dell'embrione nell'utero dell'amica della coppia intenzionale. In quel caso, il giudice ritenne che tale codice di autoregolamentazione professionale avesse efficacia soltanto interna – relativamente alla categoria interessata –, non incidendo *“nell'ordinamento giuridico preesistente”* e, pertanto, non assumesse carattere ostativo del diritto della donna a ricevere l'impianto. In riferimento alla disposizione del codice deontologico medico è stato sostenuto che *“la regola deontologica non può porsi in contrasto con una tavola dei valori desunti dall'ordinamento giuridico generale; essa pertanto appare legittima, nei suoi innegabili riflessi esterni, solo quando si inserisce nei principi generali, limitandosi a puntualizzare profili specifici che dai principi discendono e che, principalmente, non si pongono in contrasto con altri principi generali o, comunque, con precise disposizioni di legge”*: L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 384. In generale sulla rilevanza giuridica del codice deontologico v. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico e i rapporti fra etica e diritto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 925

²²⁰ A. VESTO, *op. cit.*, 150.

²²¹ Cass., sez. un., n. 12193/2019, *cit.*, 737; App. Trento 23.2.2017, *cit.*, 994. Sebbene si tratti di arresti giurisprudenziali aventi ad oggetto casi di maternità surrogata realizzata all'estero in Paesi nei quali la pratica è ammessa, le motivazioni accolte dai giudici per escludere ovvero per affermare la contrarietà della pratica all'ordine pubblico internazionale vanno certamente tenute in considerazione nell'affrontare il tema, costituendo comunque solo lo spunto iniziale di una più

solidaristica non potrebbero trovare tutela sul piano della costituzione dello *status filiationis* se gli atti negoziali collegati risultassero in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume.

È noto che a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40 e dell'introdotta divieto di maternità surrogata, coloro i quali intendono ricorrere alla suddetta pratica si recano in Paesi esteri dove questa tecnica medica è consentita. Ciò ha contribuito al fenomeno del c.d. turismo procreativo, ossia, coppie impossibilitate a generare o *single*, concludono contratti di maternità surrogata in Paesi che li ammettono, chiedendo, al rientro in Italia, la registrazione dell'atto di nascita del nato formato all'estero. In questo contesto, i genitori intenzionali si rivolgono spesso al Tribunale poiché, il più delle volte, l'ufficiale di stato civile, rilevata la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto (*ex art. 18 d.p.r. n. 396/2000*), ne rifiuta la trascrizione.

La nozione di ordine pubblico richiamata dall'articolo 18, d.p.r. n. 396/2000, ha natura internazionalprivatistica e riguarda quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale, dalle fonti nazionali e sovranazionali e dal *“modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico”*²²².

Si è richiamata proprio la definizione di ordine pubblico accolta recentemente dalle Sezioni unite della Cassazione perché i supremi giudici con la pronuncia n. 12193/2019 hanno risolto un conflitto avente ad oggetto i confini della nozione stessa di ordine pubblico internazionale²²³, aderendo al secondo dei due

ampia discussione all'interno della quale occorre innanzitutto distinguere fra ordine pubblico interno e internazionale e fra maternità surrogata commerciale e solidaristica

²²² Cass., sez. un., n. 12193/2019, *cit.*, 737, la quale ha negato la conformità all'ordine pubblico internazionale del provvedimento giurisdizionale canadese che aveva dichiarato il nato da maternità surrogata figlio di due genitori dello stesso sesso.

²²³ Da ultimo, la prima sez. civ. della Cassazione – 11.11.2019, n. 29071, in *www.italgiure.it* – ha rimesso alle SS. UU. la risoluzione della seguente questione di diritto: *“se sia contrario all'ordine pubblico e quindi non trascrivibile nei registri dello stato civile italiano il provvedimento dell'autorità giudiziaria straniera, che abbia disposto l'adozione di un minore in favore di una*

orientamenti emersi in precedenza in giurisprudenza: il dibattito, acceso peraltro anche in dottrina²²⁴, riguardava la questione se nella nozione di ordine pubblico dovessero rientrare solo i principi affermati dalle norme della Costituzione, dal diritto comunitario e delle convenzioni internazionali²²⁵ ovvero anche quelle norme ordinarie “*che inverano l’ordinamento costituzionale*”, espressione cioè dei valori consacrati nella Carta e, conseguentemente, strumento di attuazione degli stessi principi costituzionali²²⁶.

Il concetto di ordine pubblico preso in esame ripetutamente dai giudici in questi ultimi anni esprime dunque la volontà del nostro ordinamento giuridico, come di ogni altro, di dotarsi di strumenti idonei a escludere l'applicazione della legge straniera qualora i suoi effetti siano contrari all'insieme di quei principi, di

coppia dello stesso sesso, ove nessuno degli adottanti risulti legato da vincoli genitoriali biologici con l’adottato”. Tale questione trae origine da una pronuncia della Corte d'Appello di Milano con la quale è stata riconosciuta efficacia ad una provvedimento statunitense d’adozione di un minore a favore di una coppia omosessuale, provvedimento ritenuto dai giudici meneghini compatibile con l’ordine pubblico internazionale. Come si legge nella stessa ordinanza di rimessione, la Corte di Cassazione – 31.05.2018, n. 14007, in *www.italgiure.it* – si era già occupata di un altro caso di riconoscimento di una sentenza straniera di adozione riguardante due donne francesi, residenti in Italia, che avevano chiesto il riconoscimento di una sentenza francese che aveva disposto a favore di ciascuna di esse l’adozione del figlio biologico dell’altra, confermando in quel caso la pronuncia di merito che ne aveva ammesso il riconoscimento. Nonostante tale precedente, la prima sezione civile della Cassazione ha ritenuto di sottoporre la vicenda all’esame delle SS.UU. per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché nel caso statunitense – a differenza del caso francese – nessuno degli adottanti è legato da vincoli biologici con l’adottato; in secondo luogo, perché successivamente alla decisione del caso francese è intervenuta la pronuncia n. 12193/2019 delle SS.UU. con la quale è stata precisata la nozione di ordine pubblico alla cui stregua valutare la compatibilità dei provvedimenti giurisprudenziali stranieri, pronuncia che in concreto potrebbe indurre a ritenere contrario all’ordine pubblico il riconoscimento del provvedimento adottivo statunitense.

²²⁴ Per tutti cfr. V. BARBA, *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403; C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, 2016, II, 481; C. CAMPIGLIO, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1132; A. MENDOLA, *Interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, 673; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1159; S. TONOLO, *L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. inter.*, 2017, 1070; A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter.*, 2018, 839; A. SASSI – S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Biola Journal*, 2018, 377.

²²⁵ Cass., 19599/2016, *cit.*, 181; App. Trento 23.2.2017, *cit.*, 994; App. Torino, sez. famiglia, decreto 29.10.2014, in *Fam e dir.*, 2015, 822, con nota di M. FARINA.

²²⁶ Cass. civ., sez. un., 5.7.2017 n. 16661, in *Corr. giur.*, 2017, 1042 ss., con nota di C. CONSOLO; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1292, con nota di M. GRONDONA. L’ordinanza di rimessione del conflitto alle Sezioni unite è Cass., 22.2.2018, n. 4382, in *Fam. e dir.*, 2018, 837, con nota di M. DOGLIOTTI.

ordine morale e politico, assunti dal legislatore a criteri direttivi e informativi del nostro ordinamento giuridico²²⁷.

Tuttavia, ai fini della presente ricerca non rileva soffermarsi tanto sulla nozione di ordine pubblico internazionale, in quanto l'obiettivo non è comprendere se l'atto di nascita formato all'estero sia contrario o meno all'ordine pubblico e quindi sia trascrivibile oppure no, quanto, piuttosto, se la gestazione per altri altruistica praticata in Italia si ponga in contrasto con il c.d. ordine pubblico interno, così come inteso nell'ambito dell'art. 5 c.c., non rilevando, secondo l'indirizzo che si reputa condivisibile, la natura contrattuale o meno degli atti che stanno a fondamento della maternità surrogata²²⁸.

²²⁷ Le origini di tale ultima nozione si ritrovano nel medioevo e, precisamente, nel pensiero dei post-glossatori e degli statuisti che, dal XII secolo, hanno iniziato a interrogarsi su quale fosse la sfera di applicazione degli statuti. Poteva capitare che alcuni di questi statuti particolari – detti, non a caso, “odiosi” – prevedessero, per i rispettivi territori, norme e principi contrari allo *ius commune*; in tali ipotesi, gli altri diritti particolari, rimasti fedeli ai canoni giuridici tradizionali, non davano attuazione, nell'ambito delle proprie sfere territoriali, a questi statuti aberranti. Con l'avvento degli Stati moderni l'idea della loro assoluta indipendenza sostituiva quella precedente per la quale le varie entità, pur essendo spesso già indipendenti di fatto, presupponevano l'esistenza di un ordinamento “superiore e generale”. Ciò nonostante, gli Stati continuarono a credere in una comune civiltà giuridica e, attraverso le regole di diritto internazionale privato, fissarono autonomamente la sfera d'applicazione della *lex fori* e dei diritti stranieri nei propri territori. Con riguardo ai principi di ordine pubblico internazionale moderno la differenza rispetto ai principi fondamentali del passato consiste nel fatto che, all'epoca attuale, la coscienza giuridica di ciascuna comunità statale stabilisce per proprio conto i limiti della sua appartenenza ad una data civiltà comune; così che, in ultima analisi, i principi fondamentali in questione sono quelli che la coscienza di una data comunità statale ritiene tali: cfr. G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, Milano, 1108.

²²⁸ In dottrina si discute sul tipo di atti sui quali tale disposizione è chiamata ad incidere. Indici nel senso che tale articolo si riferisca soltanto alla figura del contratto e alla vincolatività dell'obbligazione assunta riguardante il corpo, si traggono dai lavori preparatori, dai quali “*si ricava l'impressione di un'attenzione del legislatore rivolta precipuamente alla disposizione del corpo in forma di convenzione*”: M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, 78. Di conseguenza, tale articolo dovrebbe intendersi esclusivamente volto a sancire l'invalidità di contratti con cui taluno disponga del proprio corpo: M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, *cit.*, 72. Se trovasse conferma tale orientamento, ne sarebbe in radice escluso il contrasto con la maternità surrogata solidaristica, atteso che in carenza del dato normativo positivo non pare configurabile un vincolo obbligatorio in capo alla gestante. Cionondimeno, e nonostante riconosca che sia stato effettivamente formulato per disciplinare fattispecie di carattere contrattuale: P. RESCIGNO, *La libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1965, 1657; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, 78; M. BESSONE – G. Ferrando, *Persona fisica (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 200; E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, in *Diz. Irti*, Roma, 1980, 8123; R. ROMBOLI, *Sub art. 5., cit.*, 233, la dottrina moderna ritiene che l'art. 5 c.c. rappresenti oramai “*un principio di carattere generale applicabile e valido per ogni ipotesi e per qualsiasi attività concernente in qualche modo il corpo umano*”: R. ROMBOLI, *Sub art. 5., cit.*, 233, compresi gli atti non vincolanti: S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, *cit.*, 348. Muove in questa direzione anche la collocazione della norma tra le disposizioni generali concernenti le persone fisiche, che induce a sostenerne la riferibilità ad ogni ipotesi di prestazione di consenso. Del resto, è stato riconosciuto che ancorare gli atti di disposizione del

La distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale ha natura funzionale, perché il primo assume rilevanza quale limite all'autonomia privata, mentre il secondo come limite all'applicazione di una legge straniera²²⁹. La differenziazione delle nozioni di ordine pubblico interno e di ordine pubblico internazionale nasce dalla considerazione che *“l'inderogabilità delle (o meglio di talune) norme italiane risponde ad esigenze differenti, più o meno forti, sicché può valere in assoluto – ossia anche in relazione a fattispecie non totalmente interne – oppure solo in relazione a fattispecie totalmente interne”*²³⁰. La diversità di funzione comporta quindi che il concetto di ordine pubblico internazionale goda di un'estensione più limitata rispetto a quello di ordine pubblico interno, altrimenti *“si finirebbe sostanzialmente per impedire l'applicazione di una legge straniera che non abbia un contenuto esattamente corrispondente a quello delle leggi nazionali. Se l'estensione di significato dell'uno e dell'altro concetto fossero coincidenti, non potrebbe trovare applicazione alcuna legge straniera regolante il caso in modo contrario a una norma imperativa, sicché potrebbero trovare efficacia soltanto le leggi straniere aventi un contenuto esattamente corrispondente a quello delle leggi nazionali”*²³¹. La nozione di ordine pubblico interno include pertanto anche la più ristretta nozione di ordine pubblico internazionale²³², il quale è dato, come sopra già espresso con formula equivalente, soltanto *“dall'insieme dei principi etici,*

corpo al contratto comporterebbe l'assoluta marginalizzazione dell'art. 5 c.c., il cui ambito di operatività si ridurrebbe a ipotesi limitate e di importanza residuale: M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 73, la quale porta ad esempio la fattispecie della vendita delle unghie.

²²⁹ V. però Cass., 30.5.1983, n. 3709, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, 371; Cass., 24.11.1989, n. 4074, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 926, le quali distinguono l'ordine pubblico interno e internazionale non già in relazione alla loro funzione, bensì secondo che il controllo riguardi situazioni giuridiche di soggetti stranieri, ovvero di cittadini italiani, sostenendo che, nel primo caso, si debba fare discorrere di ordine pubblico internazionale, mentre nel secondo caso di ordine pubblico interno.

²³⁰ F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*⁷, I, Milano, 2015, 264. Sulla distinzione fra ordine pubblico internazionale e interno v. da ultimo G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema*, Napoli, 2019, 48.

²³¹ V. BARBA, *Ordine pubblico internazionale*, cit., 405, al quale si rinvia per l'esame della giurisprudenza sul punto.

²³² V. in questo senso A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, cit., 427, nota 31. Per la teoria più risalente per la quale in fondo la nozione di ordine pubblico richiamata nelle norme di diritto internazionale privato coinciderebbe con quella di cui al codice civile: G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, Milano, 1055.

economici, politici e sociali che, momento per momento, determinano i caratteri essenziali degli istituti del nostro ordinamento giuridico, nei vari campi della convivenza sociale"²³³. Quindi, l'ordine pubblico interno, inteso invece quale complesso di principi inderogabili che costituiscono un limite all'autonomia privata (arg. art. 1343 c.c.), pur essendo un margine invalicabile per mezzo di volizioni private in situazioni del tutto interne, potrebbe cedere all'applicazione di una norma straniera, ove richiamata opportunamente da una norma di conflitto, senza che da ciò derivino conseguenze intollerabili per il nostro ordinamento²³⁴.

L'ordine pubblico interno (come del resto il buon costume) rappresenta un criterio di valutazione dell'attività dei privati la cui violazione determina la nullità del negozio giuridico che con esso si ponga in contrasto²³⁵. In particolare, la clausola dell'ordine pubblico, presente nei codici di *civil law* fin dal *code Napoléon*²³⁶, commina la sanzione della nullità a quelle convenzioni private che

²³³ Cass., 19.1.2007, n. 1183, in *www.italggiure.it*.

²³⁴ È chiaro che la nozione di ordine pubblico che ha in mente il legislatore nella redazione delle norme di diritto internazionale privato è solo quella di ordine pubblico non interno; infatti, se così non fosse "si giungerebbe all'assurda conseguenza che il nostro diritto internazionale privato risulterebbe inattuabile nelle molte materie regolate quasi esclusivamente da norme inderogabili di diritto materiale italiano (così in quelle relative alla capacità, ai rapporti di famiglia, ai rapporti tra i coniugi, etc etc). In effetti, se si desse una tale coincidenza di significati, il rinvio al diritto straniero non sarebbe possibile, in queste materie, ogni qual volta la legge estera richiamata risultasse in qualche punto difforme dalla legge inderogabile italiana": G. BARILE, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1116. In questo senso si è peraltro espressa la Cassazione, per la quale "il concetto di ordine pubblico di cui all'articolo 64" – la norma, contenuta nella legge n. 215/1995 di diritto internazionale privato, ha ad oggetto il riconoscimento delle sentenze straniere e prevede, alla lettera g del primo comma che, la sentenza straniera venga riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando "le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico" – *non si identifica con il c.d. ordine pubblico interno, e, cioè, con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile, bensì con quella di ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico*": Cass., 6.12.2002, n. 17349, in *Foro pad.*, 2003, I, c. 62; Cass., 4.5.2007, n. 10215; Cass., 11.11.2000, n. 14462, consultabili all'indirizzo *www.italggiure.it*.

²³⁵ Definizioni simili si rinvencono, tra l'altro, in G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, 36; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo, cit.*, 59.

²³⁶ *Domat* è il primo autore che presenti le nozioni di ordine pubblico e di ordine della società che, peraltro, mostra di considerare sinonimi: J. DOMAT, *Trattato delle leggi*, in *Le leggi civili*, Pavia, 1825, trad. di PADOVANI, I, cap. V, 51, 52 e 56, il quale nel sommario di questo quinto capitolo parla di ordine pubblico e, nella parte di testo corrispondente, parla di ordine della società. La nozione di ordine pubblico presente nelle sue opere è intesa o come equivalente di pace sociale (di quello che oggi potrebbe definirsi come "ordine pubblico amministrativo") o come sinonimo di diritto inderogabile (e in particolare viene identificata con le norme penali) o, infine, equivale alla nozione di diritto pubblico. L'identificazione di ordine pubblico con diritto pubblico è significativa, in quanto "all'epoca di Domat, quando cioè da poco si è completata in Francia la costruzione della monarchia assoluta con il deperimento dell'ordinamento pubblicistico feudale,

si viene ridelineando la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, scomparsa nell'epoca intermedia. Conseguenza di questo è la sottrazione alla sfera dell'autonomia negoziale di una certa area indicata come ordine pubblico o diritto pubblico prima oggetto, invece, di libere pattuizioni. L'ordine pubblico in tal modo viene ad indicare quella parte del diritto inderogabile del tutto nuova attinente a fondamentali principi dello stato moderno": A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1994, 158. Successivamente – un secolo dopo – il *code Napoléon* è il primo testo di legge in cui l'ordine pubblico viene menzionato quale limite dell'autonomia negoziale distinto dalle norme inderogabili e dal buon costume. L'art. 1133 stabilisce che la causa del contratto è illecita "quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public". Quindi, l'ordine pubblico appare come limite all'autonomia negoziale accanto alla legge e al buon costume già nel "*Code civil des Français*" del 1805. Pur non definendo espressamente tale espressione, tuttavia dai lavori preparatori si evince che l'ordine pubblico venisse inteso "come criterio discriminante tra disposizioni imperative e disposizioni permissive, in definitiva come sinonimo del carattere pubblicistico, inderogabile della norma (o meglio: della legge)": A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, cit., 157. Così intesa la nozione di ordine pubblico (che coincideva in definitiva con il diritto inderogabile) era priva di portata innovativa sul piano del diritto positivo. Questa indistinzione e confusione tra le nozioni di ordine pubblico e di diritto inderogabile la si ritrova anche nel pensiero di *Pothier* (non a caso ispiratore del *code Napoléon*); nelle sue opere il giurista d'Orleans non considera l'ordine pubblico un limite ulteriore dell'autonomia negoziale rispetto a quello rappresentato dalle norme inderogabili: R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*, II^a ed. it., eseguita su quella pubblicata a Parigi da *Dupin*, I, Livorno, 1841, 68. Non sono chiare le ragioni che hanno spinto i compilatori ad inserire fra le disposizioni codicistiche l'ordine pubblico quale limite dell'autonomia privata; probabilmente la menzione dell'ordine pubblico (come novella nozione di natura giuridico-politica) serviva per riassumere le conquiste della Rivoluzione francese in tema di soppressione dei vincoli feudali sulle cose e sulle persone, dei maggioraschi, delle corporazioni di arti e mestieri, delle venalità degli uffici. Si potrebbe considerare altrimenti dovuta l'introduzione dell'ordine pubblico all'intento di riaffermare la forza delle leggi dello stato contro certe tendenze estreme della dottrina giusnaturalista che, perorando l'onnipotenza della volontà dei singoli, negavano ogni limite alla validità delle convenzioni. Una terza ipotesi è quella per cui l'ordine pubblico era il riflesso di una prassi giurisprudenziale *ancien regime* che operava con lo strumento delle nullità atipiche, cioè delle nullità non riconducibili alla violazione di una norma autoritativa inderogabile o di un principio tradizione del buon costume. L'ordine pubblico quale limite negoziale all'autonomia dei privati è presente anche nell'Italia continentale dell'epoca preunitaria, o perché in quei territori il codice napoleonico trovava immediata applicazione o perché veniva preso a modello. D'altronde, il codice del 1865 resterà fedele al precedente modello francese e, quindi, la stessa clausola dell'ordine pubblico troverà applicazione in tutt'Italia. La dottrina italiana, a differenza della contemporanea dottrina francese, azzerò le novità che porta con sé la regola di ordine pubblico, in quanto accoglie il modello bipartito dell'*usus modernus pandectarum* (norme inderogabili – buoni costumi), ritenendo i buoni costumi come l'unico limite idoneo a proibire le convenzioni illecite non illegali. Infatti, sotto il codice del 1865 la prevalente dottrina civilistica – contrariamente alla dottrina internazionalistica che, nell'ambito del diritto internazionale privato, aveva dedicato attenzione all'argomento: cfr. P. FIORE, *Trattato di diritto internazionale*, I, Torino, 1888, 63; D. ANZILLOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale (Diritto privato)*, Roma, 1918, 163; A. CAVAGLIERI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1933, pag. 72 s.; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1933, 118; R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, 275 – non mostra interesse per il concetto dell'ordine pubblico preferendo studiare i temi riguardanti il buon costume. All'inizio del Novecento in Italia (anche per influsso della scuola sociologica e di concezioni solidaristiche e socialiste) si avverte "l'insufficienza delle fonti legali del diritto civile e la necessità di riconoscere all'interprete un margine di scelta personale responsabile e consapevole per procedere all'eterointegrazione delle lacune delle suddette fonti con il ricorso ai valori dell'economia, della sociologia, dell'etica, della politica, della storia, ecc. Questi autori considerano la regola di ordine pubblico uno dei possibili strumenti di questa operazione eterointegrativa e la utilizzano, in conformità alla giurisprudenza allora prevalente, per motivare l'invalidità delle coalizioni monopolistiche, con la piena consapevolezza dell'assenza di divieti legali o morali della suddetta fattispecie": A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, cit., 159. Alla vigilia

perseguono interessi contrastanti “con l’impegno delle istituzioni alla promozione della personalità”²³⁷. Pertanto, l’obiettivo non è – o meglio non dovrebbe essere – limitare i diritti fondamentali dell’individuo per tutelare i superiori interessi dello Stato, bensì restringere l’autonomia privata al solo fine di assicurare il rispetto e la salvaguardia di tali diritti, se del caso anche contro la volontà dello stesso titolare: *l’idea di fondo è quella di un’affermazione dei valori della persona che si impone alla persona medesima, anche oltre quanto da questa voluto (anche se in maniera assolutamente libera, consapevole, integra, non condizionata)*”²³⁸. Alla luce di ciò, il rischio è però quello di sottrarre la valutazione al diretto interessato per affidarla all’interprete, “chiamato a decidere se, come e perché un determinato atto sia in grado di realizzare la personalità dell’individuo ovvero sia lesivo della sua dignità”²³⁹. Per questa ragione, per quanto possa assumere rilevanza anche “l’esigenza che le convenzioni private non distruggano i cardini del nuovo ordine sociale”²⁴⁰, sembra prevalere la necessità di salvaguardare il diritto alla libertà e all’autodeterminazione del singolo, al quale soltanto è rimesso in ultima istanza “il potere di (...) individuare i modi e i tempi della realizzazione della sua

del codice civile del 1942 la regola di ordine pubblico viene riconsiderata da Emilio Betti allo scopo di introdurre indirettamente nel sistema civilistico principi politici metapositivi cari al regime fascista: v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, *passim*. A prescindere dagli intenti politici del tempo, l’ordine pubblico assume definitivamente con il codice del ’42 la fisionomia di “*principio originario destinato cioè ad operare al di là di ogni disposizione di legge*”: G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, *cit.*, 1049. Una volta tramontata l’esperienza del ventennio e con esso le suggestioni di una possibile teoria interventista dell’ordine pubblico, la dottrina prevalente ha accolto la teoria normativa dell’ordine pubblico, il cui contenuto precettivo è sovente “*illustrato con definizioni tautologiche e con un generico rinvio ai principi del jus cogens o a principi e interessi ricavabili, con operazioni puramente logiche, dal corpus delle disposizioni testuali inderogabili*”: A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, *cit.*, 160. Tale indirizzo si colloca peraltro all’interno della più ampia tendenza della dottrina contemporanea di escludere un’autonoma rilevanza alle clausole generali ovvero di ridurre il contenuto precettivo delle stesse al contenuto di singole specifiche fattispecie normative. Tuttavia, a partire dagli anni ’70 del secolo scorso la rigida identificazione di ordine pubblico con lo *jus cogens* è stata soggetta alla critica secondo la quale così intesa la nozione di ordine pubblico non avrebbe avuto più alcuna ragione d’essere e su questa base si è tornati a ragionare dell’ipotesi di un ordine pubblico “metalegale”. In quest’opera di ridefinizione, forte è stata la tendenza della dottrina ad applicare il principio dell’ordine pubblico a tutela dei valori costituzionali: cfr. S. RODOTA’, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, 181.

²³⁷ P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 91.

²³⁸ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, *cit.*, 61.

²³⁹ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, *cit.*, 61.

²⁴⁰ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, *cit.*, 63.

*personalità*²⁴¹: e la scelta di accogliere l’embrione per aiutare una coppia di parenti o di amici a realizzare il loro progetto di genitorialità può giusto rappresentare per la gestante un modo per realizzare la propria personalità.

Ciò non toglie che il divieto di maternità surrogata commerciale rivesta certamente valenza di ordine pubblico, *“come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta, appunto, a presidio di beni giuridici fondamentali”*. Tra questi beni fondamentali viene innanzitutto in considerazione *“la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l’istituto dell’adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”*²⁴². Tuttavia, l’analisi fin qui condotta offre elementi per sostenere che una diversa valutazione si imponga per la maternità surrogata solidale: da un canto, perché stante l’assenza di lucro e la spontaneità del gesto non si realizza la mercificazione del corpo della donna di cui non viene quindi lesa la dignità; dall’altro canto, perché in presenza di un collegamento genetico dei componenti della coppia con il nato si deve escludere il conflitto fra la gestazione per altri e l’istituto dell’adozione, rimanendo tale fattispecie affatto estranea all’ambito applicativo della disciplina contenuta nella legge n. 183/1984.

Alla conclusione per la quale la maternità surrogata commerciale fosse una pratica contraria all’ordine pubblico e, pertanto, alla stessa non dovesse essere riconosciuto alcun effetto giuridico, erano già giunte sia la dottrina sia la giurisprudenza precedentemente all’introduzione del divieto²⁴³. Cionondimeno,

²⁴¹ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 62.

²⁴² Cass., n. 24001/2014, cit., 239.

²⁴³ F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., 33; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, cit., 503; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., 39; A. PIRAINO LETO, *I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto*, in *Diritto famiglia e persona*, 1987, 1333; M. GORGONI, *Individuo o persona: problemi di qualificazione e tutela giuridica alle soglie della vita*, in *Famiglia e diritto*, 1994, 345; M.T. CARBONE, *op. cit.*, 864; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione*, cit., 206. In giurisprudenza v. Trib Monza, 27.10.1989, cit., 298, il quale ha giudicato nullo per contrarietà alla legge, all’ordine pubblico e al buon costume l’accordo di surrogazione di maternità tradizionale – con il seme del marito della coppia committente – intervenuto tra una coppia di coniugi e la donna che si era prestata verso

sempre in un contesto *ante legem* n. 40/2004 era già stata evidenziata la necessità di operare una diversa valutazione in base agli interessi perseguiti dalla madre surrogata mediante il proprio atto: in assenza di un interesse economico da parte della gestante non veniva ravvisato alcun profilo di contrarietà alla clausola dell'ordine pubblico, anzi quel gesto veniva apprezzato quale strumento di attuazione dei valori costituzionali e, in particolare, del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.²⁴⁴

Indici in senso contrario sembrano emergere, tuttavia, proprio dalla recente pronuncia n. 2193/2019 delle Sezioni unite²⁴⁵, le quali, in relazione ad un caso di surrogazione gratuita²⁴⁶, hanno individuato nell'ordine pubblico internazionale un ostacolo al riconoscimento del rapporto tra il nato e il genitore d'intenzione, condividendo il giudizio di netta contrarietà della gestazione per altri ai valori del nostro ordinamento già espresso dalla stessa giurisprudenza di legittimità e dalla Corte costituzionale in riferimento però a fattispecie di surrogazione materna commerciale²⁴⁷: se ne dovrebbe dedurre *a fortiori* che la maternità surrogata gratuita si ponga in contrasto anche con l'ordine pubblico interno²⁴⁸. Ciononostante, è importante sottolineare che la Suprema corte ha posto

corrispettivo a portare avanti la gravidanza per poi consegnare il nato alla coppia, rinunciando a qualsiasi diritto verso quest'ultimo.

²⁴⁴ S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, cit., 194; P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, cit., 838; G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, cit., 1034; F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, cit., 148; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 193; P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, cit., 400; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza di dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 185; R. LANZILLO, *op. cit.*, 639; M. COSTANZA, *Legislazione e fecondazione artificiale*, in *Diritto famiglia e persone*, 1987, 1024; *contra*, M. MORETTI, *op. cit.*, 251; F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, cit., 570; M. CALOGERO, *op. cit.*, 113; A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 82; N. LIPARI, *op. cit.*, 575; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione*, cit., 210. In giurisprudenza ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione materna altruistica: Trib. Roma, 17.2.2000, cit., 151.

²⁴⁵ Cass., sez. un., n. 12193/19, cit., 737.

²⁴⁶ Realizzata in Canada, ordinamento nel quale è vietato retribuire la madre surrogata: Assisted Human Reproduction Act - S.C. 2004, c. 2 (Section 6).

²⁴⁷ Cass., n. 24001/2014, cit., 239; Corte Cost., n. 272/2017, cit., 10.

²⁴⁸ Dato che l'ordine pubblico internazionale, come visto, gode di un ambito applicativo più ristretto dell'ordine pubblico interno. È già stata usata l'immagine dei cerchi concentrici secondo la quale l'ordine pubblico internazionale sarebbe il cerchio concentrico di contenuto più limitato rispetto all'ordine pubblico interno, data la diversità delle loro funzioni: v. V. BARBA, *Ordine pubblico internazionale*, cit., 415, nota 41.

direttamente a fondamento della propria decisione le motivazioni alle quali aveva fatto ricorso in precedenza la giurisprudenza per sanzionare però una fattispecie di maternità surrogata commerciale in cui i genitori intenzionali non erano legati geneticamente al nato²⁴⁹, senza altra argomentazione che il riferimento a un incerto dato testuale²⁵⁰. Se si fosse confrontata con gli interessi di rango costituzionale di cui è portatrice la coppia intenzionale e con le motivazioni addotte dalla Corte costituzionale per dichiarare incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa per violazione del diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia, probabilmente sarebbe emersa più di una difficoltà nel giungere alla soluzione adottata.

7.1. L'INCIDENZA DEL BUON COSTUME.

La clausola del buon costume conosce, oramai da svariati decenni, una crisi di applicazione nei nostri sistemi di diritto occidentali²⁵¹ che ha portato ad esempio in Francia alla radicale eliminazione nel 2016 di ogni riferimento ai *bonnes moeurs* dal diritto dei contratti²⁵². Tale crisi è prima di tutto una crisi di contenuto comprensibile alla luce di almeno due concorrenti ragioni: di fronte alla perdita di una morale condivisa e accettata dalla pluralità degli individui, si corre il rischio “di un eccessivo soggettivismo dei tribunali nell'interpretazione della clausola del

²⁴⁹ V. Cass., n. 24001/2014, *cit.*, 239.

²⁵⁰ In questo senso, U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 740.

²⁵¹ Sul declino della nozione di buon costume v. G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013, 71.

²⁵² Diffusamente sulle ragioni che hanno portato in Francia alla riforma del diritto dei contratti – avvenuta per via governativa con l'emanazione del decreto (*Ordonnance*) n. 2016-131 –, nell'ambito della quale è appunto scomparso il buon costume quale limite, accanto alla legge e all'ordine pubblico, all'autonomia privata dei contraenti: A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs*

dal diritto contrattuale francese, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 404; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. la rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695. È noto che invece in Germania con l'approvazione del BGB nel 1896 i giuristi tedeschi respinsero la novità elaborata dal legislatore francese consistente nell'introduzione della clausola dell'ordine pubblico, rimanendo fedeli al risalente binomio legge – buoni costumi (le cui tracce risalgono al diritto romano): per approfondimenti si rinvia ad A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 700; A. GUARNERI, *Buon costume*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1988; G. TERLIZZI, *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, in *Dig. disc. priv., Agg.*, Torino, 2016, 19.

buon costume”²⁵³, alla quale viene sempre più spesso preferito il ricorso all’ordine pubblico, declinato oramai in vari modi in base al contesto di riferimento (ordine pubblico politico, economico, sociale, etico, etc. etc.)²⁵⁴; inoltre, come più volte si è messo in evidenza anche solo nel corso di questo lavoro, il crescente rilievo che riveste il principio di autodeterminazione nei sistemi giuridici occidentali rende difficile per il diritto adottare eteronomamente dei giudizi etici – come quello di cui all’art. 5 c.c. – riguardanti la sfera esistenziale di una determinata persona senza tenerne in considerazione anche la particolare valutazione personale.

Tuttavia, a fronte della tendenza a considerare superata la nozione autonoma ed extra giuridica di buon costume, la quale costituirebbe una *species* dell’ordine

²⁵³ G. TERLIZZI, *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, cit., 16. Già S. RODOTA’, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., 107, aveva denunciato questo rischio, per limitare il quale aveva ritenuto fosse prudente ancorare il giudizio morale alle indicazioni normative ricavabile dal tessuto costituzionale, le quali sono in grado di “consentire assai meglio delle presunte indagini sul sentire di questo o di quello (che poi è soltanto il sentire del giudice), una ricostruzione di che cosa deve intendersi per ordine pubblico, in un certo momento storico e ai diversi livelli di interesse”. In termini analoghi, operando in questo modo si sarebbe potuto ricostruire la nozione di buon costume senza doversi affidare alle “presunte indagini sul sentire di questo o di quello (che poi è soltanto il sentire del giudice)”. In questo senso anche G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, 181; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 649. Decisamente contro, R. SACCO, in *Sacco – De Nova, Il Contratto, Tratt. dir. civ.*, t. II, Torino, 3^a ed., 2004, 65 (la 1^a edizione dell’opera risale al 1975), per il quale coloro che pretendono di ritrovare le norme etiche all’interno della legge o della Costituzione (che definisce “giacobini”) commettono un errore perché “non sanno percepire un fatto sociale fuori dello Stato, o (da) chi scambia lo Stato stesso per una Chiesa, e la Costituzione per una bibbia depositaria unica di ogni regola etica”. Per ulteriori e più analitici confronti sul pensiero di questi e di altri autori si rinvia a G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2009, 629.

²⁵⁴ In giurisprudenza si è ritenuto che l’ordine pubblico esprima i principi etici fondamentali dell’ordinamento: Cass. se. un., 8.5.1976, n. 1609, in *Foro it.*, 1976, I, 1851; Cass., 22.4.1983, n. 2779, in *Giust. civ.*, 1984, I, 515; Cass., 23.5.1987, n. 4681, in *Giust. it.*, 1988, I, 1, 60; Cass., 21.4.2010, n. 9441, in *Giust. civ.*, 2011, 186, con nota di A.G. ANNUNZIATA. Argomentando anche da questo orientamento parte della dottrina ha sostenuto che il buon costume non si distingue dall’ordine pubblico, essendo “in rilevante misura ricompreso nello spazio più ampio occupato dall’ordine pubblico, di cui rappresenta una particolare connotazione: l’ordine pubblico etico”: F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*², Padova, 2008, 391; D. CARUSI, *Prestazione (immoralità della)*, in *Enc. giur.*, 2003, 3. Cfr. anche P. CENDON, *Comm. cod. civ.*, Milano, 2009, 368, il quale, commentando la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e, in particolare, gli artt. 16, comma 1, 64, lett. g), e 65, legge 31.5.1995, n. 218, che hanno posto come limite all’operatività del rinvio alle norme, alle sentenze e ai provvedimenti stranieri il solo ordine pubblico, a differenza della corrispondente norma previgente, ossia l’art. 31 delle preleggi del cod. civ. it. del 1942, che menzionava accanto all’ordine pubblico il buon costume, ha sostenuto che “l’opzione della legge di riforma induce a ritenere che l’ordine pubblico costituisca un contenitore unitario, in cui far confluire sia i valori di ordine sociale ed economico, sia, in specifico, i valori attinenti alla moralità e, in specifico, alla moralità sessuale: c.d. buon costume”.

pubblico inscritta nella cornice di principi e valori costituzionali²⁵⁵, è ancora forte il richiamo a difendere l'autonomia della morale dal diritto positivo. In particolare, nonostante si riscontri *“la tendenza a inquadrare alcuni negozi immorali nella categoria dei negozi illegali, tendenza dettata dall'intervento legislativo proibitivo, destinato ex se a restringere l'area dei boni mores”*²⁵⁶, l'ambito della categoria degli atti contrari al buon costume è ancora molto vasto²⁵⁷, anche perché a differenza dell'ordine pubblico che tende a coincidere con lo *jus cogens*, il buon costume *“è criterio di giudizio che si pone dalla parte della realtà sociale e non dalla parte dell'ordinamento giuridico”*²⁵⁸: nonostante un atto possa in concreto risultare contrario tanto al buon costume che all'ordine pubblico²⁵⁹, *“i criteri di valutazione rimangono distinti, in quanto l'uno attiene alla nozione di morale sociale, mentre l'altro attiene ai fondamenti dell'ordinamento”*²⁶⁰.

Nel merito, la giurisprudenza prevalente ritiene immorali *“i negozi contrari a quei principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e di sani*

²⁵⁵ D. CARUSI, *Prestazione (immoralità della)*, cit., 3. Pertanto, il contenuto del buon costume non andrebbe rintracciato nella morale ma in quelle *“norme imperative anch'esse non esplicite, ma ricavabili per implicito dal sistema legislativo, che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o di onestà”*: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, 1999, 311. In questa prospettiva, si è già richiamato il pensiero di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit. 262; S. RODOTA', *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., 104; G. PANZA, *op. cit.*, 181; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, 649; G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., 629.

²⁵⁶ A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, cit., 412, il quale fa giusto l'esempio della commercializzazione di organi e della maternità surrogata.

²⁵⁷ Per il quale si rinvia a R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, nel *Tratt. Rescigno*, X, 2, Torino, 2013, 397.

²⁵⁸ G.B. FERRI, *Buon costume*, in *Enc. giur.*, 1988, 2.

²⁵⁹ È comune in giurisprudenza il richiamo contemporaneo alla violazione di entrambe le regole del buon costume e dell'ordine pubblico, come fossero endiadi e non nozioni distinte.

²⁶⁰ M.C. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2000, 62; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 802; R. SACCO, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 4a ed., per il quale *“i buoni costumi costituiscono un corpo di regole deontologiche non formalizzate pregiudiziali. La rilevanza dei buoni costumi di fronte al diritto significa e comporta il rinvio, da parte del legislatore, a valutazioni non formulate dal diritto. Il rinvio ai buoni costumi dà al legislatore un sollievo, perché lo esonera anzitutto dal libellare lunghi elenchi di contenuti illeciti e, poi, dal tenerli costantemente aggiornati. Alla società, il rinvio al buon costume offre una possibilità di far valere le sue istanze, le sue valutazioni, le sue opinioni senza passare – per una volta – attraverso il filtro degli organi del potere”*; V. ROPPO, *Il contratto*, 2° ed., nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 387, secondo il quale *“i principi del buon costume sono extralegali, perché scaturiscono dal corpo sociale senza la mediazione dell'autorità politica”*.

principi in un determinato ambiente e in una determinata epoca”²⁶¹. Di questa definizione sembra rilevante sottolineare due aspetti, anche in vista di ciò che si dirà oltre: da un lato, il richiamo alla c.d. morale corrente, intesa come l’insieme delle norme etiche vigenti in un determinato momento storico²⁶²; dall’altro lato, il richiamo al “*comune sentimento medio della comunità nazionale*”, condiviso da tutti coloro che vivono, “*con sano equilibrio, nella società del loro tempo*”²⁶³: pertanto, la conformità o meno ai buoni costumi di una determinata convenzione non va valutata né esclusivamente con riguardo all’opinione che in concreto ne hanno i contraenti né limitandosi soltanto all’ambiente sociale nel cui contesto l’accordo è stato raggiunto.

Con tale definizione, tuttavia, la giurisprudenza non offre alcuna coordinata interpretativa tale da circoscrivere e delimitare la portata della clausola, né identifica i valori fondanti la morale corrente, rinviando così all’interprete tutti i problemi di carattere contenutistico²⁶⁴. Cionondimeno, agevola il compito del giurista la consapevolezza che in tale regola non è ravvisabile alcuna finalità educativa: “*la legge infatti non si propone di moralizzare, ma si limita soltanto a impedire che l’immoralità, per svolgersi, si serva degli strumenti giuridici, rifiutando così di prestare la sua assistenza ai negozi che la morale disapprova*”. In questa prospettiva, pertanto, il buon costume si presenta “*come limite che opera in senso negativo: non si richiede che i negozi abbiano una finalità morale, ma si*

²⁶¹ Cass., 17.6.1950, n. 1552, in *Foro it.*, 1951, I, c. 185; Cass., 21.3.1965, n. 825, in *www.italgiure.it*; Cass., 7.7.1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1679; Cass., 23.3.1985, n. 2081, in *www.italgiure.it*; Cass., 1.8.1986 n. 4927, in *Giust. civ.*, 1986, 2710, con nota di G. ALPA; Cass., 18.6.1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181; Cass., 8.6.1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947, con nota di V. CARBONE; Cass., n. 9441/2010, *cit.*, 186.

²⁶² Cass., 1.8.1986, n. 4927, in *Foro it.*, 1986, I, c. 493. A fronte della morale collettiva i giudici hanno ritenuto che il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo fosse un’attività turpe.

²⁶³ Trib. Milano, 13.4.1966, in *Foro it.*, 1966, II, c. 265.

²⁶⁴ Occorre innanzitutto evidenziare che sia in dottrina che in giurisprudenza non si registrano significative precisazioni circa il contenuto della clausola del buon costume nel contesto dell’art. 5 c.c., in quanto per lo più gli autori riprendono quanto viene affermato in generale su tale clausola quale limite all’autonomia privata e, in particolare, quale causa illecita che rende nullo il contratto (art. 1343 c.c.): M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, *cit.*, 63.

vuole soltanto che essi non violino quei principi di correttezza e di legalità che emergono nel contesto in cui vengono stipulati”²⁶⁵.

Di conseguenza, una volta individuati i confini del problema e sottolineato che non si chiede al giurista alcun giudizio etico o morale, “*ma solo di accertare se gli strumenti che la legge predispose vengano utilizzati per il perseguimento di finalità disapprovate dal comune sentire sociale e che pertanto si presentano come non meritevoli di tutela giuridica*”²⁶⁶, occorre domandarsi se nell’attuale corpo sociale italiano prevalga l’opinione secondo la quale la maternità surrogata si ponga o meno in contrasto con la clausola dei buoni costumi, o meglio, se in prevalenza la comunità nazionale avverta come contraria alla morale corrente la pratica della gestazione per altri.

Già antecedentemente l’introduzione della legge n. 40/2004 veniva escluso che nel corpo sociale potesse riscontrarsi una coscienza comune contraria alla maternità per sostituzione se realizzata per fini solidaristici²⁶⁷, contrarietà riscontrabile invece laddove la gestazione per altri fosse stata determinata da intenti lucrativi o speculativi²⁶⁸. Tuttavia, parte autorevole della dottrina condivideva l’opposta opinione secondo la quale la coscienza sociale considerava

²⁶⁵ A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di « buon costume » e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2011, 188 e 190.

²⁶⁶ A.G. ANNUNZIATA, *op. cit.*, 190.

²⁶⁷ G. ALPA, *Appunti sulla inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 343; R. LANZILLO, *op. cit.*, 638; M. COSTANZA, *op. cit.*, 1021; F. PROSPERI, *La gestazione nell’interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, *cit.*, 148; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, *cit.*, 194; C. COSSU, *op. cit.*, 95. In giurisprudenza v. Trib. Roma, ord. 17.2.2000, *cit.*, 151, spec. 155, per il quale “*anche in relazione alle notizie di ordine pubblico e buon costume deve giungersi alla conclusione che un atto di questo genere sia ammissibile. Il legislatore ha volutamente lasciati aperti questi due concetti in modo da consentire il continuo modificarsi ed evolversi del loro contenuto in relazione al mutamento della coscienza sociale. Clausole generali destinate a riempirsi di contenuto con riferimento al tempo, al luogo, all’indirizzo politico e all’agire e sentire di una data collettività: non può pertanto, in un procedimento di ricostruzione dei concetti, essere trascurata l’evoluzione della scienza medica e quindi, delle nuove tecniche di fecondazione artificiale. E’ vero che la coscienza morale e sociale non può permettere la commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità, comportando ciò una gravissima lesione della dignità della persona amata ma tale affermazione deve essere messa in dubbio quando il consenso all’utilizzazione dell’utero sia determinato, come nella vicenda che si esamina, da ragioni di solidarietà e concesso per spirito di liberalità*”.

²⁶⁸ Su questo punto la dottrina era unanime, tra gli altri. F. SANTUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, *cit.*, 33; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, *cit.*, 503; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, *cit.*, 39; A. PIRAINO LETO, *op. cit.*, 1333; M. GORGONI, 1994, *Individuo o persona: problemi di qualificazione e tutela giuridica alle soglie della vita*, *cit.*, 345.

contraria ai buoni costumi la pratica della maternità surrogata a prescindere dalle modalità della sua attuazione e dalla presenza o meno di un corrispettivo²⁶⁹.

Dal momento che le questioni attinenti al settore della bioetica sono inevitabilmente influenzate, più che in altri campi, da svariati fattori religiosi, culturali, politici che determinano sensibilità e approcci diversi alla materia, anche a distanza di molti anni dall'introduzione del divieto sembra difficile al riguardo scorgere nel corpo sociale un "*comune sentimento medio della comunità nazionale*"²⁷⁰. Verosimilmente, oggi, come peraltro all'indomani dell'introduzione del divieto, il solo dato comune che è possibile rinvenire nel quadro delle diverse posizioni è un generale atteggiamento di avversione della collettività ad ogni sfruttamento e ad ogni mercificazione del corpo umano²⁷¹, al di là del quale è difficile identificare in modo attendibile un comune sentire in merito alla moralità o meno della maternità surrogata altruistica.

Per questa ragione, data la difficoltà di fondare il giudizio di liceità sulla coscienza morale della collettività o sull'ordine etico e il rischio che l'utilizzo di tale clausola possa costituire un utile strumento per negare gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento²⁷², l'unica morale comune alla quale è possibile fare riferimento è quella giuridica²⁷³. In particolare, "*soprattutto in situazioni di laceranti conflitti (...) è necessario trovare dei punti precisi da cui muovere nell'affermazione del valore prevalente di taluni principi rispetto ad altri. A questo risultato, la Costituzione si presta non soltanto per la sua posizione gerarchica tra le fonti del diritto, ma anche per la sua struttura interna, articolata*

²⁶⁹ F. SANTUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., 33; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M, la 'surrogate mother' e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, IV, 101; M. COMPORI, *op. cit.*, 159; M. CALOGERO, *op. cit.*, 113; G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, cit., 302; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, cit., 210.

²⁷⁰ Cass., n. 1552/1950, cit., 185.

²⁷¹ I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 195.

²⁷² S. RODOTA', *Ordine pubblico o buon costume*, cit., 106, il quale individua inoltre il rischio che attraverso l'utilizzo del buon costume si attribuisca un posto privilegiato ai valori "moralì" propri di uno soltanto dei gruppi che oggi compongono la nostra società, e cioè di quello che tradizionalmente

prevale nel ceto dei giuristi e nell'organizzazione della giustizia e, in aggiunta, che il ricorso al generico richiamo alla coscienza sociale possa costituire un elemento frenante in una società dinamica, destinato inevitabilmente a rafforzare i pregiudizi.

²⁷³ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., 170.

*in principi che consentono un continuo adeguamento con la realtà sociale: solo che non si tratta di un adeguamento condotto secondo criteri arbitrari, ma sulla base delle stesse indicazioni rinvenibili nel testo costituzionale*²⁷⁴. Se considerata da questo punto di vista la maternità per sostituzione altruistica non si pone in contrasto con le “*indicazioni rinvenibili nel testo costituzionale*”, anzi sembra piuttosto trovare fondamento e riconoscimento nelle norme fondamentali del nostro ordinamento, all’interno delle quali la solidarietà si pone al vertice della scala dei valori, assumendo il significato “forte” assegnatole dai Padri costituenti²⁷⁵.

La gestazione per altri relazionale sembra sposare, infatti, proprio tale concezione di solidarietà, strettamente legata al concetto di altruismo, di sacrificio, di liberalità e pertanto incompatibile con la logica del mercato che inevitabilmente implica lo scambio e quindi prevede la possibilità di ottenere un vantaggio a fronte della messa a disposizione delle proprie capacità procreative e/o gestazionali a favore di un interesse altrui.

²⁷⁴ S. RODOTA', *Ordine pubblico o buon costume, cit.*, 107.

²⁷⁵ F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e “l’attesa della povera gente”*, oggi, in *Persona e mercato*, 2013, 2, 112.

CAPITOLO SECONDO

LO STATUS DEL NATO DA GESTAZIONE PER ALTRI

1. IL CRITERIO DI ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

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 orientata²⁷⁶.

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 civile – 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 genitoriale²⁷⁷.

Ma il dubbio va superato rilevando che la presenza di una disciplina legislativa

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ Ritengono occorra una legge per ritagliare alla maternità surrogata altruistica uno spazio di legalità: S. STEFANELLI, *Procreazione eterologa e azioni di stato*, in *Dir. merc. e tecn.*, 2014, n. 3, 50; A. RUGGERI – C. SALAZAR, *op. cit.*, 143; A. VALONGO, *op. cit.*, 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*”.

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*”²⁷⁸ –, non ha bisogno dell’*interpositio legislatoris* per essere azionato in giudizio²⁷⁹. Ritenere il contrario vorrebbe dire “*vanificare gran parte delle aspirazioni del diritto costituzionale contemporaneo*”²⁸⁰, 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*”²⁸¹.

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* filiale: lettura che vada oltre le tecniche surrettizie già accolte dalla prassi e che consenta di costituire il rapporto di filiazione non solo con il padre con il quale sussiste un rapporto genetico²⁸², 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 particolari²⁸³, idonea ogni qualvolta si intenda conservare una condizione di fatto derivante anche da prassi illecite²⁸⁴,

²⁷⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 28.

²⁷⁹ L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873.

²⁸⁰ A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1908.

²⁸¹ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, *cit.*, 605.

²⁸² La necessità di riconoscere il rapporto di filiazione che collega il minore al proprio padre genetico è stata più volte affermata dalla CEDU: Corte eur. dir. uomo, 26/06/2014, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, *cit.*, 561; Corte eur. dir. uomo, 21.7.2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 8.7.2014, *D e altri c. Belgio*, *cit.*

²⁸³ Sull’adozione in casi particolari v. N. CIPRIANI, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 35.

²⁸⁴ Già E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, 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 *Dir. succ. e fam.*, 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.

quanto piuttosto direttamente attraverso la costituzione dello *status filiationis*²⁸⁵.

Tale questione, peraltro, assume un rilievo peculiare nel caso in cui anche la madre intenzionale abbia contribuito con i propri gameti alla formazione dell'embrione, specialmente alla luce della giurisprudenza europea, laddove emerge chiaramente “*l'importanza decisiva del legame genetico*”²⁸⁶. In questa ipotesi, almeno qualora la partoriente eserciti il proprio diritto all'anonimato di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000²⁸⁷, può risultare contrario al superiore interesse del minore riconoscerne la relazione mediante uno strumento, quale l'adozione in casi particolari, dalla quale discendono effetti diversi (e minori²⁸⁸) rispetto al rapporto di piena genitorialità.

Al riguardo, occorre in primo luogo affrontare l'ostacolo rappresentato dall'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui “*la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*”, negando innanzitutto che possa essere considerato espressione di un principio di rango costituzionale²⁸⁹, per il quale nel nostro ordinamento non sarebbe possibile attribuire la maternità se non a colei che partorisce²⁹⁰: è ragionevole ritenere infatti che nella Carta, “*là dove all'art. 31 si*

²⁸⁵ Cfr., A. GORASSINI, *op. cit.*, 963; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, *cit.*, 377.

²⁸⁶ Rileva, da ultimo, L. LENTI, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, *cit.*, 16, che nella giurisprudenza della Cedu, “*quand'anche la procreazione fosse stata realizzata in violazione di norme di legge, quando vi è discendenza genetica non è lecito impedire che si formi il rapporto giuridico di filiazione*”.

²⁸⁷ A fronte di tale rifiuto, l'esigenza di tutelare l'interesse del minore a vedere riconosciuta la propria genitorialità genetica non dovrebbe essere bilanciata con la necessità di preservare l'unicità del rapporto che si istaura fra il bambino e la puerpera.

²⁸⁸ Indici di segno opposto sembrano emergere però dalla recente giurisprudenza costituzionale: Corte cost., n. 272/2017, *cit.*, 6, e di legittimità: Cass. sez. un., n. 12193/2019, *cit.*, 737, nella misura in cui l'adozione in casi particolari è stata ritenuta idonea ad assicurare al minore una tutela pressoché analoga a quella discendente dal rapporto di piena genitorialità.

²⁸⁹ *Contra*: 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*, 50.

²⁹⁰ In questa prospettiva: F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, *cit.*, 144; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 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, *Tipologie di*

*dedica una norma ad hoc alla maternità, volta a proteggerla, essa rilevi nella sua unità naturalistica, cioè come vincolo naturale che lega la madre e il figlio fondato sul legame biologico connesso al fatto del concepimento e della gestazione, che trova nel parto la sua evidenza corporosa perché la maternità sfocia nel parto che dà vita autonoma alla persona, e non perché il parto di per sé prevalga sul concepimento*²⁹¹; né, d'altra parte, quando all'art. 30 Cost. è sancito il dovere dei genitori nei confronti dei figli il connotato essenziale della filiazione materna viene identificato nella derivazione biologica rappresentata dal parto²⁹².

Lo stesso articolo, seppure privo di spessore costituzionale, potrebbe tuttavia rappresentare un impedimento alla costituzione di un rapporto di filiazione tra la madre genetica e il minore, almeno laddove venisse ritenuto criterio di attribuzione di maternità²⁹³; invero, 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”*²⁹⁴, dettata sul presupposto, allora incontrovertito, che la donna che partoriva fosse

procreazione, stadi di filiazione e conseguenza patrimoniali, Pisa, 2017, 56. Queste conclusioni trovano peraltro riscontro in una recente pronuncia della Cassazione, nella quale i supremi giudici hanno considerato il criterio per cui madre è colei che partorisce soltanto un'opzione legislativa in un ambito materiale nel quale non esistono *“rime costituzionali obbligate”*: Cass., 19599/2016, *cit.*, 181.

²⁹¹ A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, in *Dir succ. e fam.*, 2015, 215; già N. LIPARI, *La maternità e sua tutela dell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 573.

²⁹² A. VALONGO, *op. cit.*, 166, per la quale una deroga alla regola di cui all'art. 269 c.c. sarebbe compatibile con i principi generali dell'ordinamento.

²⁹³ M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 380.

²⁹⁴ A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, *cit.*, 430; ID, *L'accertamento della maternità. Profili sistemativi e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 245; nello stesso senso, L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, *cit.*, 399; 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. PROSPERI, *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; A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte costituzionale. il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv dir. civ.*, 2016, 266.

anche la madre genetica del nato²⁹⁵: lo testimonia, ove ne servisse conferma, la circostanza che l'attore può dimostrare il parto anche indirettamente, attraverso la prova della corrispondenza genetica fra sé e la donna che sostiene esserne la partoriente²⁹⁶.

In altri termini, la norma contenuta nel comma terzo dell'art. 269 c.c. non identifica la madre in colei che ha partorito²⁹⁷, bensì si limita ad indicare la prova della filiazione fuori dal matrimonio qualora, in assenza del riconoscimento, si voglia agire in giudizio per far dichiarare giudizialmente la maternità²⁹⁸.

Peraltro, la stessa disposizione fissa soltanto una presunzione – la partoriente “*si assume essere madre*” – ma autorizza espressamente che la maternità, al pari della paternità, possa essere provata con ogni mezzo (art. 269, comma 2, c.c.), potendosi perfino superare, in tal modo, la presunzione relativa di cui al terzo comma per dare spazio al riconoscimento dello *status* in favore della madre genetica²⁹⁹.

Inoltre, anche a voler riconoscere un significato più ampio all'art. 269, comma 3, c.c. – attribuendogli un rilievo sistematico e non meramente probatorio –, non potrebbe comunque risultare decisivo al fine di risolvere il problema dell'accertamento della madre: ad impedirlo sono le stesse “*ragioni di fondo che*

²⁹⁵ A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, cit., 213; A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 267.

²⁹⁶ Cfr. Cass., 26.02.1983, n. 1465, in *Mass. giust. civ.*, 1983, f. 2, la quale, statuendo che in materia di dichiarazione giudiziale di maternità naturale, la dimostrazione diretta dell'identità di colui che pretende di essere il figlio e colui che fu partorito dalla donna che si assume essere la madre, non costituisce l'unica prova ammissibile, potendo la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, *a fortiori* ammette che possa essere provata attraverso i riscontri genetici, che proprio perché ben più concludenti della prova indiziaria possono fornire indirettamente la prova della corrispondenza fra il soggetto che si pretende essere figlio e colui che fu partorito dalla donna: A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, cit., 213.

²⁹⁷ Norma che peraltro sarebbe risultata del tutto inutile all'epoca dell'emanazione del codice civile, nella quale vigeva la certezza che quel soggetto che era stato partorito condividesse un legame genetico con la gestante: L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 399; da ultimo, A. GORGONI, *La filiazione*, Torino, 2018, 57; come risulta d'altronde da un'attenta lettura congiunta delle disposizioni codicistiche, dalla quale emerge che il nostro codice si fonda sull'indivisibilità delle due componenti della maternità: A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, cit., 214.

²⁹⁸ A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, cit., 213; I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 56.

²⁹⁹ I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 56.

hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere lestraneità della fattispecie generazione assistita alla disciplina codicistica”³⁰⁰. 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 artificiale³⁰¹: individuata la linea assiologica, le Corti avevano fondato la regola in un diverso principio, coerente con il bilanciamento di interessi e le esigenze funzionali³⁰².

³⁰⁰ L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 397; v. da ultimo L. LENTI, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Jus civile*, 2019, I, 16, il quale, tenendo conto, da un lato, degli argomenti svolti nella sentenza n. 347/1998 della Corte costituzionale (v. nota seguente) sul disconoscimento della paternità in caso di eterologa, e, dall'altro lato, del presupposto fattuale dell'art. 269, comma 3, c.c., rappresentato dall'inscindibilità della maternità di gravidanza e parto da quella genetica, ha sostenuto che “*nei casi in cui i due aspetti della maternità biologica si presentano scissi, sicché vi sono due madri che sono entrambe biologicamente tali, si potrebbe dire che vi è una lacuna e che si dovrebbe quindi ricorrere ai principi generali. Tra questi vi è certamente l'interesse del minore alla consolidazione giuridica del rapporto con la madre genetica, un rapporto che esiste nei fatti e che gode di tutela come vita familiare. Ma qui opera anche un altro principio, che mi sembra non si possa trascurare: l'eguaglianza. Il fatto che la discendenza genetica sia tutelata diversamente per l'uomo e per la donna potrebbe essere considerato come una violazione del principio di eguaglianza*”.

³⁰¹ 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; anche in *Dir. fam. e pers.*, 1994, 702; *Foro it.*, 1994, I, c. 1576; *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 995, con nota di G. FERRANDO e, *ivi*, 1995, I, 2, c. 583, con nota di I. CORTI; App. Brescia, 14.06.1995, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 116; anche in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 48, con nota di G. CATTANI; *Fam. e dir.*, 1996, 34, con nota di M. DOGLIOTTI; sia la Corte costituzionale: Corte Cost., 22.9.1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 463, con nota di L. BALESTRA; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51, con nota di E. PALMERINI; *Giust. civ.*, 1998, I, 2409, con nota di M.R. MORELLI; *Foro it.*, 1998, I, c. 3042, con nota di R. ROMBOLI; *Giur. cost.*, 1998, 2632, con nota di E. LAMARQUE; sia la Corte di cassazione: Cass., 16.3.1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, 233, con nota di M. SESTA; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di E. PALMERINI; *Giust. civ.*, 1999, I 1317, con nota di M.C. BIANCA e M.R. MORELLI, 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; nello stesso senso anche G. PICCININI, *op. cit.*, 192.

³⁰² La giurisprudenza di legittimità ha negato il disconoscimento del nato da fecondazione eterologa da parte del marito che aveva espresso il consenso all'inseminazione artificiale della moglie facendo leva sul principio di autoresponsabilità: attribuire l'azione di disconoscimento al marito, anche quando abbia a suo tempo prestato assenso alla fecondazione artificiale della moglie con seme altrui, priverebbe il bambino, nato anche per effetto di tale assenso, di una delle due figure genitoriali, e del connesso apporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo per atto del giudice in “figlio di nessun padre”, stante l'insuperabile impossibilità di ricercare ed accertare la reale paternità a fronte del programmato impiego di seme di provenienza ignota: cfr. P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*, in *Corr. giur.*, 1999, 401; G. CASSANO, *I figli della scienza in Cassazione: il principio di*

Occorre, quindi, respingere l'idea che in caso di conflitto emerga dall'art. 269 c.c. un criterio di preferenza per la madre di parto rispetto alla madre genetica³⁰³, dal momento che il codice civile si colloca storicamente in un "orizzonte culturale ed esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto tra "titoli" diversi di maternità"³⁰⁴.

Tuttavia, il principio della prevalenza della gestazione sulla procreazione, ai fini della costituzione dello *status* materno, potrebbe essere stato introdotto dal legislatore della recente riforma della filiazione, nel caso in cui si attribuisca rilievo alla mancata modifica del testo contenuto nell'art. 269, comma 3, c.c.³⁰⁵: i sostenitori di questa tesi interpretano questa scelta come volontà implicita "di affermare, nella acquisita consapevolezza della loro dissociabilità, la prevalenza della gestazione sulla procreazione nell'accertamento della maternità"³⁰⁶.

autoresponsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa), in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1070; in questo senso già S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 237.

³⁰³ In questo senso: G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 334; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2013, 237; A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 266; I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 57; *contra*, A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 501; C.M. BIANCA, *Stato delle persone*, in C.M. BIANCA, *Scritti giuridici*, I, 2, Milano, 2002, 687.

³⁰⁴ P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 196; M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino, in Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, *cit.*, 22.

³⁰⁵ Si è mostrato di questo avviso Trib. Roma, sez. I civile, 08.08.2014, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 197, con nota critica di A. RENDA; anche in *Foro it.*, 2014, I, 2934, con nota di G. CASABURI; *Fam. e dir.*, 2014, 929, con nota di M.N. BUGETTI, espressosi sul noto caso dello scambio di embrioni all'ospedale Sandro Pertini, il quale ha ritenuto che "tale norma è stata introdotta dalla riforma del 1975 quando ancora le tecniche di procreazione assistita erano agli albori, ma è pur vero che la sua formulazione è stata mantenuta dal legislatore della riforma della filiazione di cui al d. legis. n. 154 del 2013". Dello stesso avviso si sono mostrati anche Trib. Roma, 22.04.2015 e Trib. Roma, 02.10.2015, ai quali la questione è stata successivamente devoluta: consultabili all'indirizzo <http://dirittocivilecontemporaneo.com/>. Per approfondimenti sul caso romano v., fra i tanti, M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 186; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, vol. IV, *Leggi collegate*, del modulo *Della famiglia*, del *Comm. cod. civ. Gabrielli*, a cura di G. DI ROSA, 2018, Torino, 1760; anche S. CACACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 913; A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, Bologna, 2018, 170.

³⁰⁶ A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 267, il quale, pur riconoscendo la rilevanza dell'argomento, ritiene "una forzatura interpretativa affidare l'introduzione di un principio così pregnante al silenzio del legislatore, tanto più che esso ci pare confliggere con il mutato contesto culturale e, soprattutto, con l'evoluzione dell'ordinamento, atteso che attualmente, nel nostro sistema, quando sorge la possibilità di una scissione tra procreazione e gestazione, ossia nella procreazione

In questa prospettiva, si preferisce invece ritenere che il legislatore si sia limitato ad un *maquillage* della disciplina della filiazione contenuta nel codice civile – volto, soprattutto, al superamento della frammentarietà degli *status filiationis* –, rinviando alla legge n. 40\2004, per le problematiche connesse alla procreazione assistita, senza indugiare sulle esigenze di coordinamento dei due apparati normativi.

Alla luce di quanto sopra, indicazioni più pertinenti al riguardo si potrebbero allora trarre dalla legge n. 40\2004, la quale avrebbe innanzitutto potuto adottare per la fattispecie della maternità surrogata, al pari della fecondazione eterologa, *“la diversa soluzione fondata sul consenso, almeno per il caso in cui la donna disposta ad assumere l’onere della maternità avesse con il nato un rapporto di derivazione genetica”*³⁰⁷; invece, con riguardo alla gestazione per altri, il legislatore si è limitato a disporre il divieto, senza preoccuparsi di regolamentare le conseguenze in termini di *status* di una sua eventuale violazione. Diventa,

medicalmente assistita eterologa, il criterio decisivo che governa la filiazione non è quello della gravidanza e del parto ma quello volitivo, espressione dell'autodeterminazione e dell'autoresponsabilità della coppia genitoriale (art. 6, comma 3, e 8 l. n. 40/2004)”; dello stesso avviso I.A. CAGGIANO, op. cit., 56, per la quale “il fatto che la novellazione in materia di filiazione non abbia modificato tale normativa non può avere efficacia vincolante in sede di interpretazione, innanzitutto perché tale scelta legislativa non è univocamente interpretabile come scelta di normare casi diversi dalla procreazione naturale, ma anche laddove tale scelta fosse stata realmente motivata dall'intenzione di mantenere ferma una disposizione invocabile in casi diversi dalla procreazione naturale (ad esempio, di maternità surrogata), ad essa non potrebbe attribuirsi che il valore di volontà storica”; critico verso il giudice romano anche A. RENDA, Lo scambio di embrioni, cit., 215, nota 23, per il quale “affermare – come fa il Tribunale di Roma – che la circostanza che la norma sulla contestazione dello stato di figlio, rimasta invariata dopo la riforma della filiazione del 2013, significhi che il legislatore ha confermato che criterio identificativo della maternità è soltanto il parto è doppiamente capzioso. Da una parte, perché suppone che il legislatore non erri mai e cioè vada sempre esente da scelte incostituzionali, mentre proprio della legittimità costituzionale della normativa, interpretata dal giudicante come tale da identificare la madre esclusivamente in colei che partorisce, il giudice romano era chiamato a farsi carico, rimettendone la decisione alla Corte costituzionale. D'altra parte, perché assume implicitamente ma recisamente che l'affermazione della maternità della donna alla quale è riferibile l'apporto genetico passi attraverso l'eliminazione necessaria di quella dell'altra donna e che quindi non sia logicamente e giuridicamente concepibile una soluzione terza tra la maternità esclusiva della prima e la maternità esclusiva della seconda, mentre - come si avrà modo di argomentare nel prosieguo - di contro a questa alternativa tertium datur”.

³⁰⁷ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1752, il quale rileva altresì come *“la scelta del legislatore di riconoscere il rapporto di filiazione con i coniugi o con i conviventi che hanno espresso il consenso alla fecondazione eterologa, si configura la più idonea alla tutela dell'interesse del minore: ma al tempo stesso denota che il divieto di fecondazione eterologa è stato espressione di un giudizio di valore più attenuato rispetto a quello che ha ispirato altri divieti – ad es., alla maternità surrogata – la cui violazione non avrebbe comunque consentito la costituzione del rapporto filiale con la coppia che ha espresso la volontà di accoglimento”* (spec. 1736 – 1737).

allora, rilevante comprendere se il silenzio serbato sui criteri da applicare in caso di filiazione da maternità surrogata vada considerato al pari di una lacuna – come tale colmabile con il ricorso all’analogia –, oppure come una tecnica normativa volta a richiamare la disciplina generale della filiazione³⁰⁸. Indicazioni in questo secondo senso emergerebbero dal complesso normativo della legge 40\2004 e, in particolare, sia dall’art. 9, comma 3, per il quale il donatore di gameti non acquisisce nessuna relazione giuridica con il nato a seguito del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, disposizione che viene ritenuta fondante un principio d’irrelevanza della discendenza genetica³⁰⁹; sia dal comma 2 della stessa norma, che – sempre in relazione all’ipotesi di un minore nato a mezzo del ricorso alla fecondazione artificiale – impedisce, tra l’altro, alla gestante di avvalersi della facoltà di non essere nominata nell’atto di nascita, la quale norma, 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 surrogata³¹⁰.

In una diversa prospettiva, può tuttavia sostenersi che dall’art. 9, comma 3 – dal quale si dovrebbe trovare conferma della regola generale – piuttosto che fondare un principio d’irrelevanza della discendenza genetica nella disciplina della p.ma. si riferisca specificamente ad un soggetto, il donatore di gameti, che, a

³⁰⁸ In questo senso si è espressa la dottrina maggioritaria: M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 10; T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del Seminario Giuridico*, vol. V, Milano, 2005, 481; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI, Milano, 703; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 1076; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1752.

³⁰⁹ Secondo M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, 10, è possibile risolvere il problema dell’attribuzione della maternità in caso di violazione del divieto di cui all’art. 12, comma 6, legge 40\2004, in forza del disposto di cui all’art. 9, comma 3, legge 40\2004, il quale confermerebbe “che la donna che ha partorito è l’unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l’embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (madre committente)”; d’accordo M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Fam. e dir.*, 2014, 935; *contra*, B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata dopo la legge 40\2004*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 171, nota 41.

³¹⁰ Cfr. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 10; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 703; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 224; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1752.

differenza della madre intenzionale, è ordinariamente disinteressato ad assumere qualsivoglia responsabilità nei confronti del minore che eventualmente verrà al mondo³¹¹: come è già stato rilevato, “*la sola indicazione certa che si può ricavare dalla norma citata è che, in caso di surrogazione eterologa per sola gestazione (allorché l’ovocita provenga da una terza donatrice), la ovodonatrice non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato*”³¹².

Mentre, relativamente all’art. 9, comma 2, può condividersi l’opinione di chi ritiene che tale norma si riferisca esclusivamente “*a colei che, prestando il consenso informato, ha assunto la responsabilità della procreazione secondo le tecniche ammesse dalla legge*”³¹³, non anche a colei che abbia prestato il proprio utero al solo fine di contribuire alla realizzazione di un progetto genitoriale altrui. In ogni caso, anche quando fosse ritenuto applicabile alla madre surrogata³¹⁴, dovrebbe comunque essere interpretato – coerentemente con le conclusioni finora raggiunte – in modo costituzionalmente orientato, restringendone la portata all’ipotesi della gestazione per altri commerciale, permettendo di conseguenza alla madre di parto che abbia messo a disposizione il proprio grembo in maniera solidale di esercitare il diritto di cui all’art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396\2000.

³¹¹ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1753; anche B. SALONE, *op. cit.*, 171.

³¹² B. SALONE, *op. cit.*, 171.

³¹³ C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all’ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 244; B. SALONE, *op. cit.*, 181; A. VALONGO, *op. cit.*, 174. Nello stesso senso meno recentemente: I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Tratt. Ferrando, vol. III, *Filiazione e Adozione*, Bologna, 2007, 530; ID, *La maternità per sostituzione*, cit., 1491, la quale dubitava che la madre alla quale fa riferimento l’art. 9, comma 2, fosse colei che partorisce al fine di realizzare un progetto genitoriale altrui; G.M. UDA, *La fecondazione artificiale umana*, in *Nuovi temi di diritto privato. Casi e materiali*, a cura di V. RICCIUTO, Napoli, 1999, 102, il quale lo escludeva già con riferimento al progetto di legge.

³¹⁴ C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 167; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 704; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1753. Da questo punto di vista si sostiene che si tratti di una norma che, nella sua genericità, sia applicabile ad ogni ipotesi di parto da procreazione artificiale, compresa la maternità surrogata, come dimostra la circostanza che non richiama tra i requisiti per la sua applicazione il consenso alla procreazione medicalmente assistita, né l’accertamento della volontà iniziale di assumere la responsabilità genitoriale. Del resto, in caso di silenzio del legislatore sul punto, la maternità surrogata, nonostante il divieto di cui all’art. 12, comma 6, sarebbe stata comunque in concreto produttiva di effetti se la madre partorienti avesse dichiarato la volontà di non essere nominata e il nato fosse stato riconosciuto dal marito della coppia committente e successivamente adottato, ai sensi dell’art. 44, comma 1, let. b), l. n. 184\1983.

2. LA MATERNITÀ SURROGATA E IL PRINCIPIO DI INDISPONIBILITÀ DEGLI STATUS.

Prima di colmare la lacuna emersa in merito alla disciplina applicabile alla maternità surrogata relazionale, occorre soffermarci sulla posizione della madre surrogata, per chiederci se la sua rinuncia al ruolo di madre sia compatibile con il principio c.d. di indisponibilità degli *status* personali³¹⁵, il quale, già precedentemente all'intervento legislativo del 2004, ha rappresentato uno dei maggiori ostacoli all'ammissibilità degli accordi di maternità surrogata³¹⁶. Anche se va osservato che aperture in senso opposto erano state al contempo espresse dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie della maternità surrogata meramente gestazionale: nel celebre caso deciso nel 2000 dal Tribunale di Roma, il giudice sostenne che alla problematica inerente l'indisponibilità degli *status*, di per sé insita nel fenomeno della surrogazione, fosse estranea l'ipotesi, come quella di cui al processo, della maternità meramente portante. In questa fattispecie, secondo il Tribunale si sarebbe in presenza “*di una abdicazione al ruolo parentale della madre surrogata*”, possibile dal momento che la vicenda procreativa alla quale l'ordinamento ricollega l'irrinunciabilità della funzione genitoriale andrebbe intesa non “*riduttivamente come fatto materialisticamente considerato*”, ma piuttosto come comportamento “*rivolto alla procreazione dell'agire dell'uomo, che non pare assolutamente rintracciabile nei comportamenti di mera locazione dell'utero, quando sia da ritenersi estranea una*

³¹⁵ Su tale principio e, più in generale sugli *status*, cfr. almeno P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 218; G. CRISCUOLI, *Variazione e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 168; P. RESCIGNO, *Status (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 1; L. LENTI, *Status*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 29; A. CORASANTI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 948; G. ALPA, *Status e capacità*, Roma, 1993; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998; C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2012, 1.

³¹⁶ M. SESTA, *Filiazione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2001, 602; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 10; Trib. Monza, 27.10.1989, *cit.*, 298; M. MORETTI, *op. cit.*, 251; diversamente, P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, Torino, 1987, 328 e 341. È interessante sottolineare che preoccupazioni analoghe venissero espresse, in relazione ai rispettivi ordinamenti, anche dalla dottrina straniera: cfr. 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.

qualsiasi volontà di assunzione del ruolo genitoriale”³¹⁷.

In realtà, malgrado il principio d’indisponibilità degli *status* sia oggi messo in crisi dall’operare di diversi ma concomitanti fattori – dalla facilità con cui si accede alle procedure di separazione tra coniugi o di divorzio³¹⁸; dall’affermazione sempre più ampia di diritti ed interessi di natura personale a carattere universale³¹⁹; dalla modificazione del rapporto tra Stato e singolo individuo, non più governato da una logica di tipo autoritario, bensì da una logica, per quanto possibile, caratterizzata dalla collaborazione e dalla solidarietà orizzontale – gli atti familiari rimangono improntati ad un criterio di tendenziale tipicità, in funzione della preservazione di interessi generali e superiori della famiglia e dello Stato, distinti dagli interessi propri degli autori dell’atto³²⁰. Ciononostante, al consenso è riconosciuto un ruolo rilevante nel concreto regolamento dei rapporti di filiazione³²¹: si riconosce ai privati la libertà di porre in essere atti di natura familiare, preventivamente individuati dal legislatore, pur rimanendo essi comunque privi del potere di incidere sugli effetti degli stessi. Indici in questo senso si ricavano da un rapido esame della disciplina della filiazione, all’interno della quale è possibile individuare almeno due fattispecie

³¹⁷ Trib. Roma, 17.2.2000, *cit.*, 155. In dottrina v. P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, in *Pol. dir.*, 1986, 418, per il quale lo *status* andrebbe riconosciuta in base ai termini dell’accordo iniziale, da cui ha avuto origine l’intero processo procreativo e gestativo, la cui “*rilevanza non può essere mutata da un successivo cambiamento unilaterale di volontà da parte della madre portatrice*”.

³¹⁸ Il riferimento va evidentemente al d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito in L. 10 novembre 2014 n. 162 e alla legge n. 55\2015 che hanno introdotto modalità semplificate per pervenire all’allentamento o allo scioglimento definitivo del vincolo matrimoniale in tempi assai brevi. Specificamente in ordine alle relazioni familiari il principio d’indisponibilità degli *status* rischia di confliggere con la possibilità che i privati hanno di fatto di decidere chi dovrà assumere lo *status* di genitore nei casi di moltiplicazione delle figure genitoriali, attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: evidenza D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 148, come “*lo status di coniuge che quello di genitore oggi appaiono di fatto nella disponibilità dei titolari*”.

³¹⁹ 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 persona e nozione di status*, *cit.*, 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.

³²⁰ Cfr. G. PONZANELLI, *La forza e la purezza degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 1994, I, 188, per il quale “*i margini di manovra per l’interprete nel settore degli status sono molto stretti*”.

³²¹ G. FERRANDO, *L’interesse del minore nella procreazione assistita*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 128; G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, *cit.*, 49

dalle quali emerge che la volontà dei soggetti gioca un ruolo determinante: il riconoscimento del figlio naturale, il quale dipende totalmente dalla "volontà" del soggetto interessato, anche se la costituzione dello *status* trova ragione nel fatto della procreazione; e la facoltà riconosciuta alla partoriente di dichiarare di non voler essere nominata, “*il che dimostra l'insufficienza del rapporto biologico per l'attribuzione dello status, il quale si costituisce, invece, solo secondo i criteri di attribuzione che sono prescritti dalla normativa vigente, che, in qualche modo, dovrebbero trovare il dato unificante nella tutela dell'interesse del minore*”³²².

Proprio alla luce di questa facoltà della gestante di non farsi nominare sembra possibile sostenere che la rinuncia al ruolo di genitore che intervenga a nascita avvenuta non violi il principio d'indisponibilità degli *status*³²³; principio che invece verrebbe inevitabilmente violato ove si riconoscesse al consenso iniziale

³²² L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 393.

³²³ In questo contesto, un tema complesso, al quale si può fare riferimento solo per quel che in questa sede interessa, è quello delle condizioni e dei limiti in presenza dei quali la partoriente può decidere di non farsi nominare nell'atto di nascita: sui quali, diffusamente, A. RENDA, *L'accertamento della maternità*, Torino, 2008, 18; M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 323; A. CAGNAZZO, *La filiazione*, Milano, 2017, 173; per un quadro comparatistico, R. VALE e REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008, 236. In particolare il tema qui si pone con riferimento all'ipotesi in cui la madre portante sia coniugata e l'embrione venga formato anche grazie al contributo del proprio marito, dal momento che, nonostante la dottrina maggioritaria ritenga che la partoriente goda di una completa discrezionalità nella decisione di istaurare o meno il rapporto giuridico di filiazione con il nato: G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., 153; M. BESSONE – G. ALPA – A. D'ANGELO – G. FERRANDO – M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002, 272; P. ZATTI, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione (Prima parte)*, in *Familia*, 2002, 337; G. CAMPANATO – V. ROSSI – S. ROSSI, *La tutela giuridica del minore*, Milano, 2005, 120; M. SESTA, *Lo stato di figlio legittimo*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, vol. IV, cit., 164; G.M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, cit., 111, altra parte della dottrina sostiene che alla donna coniugata non spetterebbe tale diritto in relazione al figlio concepito ad opera del marito, pena la violazione del delitto di alterazione di stato (567 c.p.): A. RENDA, *ult. op. cit.*, 22; M. MANTOVANI, *ult. op. cit.*, 331. Senza voler prendere posizione su una discussione che esula dai confini della presente trattazione, si può soltanto sottolineare che in questo caso il marito della partoriente andrebbe considerato al pari di un donatore ex art. 9, comma 3, legge 40/2004, che non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e che non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi, non essendo interessato ad istaurare un rapporto di filiazione con il minore; trattasi, del resto, di una fattispecie del tutto diversa da quella presa in considerazione dalla dottrina, in relazione alla quale non si pongono le stesse esigenze di tutela dell'interesse del minore alla veridicità del proprio *status*: sia perché è dubbio, per le considerazioni che precedono, che possa essere considerato figlio della partoriente a lui geneticamente irrelata; sia perché l'acquisizione dello *status* di figlio dei genitori intenzionali riflette, anche se in parte, la verità biologica della procreazione.

reso dalla surrogata, una funzione abdicativa del ruolo di madre³²⁴. D'altronde, anche se la norma in forza della quale la donna può decidere di non essere nominata nella dichiarazione di nascita (art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396\2000) ha come finalità primaria quella di incentivare le nascite, scongiurando la scelta dell'interruzione volontaria di gravidanza, nulla impedisce che, in presenza di altri valori costituzionali come la solidarietà, la donna possa rinunciare al proprio *status* di madre³²⁵.

Questa soluzione peraltro risulta essere in linea con la maggior parte delle legislazioni estere in materia di maternità surrogata, all'interno delle quali i genitori intenzionali acquisiscono lo *status* genitoriale nei confronti del nato soltanto dopo la nascita, una volta che la madre surrogata abbia scelto liberamente di voler rinunciare al ruolo di madre³²⁶: ritenere al contrario – come ha sostenuto

³²⁴ Sottolinea F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, cit., 132, che “del tutto irrilevante sarebbe la volontà di rinunciare a d ogni pretesa di maternità, poiché gli stati familiari, con il relativo corredo di obblighi e diritti, non possono sicuramente formare oggetto di atti di disposizione da parte dell'autonomia privata”.

³²⁵ Di contrario avviso B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il principio del “nome della madre” nella gravidanza per altri*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 111, per la quale “la presenza di genitori intenzionali come specifico presupposto della fase riproduttiva” escluderebbe “l'opzione del parto anonimo” e ciò apparirebbe coerente sia “con quanto già oggi prevede la l. n. 40\2004” sia con la “struttura della gravidanza per altri, nella misura in cui questa viene costruita come una esperienza in cui la presenza di genitori intenzionali è riconosciuta fin dall'avvio del progetto riproduttivo”. S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 226, secondo la quale la madre di parto non potrebbe disporre della relazione col figlio a sua discrezione, ad esempio per motivi altruistici nei confronti dei terzi aspiranti genitori, “ma solo in nome dell'interesse del bambino a nascere, o di interessi di pari rango, tutti interni alla sola relazione tra madre e nascituro, ossia al progetto comune a loro due e a loro due soli”.

³²⁶ Cfr. A. MARGARIA, *op. cit.*, 195, A. VALONGO, *op. cit.*, 115. Come modello di riferimento si prenda l'esempio inglese, all'interno del quale la regolarizzazione dello *status filiationis* avviene entro sei mesi dalla nascita, grazie ad un *Parental order* che emenda l'atto di nascita, trasferendo la genitorialità dalla madre surrogata ai committenti: v. K. HORSEY, *The history and potential future of UK surrogacy laws*, in *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal*, a cura di M.J. ANTUNES – M. SILVESTRE, Coimbra, 2018, 13. Proprio la circostanza che non fosse assicurata alla madre surrogata la possibilità di cambiare idea dopo il parto in merito all'assunzione del ruolo di madre è stata una delle ragioni principali che ha condotto il Tribunal Constitucional de Portugal, 24.04.2018, n. 25 – consultabile all'indirizzo www.tribunalconstitucional.pt – a dichiarare incostituzionale la legge 22.08.2016 n. 25 con cui era stata ammessa la pratica nel Paese lusitano. Nonostante sulla scorta anche delle motivazioni di questa pronuncia, in dottrina sia stata sostenuta la necessità di adottare il modello britannico, riconoscendo alla madre gestante un termine entro il quale far valere il proprio “arrepentimento”: cfr. R. VALE e REIS, *Procriação medicamente assistida: a gravitas da jurisprudência*, in *GH Reflexões de direito biomédico*, 2019, 50, recentemente il Parlamento ha approvato con decreto una modifica alla legge con la quale ha inteso delinearne meglio i doveri e i diritti della gestante, senza però affrontare la questione centrale del possibile pentimento, tralasciando di fissare un

il giudice romano – che la madre portatrice abbia già rinunciato con il proprio comportamento ai diritti nei confronti di un figlio che non ha programmato, anche se non ne fosse la madre genetica, vorrebbe dire cristallizzare “*la volontà nel momento iniziale di un procedimento, senza tener conto che anche per la madre portatrice potrebbe parlarsi di una volontà legata non ad un programma, nel quale può essersi solo “solidariamente” inserita, ma ad un affetto che cresce e si sviluppa con il crescere e lo svilupparsi della vita del figlio*”³²⁷.

Nonostante l'accresciuta rilevanza della responsabilità e della volontà volta a realizzare l'interesse alla genitorialità, l'interesse dei committenti non può condurre “*ad ignorare la partecipazione attiva ed emotiva di un altro soggetto, che viene a trovarsi inserito in questo programma, rispetto al quale il suo ruolo, allo stato, non sembra aver ancora assunto il connotato di servizio sociale*”³²⁸. Per riconnettere all'accordo iniziale la natura di negozio idoneo a consentire alla puerpera di rinunciare definitivamente al proprio futuro *status* di madre, occorrerebbe una espressa disposizione normativa, che riconoscesse il ruolo squisitamente “portante” della donna³²⁹.

termine entro il quale la madre surrogata possa esercitare il diritto di revoca: v. <https://www.publico.pt/2019/07/19/politica/noticia/saude-trabalho-deixam-geringonca-avessas-fim-festa-1880615> (ultima consultazione 27.7.2019). Infatti, il Presidente della Repubblica, sospettandone il contrasto con quanto affermato dai giudici costituzionali in merito alla necessità di assicurare i diritti della madre di parto, prima di procedere alla promulgazione ha richiesto al Tribunal Constitucional un parere preventivo sulla costituzionalità del decreto: v. <https://www.publico.pt/2019/08/29/politica/noticia/decisao-procriacao-assistida-vai-tomada-metade-juizes-tc-1884768> (ultima consultazione 30.8.2019); propende per l'incostituzionalità del decreto: R. VALE e REIS, *Gestação de substituição: a arte de procrastinar*, in <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682> (ultima consultazione 30.8.2019). Da ultimo, la Corte costituzionale portoghese ha condiviso nel suo parere preventivo i dubbi già emersi in dottrina circa l'incostituzionalità della legge n. 25/2016, stante la perdurante assenza, anche a seguito delle modifiche intervenute, di un espresso riconoscimento del diritto di revoca della gestante e, conseguentemente, di un termine finale entro il quale esercitare tale diritto: Tribunal Constitucional de Portugal, 18.9.2019, n. 465, consultabile all'indirizzo www.tribunalconstitucional.pt.

³²⁷ L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 401; da ultimo, A. VALONGO, *op. cit.*, 175.

³²⁸ L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 401, nota 72.

³²⁹ G. CASSANO, *Commento a Trib. Roma 17.2.2000*, cit., 177; B. CARBONI, *op. cit.*, 31, per il quale uno dei principali passaggi nei quali si articola il concetto di status è da cogliere “*nella conclamata inidoneità, ai fini dell'acquisizione di una situazione di stato, di una semplice determinazione volitiva, da parte dell'interessato, essendo al riguardo, sempre e comunque, necessario che essa venga riconosciuta, o attribuita, dall'ordinamento*”; L. LENTI, *La procreazione artificiale*, cit., 86; S. PICCININI, *op. cit.*, 12

3. MATERNITÀ SURROGATA E RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO CON IL GENITORE GENETICO: I PRINCIPI CEDU E LA LORO RILEVANZA.

Sebbene le controversie poste a fondamento delle ormai numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano ad oggetto ipotesi di maternità surrogata realizzata all'estero, le istanze di tutela evidenziate dai giudici europei sembrano trascendere i confini di tale fattispecie, sollecitando una riflessione anche sui principi civilistici che governano l'accertamento della maternità in caso di ricorso in Italia alla gestazione per altri. Per tale motivo, al fine di verificare l'ipotesi secondo la quale sarebbe possibile attribuire la genitorialità ai genitori intenzionali, occorre soffermarsi sui principi elaborati anche di recente dalla Cedu: al di là del giudizio di responsabilità penale dei genitori intenzionali³³⁰, tali principi, infatti, sembrano legittimare l'assunto per il quale la violazione realizzata in Italia del divieto di maternità surrogata non potrebbe risultare ragione sufficiente per impedire al minore il riconoscimento della propria genitorialità genetica.

Nel merito, è noto che coloro i quali intendono ricorrere alla gestazione per altri aggirano il divieto interno recandosi all'estero presso quei Paesi nei quali tale tecnica è ammessa: i problemi insorgono generalmente dal rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere effetti all'atto di nascita straniero che attribuisce ai genitori intenzionali la genitorialità legale del minore³³¹. Alla luce di questo quadro, si comprende la ragione per la quale la Corte EDU si è occupata varie

³³⁰ Dal momento che l'art. 12, comma 8, l. n. 40/2004, non richiama tra i soggetti che non sono punibili coloro che ricorrono alla maternità surrogata, si ritiene che i genitori intenzionali siano tra i destinatari della sanzione: v. U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1778; L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 148; M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 2017, 1, 25. Si segnala però App. Messina, 18.7.2016, in *www.articolo29.it*, per la quale il termine "realizza" – contenuto nell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 – non farebbe riferimento a coloro che si sottopongono alle tecniche ma unicamente "alla struttura sanitaria (e/o commerciale) che mette in atto la pratica".

³³¹ V. su questo tema tra gli altri: C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, 2016, II, 481; C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1132; A. MENDOLA, *Interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, 673; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. inter.*, 2017, 1070; A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter.*, 2018, 839; A. SASSI – S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Biolaw Journal*, 2018, 377.

volte di questioni attinenti al riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore, nato all'estero da maternità surrogata, e i genitori intenzionali³³². In tali decisioni non è stata mai esaminata nello specifico la legittimità o meno del ricorso alla gestazione per altri, in quanto i giudici europei si sono piuttosto limitati a valutare se i diritti delle coppie e dei bambini fossero stati lesi dal rifiuto delle autorità nazionali di trascrivere gli atti di nascita legalmente formati all'estero.

Nonostante il caso *Mennesson*³³³ rappresenti soltanto il primo e il più noto di una serie di vicende giudiziarie che si sono concluse con la condanna dello Stato membro per il mancato riconoscimento del rapporto con il genitore genetico, risulta utile rammentarne gli snodi fondamentali, perché in esso sono già racchiusi tutti quei principi – da ultimo meglio precisati e ulteriormente sviluppati in un recente *Advisory Opinion* reso dalla Corte EDU su richiesta della Cassazione francese³³⁴ – che sono stati poi tratteggiati e ripresi nelle sentenze successive.

Una coppia di sposi ha fatto ricorso in California alla maternità surrogata gestazionale, realizzata con un ovulo formato dal materiale genetico del marito committente e di una donatrice anonima: una volta ottenuta dalla *Supreme Court of California* la menzione di genitori nell'atto di nascita, si è recata al consolato francese per chiederne la trascrizione nei registri dello stato civile. Il consolato, tuttavia, ha respinto le richieste di entrambi poiché ha sospettato che i minori fossero nati a seguito di un contratto di maternità surrogata, pratica che il diritto francese considera illegale (16-7 e 16-9 cod. civ.)³³⁵ e che sanziona con un anno di reclusione e una multa di 15.000 €. Nonostante questo primo diniego, al ritorno in Francia i certificati esteri sono stati trascritti nei registri dello stato civile di Nantes: tuttavia, il procuratore della repubblica ha deciso di chiedere

³³² Corte eur. dir. uomo, 26.6.2014, *Mennesson c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1122, con nota di C. CAMPIGLIO; Corte eur. dir. uomo, *Labassee c. Francia*, 26.6.2014, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur. dir. uomo, 21.7.2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur. dir. uomo, 19.1.2017, *Laborie c. Francia*, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur. dir. uomo, *Advisory Opinion*, 10.4.2019, *cit.*, 757.

³³³ Corte eur. dir. uomo, 26.6.2014, *Mennesson c. Francia*, *cit.*, 1122.

³³⁴ Corte eur. dir. uomo, *Advisory Opinion*, 10.4.2019, *cit.*, 757.

³³⁵ Tali norme hanno fatto parte di una profonda modifica, ad opera della l. 29.7.1994, n. 94-653, cd. "legge bioetica", del libro I del codice civile, nel quale è stato inserito il capo II "Sul rispetto del corpo umano" (artt. 16 – 16-9).

l'annullamento della trascrizione dinanzi al Tribunale di Créteil, il quale ha dichiarato irricevibile la domanda; anche in secondo grado è stato respinto l'appello del procuratore dalla Corte di Parigi, sulla base del superiore interesse del minore ad avere riconosciuto il rapporto con i genitori intenzionali.

Le ragioni del pubblico ministero hanno tuttavia trovato infine ragione in Cassazione, la quale ha rimesso le parti davanti ad un'altra sezione della Corte d'appello di Parigi³³⁶: l'esito del rinvio è rappresentato da una pronuncia con la quale è stato disposto l'annullamento della trascrizione, poi confermata definitivamente in Cassazione³³⁷. Secondo i Supremi giudici francesi l'interesse dei minori a vedere riconosciuto il proprio rapporto di filiazione³³⁸ non potrebbe prevalere sull'esigenza di ordine pubblico di evitare l'elusione delle norme che dispongono la nullità di qualunque convenzione avente ad oggetto una gestazione per altri (16-7 e 16-9 c.c.)³³⁹.

Esauriti i ricorsi interni, i coniugi hanno presentato istanza alla Corte EDU, lamentando la violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione. I giudici europei hanno innanzitutto precisato i confini giuridici della vicenda, venendo in considerazione sia il rispetto della vita familiare – in quanto fra i coniugi e i bambini si era effettivamente instaurato un legame di vita che poteva essere qualificato come familiare³⁴⁰ –, sia il rispetto della vita privata dei minori, essendo

³³⁶ App. Paris, 18.03.2010, in *www.doctrine.fr*.

³³⁷ Cass., 6.4.2011, n. 370, in *Recueil Dalloz*, 2011, 1522.

³³⁸ Sulla base anche della considerazione che l'annullamento non li privava della filiazione materna e paterna che il diritto californiano riconosceva loro, né impediva agli stessi di vivere con i coniugi in Francia.

³³⁹ Cfr. L. BRUNET, *Un arrêt en trompe-l'oeil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique ?*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 34; D. SARCELET, *Convention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère public*, in *Recueil Dalloz* 2009, 332; P. LAGARDE, *Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui*, in *Revue critique de droit international privé*, 2009, 320; B. HAFTEL, *Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé*, in *AJ Famille*, 2011, 265; F. CHÉNEDÉ, *Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif* in *AJ fam.*, 2011, 262; P. HAMMIJE, *Maternité pour autrui, possession d'état et état civil*, in *Rev. crit. de droit international privé*, 2011, 722; H. FULCHIRON – C. BIDAUD-GARON, *L'enfant de la fraude*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 905; D. BERTHIAU – L. BRUNET, *L'ordre public au préjudice de l'enfant*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 1522.

³⁴⁰ Gli aspiranti genitori agivano di fatto come genitori dei bambini, i quali erano nati e vivevano con loro in un modo che dava forma al concetto di vita familiare.

in discussione un aspetto essenziale dell'identità individuale dei nati, e cioè la determinazione della loro ascendenza legale.

La Corte ha rilevato che l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare, risultante dal rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione, ha perseguito due scopi legittimi ex art. 8, comma 2, CEDU: la "*tutela della salute*" e la "*tutela dei diritti e delle libertà altr*" dei bambini e della madre surrogata. Quanto alla necessità dell'ingerenza "*in una società democratica*", i giudici europei hanno sottolineato come sia opportuno lasciare agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel prendere decisioni su questioni eticamente sensibili, quali la maternità surrogata, sulla quale in ambito europeo si registrano decisioni e legislazioni differenti. Tale margine di discrezionalità, tuttavia, secondo la Corte si restringerebbe considerevolmente allorché sia in gioco un legame di parentela che coinvolge un aspetto fondamentale dell'identità degli individui; in questo caso, infatti, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione influenzerebbe inevitabilmente la vita familiare dei minori, i cui interessi debbono sempre essere considerati come preminenti.

Ciononostante, i giudici europei hanno escluso una violazione del diritto al rispetto della vita familiare, in quanto la coppia aveva avuto la possibilità di stabilirsi in Francia poco dopo la nascita dei figli, dove vivevano in condizioni che, nel complesso, erano equiparabili a quelle delle altre famiglie; non vi era, peraltro, ragione alcuna per ritenere che gli stessi fossero esposti al rischio di essere separati da parte delle autorità a causa della loro situazione giuridica.

Invece, per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata dei figli, la Corte è giunta a conclusioni opposte, riscontrando una violazione dell'art. 8 CEDU. I giudici europei hanno infatti sostenuto che i minori si trovassero in uno stato di incertezza giuridica che ne minava l'identità all'interno della società francese – ad esempio, avrebbero potuto incontrare difficoltà nell'ottenimento della cittadinanza ovvero avrebbero potuto subire una restrizione dei diritti ereditari nei confronti dei genitori intenzionali –, a causa del mancato riconoscimento nell'ordinamento giuridico nazionale del legame di filiazione con

gli aspiranti genitori³⁴¹. Secondo la Corte EDU il rifiuto di riconoscere il legame di parentela pregiudicherebbe, quindi, non solo la coppia che ha fatto ricorso alla maternità surrogata, bensì anche i minori nati attraverso tale tecnica.

A parere della Corte, peraltro, tale assunto assumerebbe una dimensione particolarmente rilevante quando, come nel caso di specie, uno dei componenti della coppia sia anche il genitore genetico del minore: data l'importanza della parentela genetica come componente dell'identità di ciascun individuo, non potrebbe ritenersi nel migliore interesse del bambino privarlo di un legame giuridico di tale natura. Pertanto, secondo la CEDU l'ordinamento francese avrebbe oltrepassato il margine consentito di apprezzamento riservato agli Stati membri impedendo il riconoscimento e l'instaurazione di rapporti giuridici tra i bambini e il loro padre genetico, andando irrimediabilmente contro gli interessi dei minori.

Dall'esame di tale pronuncia si ricava già il principio per il quale il divieto interno di maternità surrogata non può precludere al minore la possibilità di ottenere il riconoscimento della propria genitorialità genetica, in quanto la circostanza che i genitori intenzionali abbiano utilizzato una tecnica vietata nell'ordinamento nazionale non costituisce di per sé una ragione sufficiente per privare il bambino di un legame giuridico di tale rilevanza.

Tale principio, che ha trovato riscontro anche nella successiva giurisprudenza europea – ove è stato ribadito che è contrario al superiore interesse del minore non riconoscerne il rapporto con il genitore genetico sol perché quest'ultimo ha fatto ricorso ad una tecnica procreativa vietata nell'ordinamento interno³⁴² – ha trovato

³⁴¹ L. BURGORGUE-LARSEN, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA* 2014, 1763; F. CHÉNEDÉ, *Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 1797; C. BERGOIGNAN-ESPER, *Gestation pour autrui à l'étranger et reconnaissance de la filiation en France*, in *RDSS*, 2014, p. 887; J. HAUSER, *État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli!*, in *RTD Civ*, 2014 p. 616; J.P. MARGUÉNAUD, *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *RTD civ.*, 2014, 835.

³⁴² Tali principi hanno trovato applicazione innanzitutto nella coeva pronuncia Labassee c. Francia: Corte eur. dir. uomo, 26.7.2014, *cit.*, concernente un caso analogo di una coppia che in Minnesota aveva fatto ricorso alla gestazione per altri realizzata con seme di una donatrice anonima e del genitore intenzionale. Si può ricordare, inoltre, il caso Foulon e Bouvet c. Francia: Corte eur. dir. uomo, 21.7.2016, *cit.*, riguardante due uomini che separatamente avevano fatto ricorso alla gestazione per altri in India e che a fronte del divieto dell'autorità francese di riconoscerne il rapporto con i rispettivi figli genetici hanno interposto ricorso alla Corte EDU. Più

da ultimo conferma (seppure in forma di *obiter dictum*) in un recente *Advisory Opinion* reso dalla Cedu su richiesta della Corte suprema francese³⁴³. In particolare, dal momento che in tutte le controversie poste a fondamento dei numerosi precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo soltanto il marito della coppia intenzionale risultava legato geneticamente al minore, si poneva il dubbio se andasse riconosciuto anche il rapporto con la madre intenzionale e se la circostanza che il figlio fosse stato concepito o meno con i gameti della stessa modificasse i termini della questione.

Tali dubbi hanno costituito, infatti, l'oggetto del duplice interrogativo posta dalla Cassazione francese alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per rispondere al quale i giudici europei si sono per la prima volta avvalsi della disciplina, introdotta dal Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con la quale è stato riconosciuto il potere dei tribunali superiori nazionali di rivolgersi alla Corte per avere un parere su questioni connesse all'interpretazione dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, emerse nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essi³⁴⁴.

recentemente, tali principi hanno trovato riconoscimento anche nel caso *Laborie*: Corte eur. dir. uomo, 19.1.2017, *cit.*, in cui ad una coppia, la quale aveva fatto ricorso in Ucraina alla maternità surrogata, realizzata anche qui con seme del marito, è stato rifiutato il riconoscimento del rapporto di filiazione.

³⁴³ Cass., 5.10.2018, n. 638, in www.courdecassation.fr; Corte eur. dir. uomo, *Advisory Opinion*, 10.4.2019, *cit.*, 757. Nell'ambito di una procedura introdotta di recente nell'ordinamento francese, che consente la revisione di una pronuncia resa in violazione della CEDU, ancorché passata in giudicato (legge 16.11.2016, n. 1547), sono stati proprio i coniugi *Menesson* a chiedere il riesame della decisione con la quale era stata annullata la trascrizione dell'atto di nascita estero che li riconosceva genitori.

³⁴⁴ Approvato a Strasburgo il 2.10.2013 ed entrato in vigore il 1.8.2018 nei dieci Paesi che l'hanno ad oggi ratificato – l'Italia, a differenza della Francia, ha soltanto firmato il testo –, il Protocollo n. XVI alla CEDU ha istituito un meccanismo in primo luogo deflattivo, volto a ridurre l'ammontare del contenzioso e, in secondo luogo, diretto ad incentivare il livello di armonizzazione tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, promuovendo il dialogo fra le corti e potenziando il ruolo "costituzionale" della Cedu: per approfondimenti v. N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2014, 1421; G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La comunità internazionale*, 2013, 774; G. CENTAMORE – B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2015, *passim*; P. PIRRONE, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 76; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in

Innanzitutto, secondo l'*Advisory Opinion* della Corte EDU il diritto del minore al rispetto della vita privata pretende che gli ordinamenti nazionali ne riconoscano il rapporto con la madre d'intenzione, anche ove mancasse un legame genetico; tuttavia, l'osservanza dello stesso non impone che debba farsi luogo alla trascrizione dell'atto di nascita, in quanto la costituzione del rapporto filiale sarebbe conforme alla Convenzione anche se all'esito del ricorso ad altri istituti, quali l'adozione, purché venga assicurata la rapidità e l'effettività dell'attuazione del diritto del minore.

Nonostante la *Cour de Cassation* avesse chiesto espressamente alla Corte di Strasburgo se occorresse articolare diversamente la soluzione a seconda che il nato fosse stato concepito o meno con i gameti della madre committente, i giudici europei non hanno ritenuto rilevante la specifica questione, dal momento che la controversia interna riguardava un caso di maternità surrogata realizzata con seme di una donatrice anonima; tuttavia, nella forma di *obiter dictum*, hanno ritenuto importante precisare che la soluzione adottata, per il caso in cui è assente il legame genetico, vale *a fortiori* per quello di un nato a seguito di una maternità surrogata realizzata con il seme della madre intenzionale³⁴⁵.

Di conseguenza, se all'indomani dell'*Opinion* sembra rafforzarsi l'idea che la relazione tra il nato da surrogazione di maternità e la madre intenzionale debba essere riconosciuta attraverso lo strumento adottivo laddove la stessa non sia la madre genetica, maggiori incertezze si pongono tuttavia in relazione al caso della madre intenzionale che abbia contribuito con i propri gameti alla formazione dell'embrione, fattispecie non affrontata dalla Cedu in ordine alla quale è possibile sostenere che il rapporto con la madre genetica debba essere riconosciuto solo attraverso la trascrizione dell'atto di nascita estero³⁴⁶.

A prescindere dal dibattito intorno allo strumento giuridico più adeguato a

Consulta on line, 2013, 1; V. PETRALIA, *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.cde.unict.it*, 1 ss; I. ANRÒ, *Il protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 18.

³⁴⁵ Cfr. A. SCHUSTER, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, 14.04.2019, in *www.articolo29.it*.

³⁴⁶ Soluzione, questa, peraltro già accolta nella giurisprudenza italiana: cfr. Trib. Agrigento, 6.4.2017, in *www.articolo29.it*, il quale ha ammesso la trascrizione dell'atto straniero anche nella parte in cui designava la madre intenzionale genetica quale madre legale del minore: v. C. FAVILLI, *Maternità surrogata "omologa" e limite dell'ordine pubblico*, in *Famiglia*, 12.12.2017.

riconoscere il rapporto fra il bambino nato all'estero da gestazione per altri e la madre genetica, risulta confermato il principio per il quale al minore non può essere precluso il riconoscimento della genitorialità genetica in virtù del divieto interno di maternità surrogata, dal momento che il rilievo dell'ordine pubblico non può giungere a pregiudicarne il diritto all'identità personale, di cui l'identità genetica costituisce un aspetto fondamentale³⁴⁷. Confermata la rilevanza di questo principio, la stessa violazione del divieto consumata all'interno del nostro ordinamento pone il problema della qualificazione della filiazione derivata dall'accordo³⁴⁸, a prescindere dalla sanzione di carattere penale a carico dei genitori intenzionali³⁴⁹.

A tal proposito, la giurisprudenza europea deve indurre a considerare superato l'assetto normativo originario del codice civile e dell'ordinamento di stato civile che regola la costituzione del rapporto filiale sul presupposto della procreazione naturale, almeno nel caso in cui la gestante tenga ferma la volontà di rinunciare al rapporto filiale con il partorito (art. 30, d.p.r. n. 396\2000), a tutela dell'interesse del minore a vedere riconosciuta la propria genitorialità genetica.

³⁴⁷ L'importanza di riconoscere il legame genetico sembra emergere anche da un inciso delle Sez. un. n. 12193/2019, *cit.*, 756, le quali, argomentando proprio dal rilievo che esso assume nella giurisprudenza europea, sostengono che *"la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo status filiationis"*.

³⁴⁸ Cfr. M. DELL'UTRI, *Commento a App. Bari, 13.02.2009*, in *Giur. merito*, 2010, 2, 368.

³⁴⁹ Per una diversa impostazione cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 431, per il quale l'attribuzione della maternità esclusivamente alla gestante si impone *"come sanzione civile che, ex sistema, è la più efficace, perché più idonea ad assicurare la funzione deterrente del divieto"*. Tuttavia, tale impostazione non sembra trovare conforto né nel dato normativo, atteso che la funzione deterrente del divieto è già assicurata dalla sanzione penale e non necessita di un'ulteriore rafforzamento – peraltro ad opera delle norme di diritto civile che sono invece chiamate esclusivamente a regolare lo *status filiationis* –, né nel dato giurisprudenziale: anche laddove risulti particolarmente riprovevole, come nel caso d'incesto (art. 251 cod. civ.), la Corte costituzionale ha negato che il disvalore della condotta possa riversarsi sulla condizione del nato, consentendo che il vincolo di filiazione tra gli ascendenti venisse giuridicamente dichiarato: Corte cost., 28.12.2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, I, 1053; si può inoltre ricordare Corte cost., 23.2.2012, n. 31, in *Giur. it.*, 2012, 493, con la quale il Giudice delle leggi ha escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato giustificasse, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

Né in questo caso varrebbe evidenziare l'esigenza di preservare l'unicità del rapporto che si instaura fra il bambino e la puerpera – rapporto la cui conservazione potrebbe costituire un interesse contrario all'ammissione della gestazione per altri – atteso il rifiuto della gestante di assumere su di sé il ruolo di madre: la tutela privilegiata della madre di parto non dovrebbe escludere la maternità della madre genetica almeno “*nell'ipotesi in cui la prima non intenda far valere il titolo all'attribuzione di tale stato ovvero non voglia occuparsi del bambino (abbandono successivo al riconoscimento)*”³⁵⁰.

In questa vicenda, peraltro, a differenza dell'adozione della coppia o del singolo, nell'ambito della quale si va ad attribuire al minore un nucleo familiare o un genitore sostitutivo rispetto a quello di origine, tale circostanza non si verifica, dal momento che manca una figura materna alternativa³⁵¹.

4. COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE CON LA MADRE INTENZIONALE E ANONIMATO DELLA PARTORIENTE: A) QUANDO LA MADRE GENETICA È CONIUGATA.

Risulta già evidente che per risolvere i problemi legati allo *status filiationis* del nato da surrogazione 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 partorito.

In questo secondo caso non vi è ragione – salve le cautele contro l'elusione della disciplina dell'adozione³⁵² – di precludere ai genitori intenzionali la costituzione del rapporto filiale³⁵³: costituzione che va fondata nel rapporto genetico e, rispetto al *partner* che non abbia contribuito con il proprio seme alla

³⁵⁰ T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 57; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia*, Milano, 2017, 446; da ultimo, I.A. CAGGIANO, *Tipologie di procreazione, stadi di filiazione e conseguenza patrimoniali*, Pisa, 2017, 72; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, 123.

³⁵¹ M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *www.articolo29.it*, 2018, 17; cfr. anche App. Napoli, 4.7.2018, in *www.articolo29.it*, 6.

³⁵² Cautele che richiedono, 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.

³⁵³ 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, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, 123.

formazione dell'embrione, nel consenso legittimamente espresso³⁵⁴, a tutela dell'interesse del minore alla bigenitorialità³⁵⁵. Anche in caso di illecito ricorso alla gestazione per altri commerciale si pone l'esigenza di riconoscere il rapporto con la madre intenzionale genetica; tuttavia, in questa ipotesi, al consenso eventualmente espresso dal genitore non genetico non può essere riconosciuto effetto, salvo a non considerare rilevante il rapporto di fatto ai fini dell'adozione.

Soffermando al momento la nostra attenzione sull'ipotesi nella quale la madre intenzionale sia anche la madre genetica del nato, si deve però precisare in quale modo la stessa possa ottenere la menzione della maternità nei registri dello stato civile, dal momento che l'ufficiale di stato civile, senza un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria, non sembra in grado di poter indicare come madre nell'atto di nascita una donna diversa da quella che ha partorito³⁵⁶.

Piuttosto, la verità biologica del concepimento può essere fatta valere dopo la nascita del figlio e dopo che si sia formato un atto di nascita, attraverso l'esercizio delle azioni di stato: al riguardo, occorre trattare separatamente la posizione della madre genetica coniugata da quella della madre genetica non coniugata, dipendendo la soluzione dal diverso stato giuridico della donna.

Se la madre genetica è sposata può avvalersi – ma anche il marito, il quale in ogni caso diviene il padre in virtù della presunzione di paternità (art. 231 c.c.),

³⁵⁴ In questo caso, nei confronti del *partner* non legato geneticamente al minore la costituzione del rapporto filiale si fonda 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).

³⁵⁵ L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, in *Foro it.*, 1999, 1655. In giurisprudenza, se i giudici del Tribunale di Palermo (ord. 8.1.1999, *cit.*), stante il rifiuto opposto da una clinica specializzata, hanno autorizzato il trasferimento in utero di embrioni creati prima del decesso del marito dell'attrice, nonostante l'assenza della doppia figura genitoriale, i giudici del Tribunale di Bologna (orrd. 9.5.2000 e 26.6.2000), dato il rifiuto del coniuge di procedere con l'impianto di embrioni creati precedentemente la crisi coniugale, hanno negato l'autorizzazione alla donna di procedere con l'impianto, riconoscendo piuttosto la prevalenza del diritto alla bigenitorialità del minore (in tal modo tutelando un diritto, qual è il diritto alla bigenitorialità, successivo e inevitabilmente secondario rispetto al diritto alla vita).

³⁵⁶ Basti considerare che ai fini della formazione dell'atto di nascita la dichiarazione resa all'ufficiale di stato deve essere corredata da un'attestazione di avvenuta nascita contenente le generalità della partoriente, nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino, rilasciata dal personale medico presente al parto ovvero intervenuto successivamente ad esso (art. 30, d.p.r. n. 396/2000); solo se la puerpera non è stata assistita da personale sanitario e il dichiarante non è neppure in grado di esibire l'attestazione di constatazione di avvenuto parto, si può produrre una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15.

anche se non legato geneticamente al nato – dell’azione di reclamo³⁵⁷, ricorrendo l’ipotesi di cui all’art. 239, comma 2, c.c., per il quale “l’azione di reclamo dello stato di figlio può essere esercitata anche da chi è nato nel matrimonio ma fu iscritto come figlio di ignoti, salvo che sia intervenuta sentenza di adozione”³⁵⁸; nonostante il testo dell’art. 249, comma 1, c.c., rubricato “Legittimazione all’azione di reclamo dello stato di figlio. Imprescrittibilità”, sembri riservare l’esercizio dell’azione al figlio (“l’azione per reclamare lo stato di figlio spetta al medesimo”), è opinione diffusa in dottrina³⁵⁹ – consolidata già antecedentemente alla riforma³⁶⁰ (la quale sul punto si è limitata a riproporre il vecchio testo) –, che l’azione spetti anche a coloro che assumono essere genitori³⁶¹, il cui diritto a

³⁵⁷ Già T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., 58; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 399; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 212; *contra*, M. MORETTI, *op. cit.*, 254,

³⁵⁸ L’azione di reclamo dello stato figlio, che, a seguito del d.lgs. n. 154/2013, sostituisce oggi la precedente azione di reclamo dello stato di figlio legittimo, è diretta a fare accertare il vero stato di filiazione non emergente dall’atto di nascita: per i dovuti approfondimenti si rinvia a M. SESTA, *Filiazione*, in *Enc. dir.*, 2015, Annali VIII, 459; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 414; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2018, 347; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2018, 334; A. GORGONI, *La filiazione*, Torino, 2018, 29.

³⁵⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 416; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 347; C. CIRAOLO, *Contestazione e reclamo dello stato di figlio*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. BIANCA, Milano, 75; A. GORGONI, *La filiazione*, cit., 32; *contra*, M. SESTA, *Azioni di stato legittimo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 2005, Agg., 20, il quale si era espresso prima della riforma argomentando soprattutto dall’univocità del dato normativo; G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, III, *Filiazione e Adozione*, Torino, 2007, 87, per il quale la tesi negativa trova conferma nel fatto che prima che lo stato di figlio oggetto della domanda di reclamo venga accertato non si configura ancora un rapporto di filiazione o un rapporto di filiazione corrispondente a quello veridico, con conseguente impossibilità di identificare i genitori in capo ai quali ravvisare un interesse ad agire – è stato replicato che se fosse corretto non concedere l’azione ai genitori per i dubbi circa la loro identità, allo stesso modo non bisognerebbe concederla nemmeno al figlio, parte dello stesso rapporto oggetto di accertamento, la cui identità al momento della domanda è incerta al pari di quella dei pretesi genitori; da ultimo, traendo sostegno anche dalla mancata modifica del dato normativo, M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1763.

³⁶⁰ A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, vol. III, t. II, Torino, 1969, 79, per il quale dall’affermazione contenuta nella legge che l’azione spetta al figlio non può ricavarsi “un’eccezione così singolare al principio che legittimazione spetta alle parti del rapporto”, in quanto senza un esplicito divieto non sarebbe possibile negare ai genitori il diritto di far valere la loro qualità di genitori legittimi e di adempiere al dovere di dare al figlio lo stato che gli spetta: secondo Cicu la dizione intenderebbe piuttosto escludere la legittimazione di “estranei al rapporto” di filiazione; G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 249, Roma, 1988, 232, ritiene che ai genitori legittimi la legittimazione ad agire in reclamo venga garantita, tra l’altro, dal comma 1 dell’art. 29 Cost., che, riconoscendo “i diritti della famiglia”, salvaguarda, altresì, il diritto dei suoi membri, in particolare i genitori, a far constare che di essa fa parte il figlio.

³⁶¹ Peraltro, la filiazione matrimoniale, a differenza di quella extramatrimoniale, non sarebbe suscettibile altrimenti di accertamento volontario da parte dei genitori, di talché la loro esclusione

vedere riconosciuto lo stato genitoriale non può essere posto in discussione³⁶².

Ove si acceda alla tesi più restrittiva³⁶³, l'unico soggetto legittimato ad agire è il figlio il quale, se ultraquattordicenne, può personalmente fare istanza al Tribunale per la nomina di un curatore speciale, ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio infraquattordicenne (artt. 249, comma 6, 244, comma 6, e art. 245, comma 2, c.c.).

Per quanto attiene alla prova in giudizio, occorre premettere che l'art. 241 c.c., novellato dalla riforma, prevede che, in mancanza di atto di nascita e di possesso di stato, la prova della filiazione possa essere data con ogni mezzo, anche per testimoni; è stato inoltre abrogato il comma 2 riferito ai limiti della medesima, come pure l'art. 242 c.c., circa il principio di prova per iscritto, necessario per renderla ammissibile, nonché l'art. 243 c.c., che ammetteva la prova contraria³⁶⁴: ne risulta, pertanto, un significativo allargamento dei mezzi probatori disponibili – mentre il testo precedente si limitava alla sola prova testimoniale –, sul modello della dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità, nel cui ambito la prova era libera già antecedentemente alla riforma³⁶⁵. In questo contesto, conseguentemente, stante la mancanza dell'atto di nascita o del possesso di stato che documenti o provi lo stato di figlio nato nel matrimonio³⁶⁶, si può dimostrare la maternità attraverso la prova della derivazione genetica del nato³⁶⁷ – è chiaro,

dalla possibilità di agire con l'azione di reclamo potrebbe dare luogo a una possibile disparità di trattamento: E. BILOTTI, *Legittimazione all'azione di reclamo dello stato di figlio. Imprescrittibilità*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, vol. II, del modulo *Della famiglia*, cit., 155

³⁶² Si sostiene, anche sulla scorta di un'isolata pronuncia di merito: Trib. Parma, 17.10.1998, in *Nuova giur. comm.*, 1999, I, 46 con nota di G. BONILINI, che non sarebbe compatibile la legittimazione attiva dei genitori con la loro legittimazione passiva: M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, cit., 1764, nota 65.

³⁶³ Sottolinea A. RICCI, *Sub art. 249*, nel *Codice della Famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015, 1005, che “dall'attuale formulazione della norma, che peraltro ha esplicitato meglio che in passato che ‘nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori’, non sembra potersi evincere un'argomentazione a sostegno dell'una o dell'altra tesi”.

³⁶⁴ E. RAVOT, *Reclamo e contestazione dello stato di figlio*, in *il Familiarista*, 30 giugno 2015, 5.

³⁶⁵ M. SESTA, *Filiazione*, cit., 475.

³⁶⁶ M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, cit., 1763.

³⁶⁷ *Contra*, M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 938, per la quale “vero è che la prova della maternità può essere data con ogni mezzo, e dunque anche con prove genetiche; tuttavia, tali prove debbono considerarsi strumentali alla identificazione tra la donna che ha partorito e chi si vuole accertare essere la madre, ma mai volte a superare di per sé solo il fatto storico della madre come colei che partorisce”; nello stesso senso anche C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *www.juscivile.it*, 2014, 496,

infatti, che in questo caso il parto risulta un'evidenza contraria alla pretesa che si vuole affermare³⁶⁸. Occorre, inoltre, provare il matrimonio tra i pretesi genitori e il concepimento (o la nascita) in costanza di esso, con conseguente presunzione legale *juris tantum* della paternità del marito della madre.

Risulta, invece, superfluo fornire la prova sia del contesto nel quale la nascita è avvenuta, e cioè all'esito del ricorso alla maternità surrogata altruistica, sia dell'eventuale collegamento genetico dal lato paterno, dal momento che nell'ambito dell'azione di reclamo e, più in generale, della filiazione matrimoniale, è sufficiente determinare la filiazione dal lato materno al fine di attribuire la genitorialità anche al marito³⁶⁹.

4.1. (SEGUE) B) QUANDO LA MADRE GENETICA NON È CONIUGATA.

In questo caso, nonostante si sia autorevolmente sostenuto che per ottenere la menzione della maternità nell'atto di nascita basti procedere al riconoscimento del nato da parte della madre genetica³⁷⁰ (ai sensi degli artt. 250 c.c.³⁷¹), si può dubitare che l'ufficiale di stato civile possa formare un atto di nascita a favore della madre genetica nonostante nell'attestazione di nascita sia indicata una donna

per la quale “*benché il 2° comma dell'art. 269 c.c. genericamente ammette ogni mezzo di prova per accertare la maternità e la paternità, il 3° comma del medesimo articolo chiarisce che la prova della maternità deve confermare la identità tra colui che asserisce di essere figlio di una determinata donna e il bambino dalla stessa partorito (...) le prove genetiche assumono, pertanto, rilevanza non in se medesime, bensì quale elemento di supporto ad altre prove che evidenziano il collegamento tra la partoriente e il neonato*”.

³⁶⁸ T. AULETTA, *Fecondazione artificiale, cit.*, 58.

³⁶⁹ In assenza di un onere di fornire la prova del contesto altruistico nel quale è avvenuto l'accordo, si corre il rischio di eludere il divieto di maternità surrogata commerciale. Cionondimeno, *de iure condito* l'interprete non è esonerato dal compito di reperire nell'attuale assetto normativo possibili argini all'aggiramento di tale divieto (v. cap. 1, par. 6).

³⁷⁰ T. AULETTA, *Fecondazione artificiale, cit.*, 58; A. VALONGO, *op. cit.*, 110; I. CORTI, *La maternità per sostituzione, cit.*, 214, la quale, tuttavia, si mostra consapevole delle difficoltà che incontrerà la madre genetica al momento del riconoscimento di fronte all'ufficiale di stato civile; diversamente, P. ZATTI, *Maschere del diritto, cit.*, 212, il quale rileva che l'ufficiale di stato civile, in assenza di un intervento del giudice, non potrebbe attribuire la maternità alla madre genetica.

³⁷¹ È utile ricordare che a differenza della nascita da genitori uniti in matrimonio, il semplice fatto di nascere da soggetti non coniugati non attribuisce autonomamente lo status di figlio rispetto ai propri genitori, per l'acquisizione del quale la legge richiede o un espresso atto di riconoscimento (art. 250 c.c.) oppure la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità (art. 269 c.c.): per approfondimenti si rinvia a G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia, cit.*, 337; M. SESTA, *Filiazione, cit.*, 456.

diversa come partoriente³⁷², a meno che non sopraggiunga una espressa pronuncia in tal senso dell'autorità giudiziaria.

Per comprendere da dove sorga il problema, risulta indispensabile svolgere alcune brevi considerazioni in ordine alle modalità di formazione dell'atto di nascita di un figlio nato o concepito fuori dal matrimonio e in merito al contenuto dell'attestazione di nascita.

Il riconoscimento del figlio fuori dal matrimonio può intervenire in tre diverse fasi temporali: quando è ancora un nascituro – si parla di pre-riconoscimento, possibile ai sensi del combinato disposto degli art. 254 c.c. e 42-44, d.p.r. n. 396\2000 – ed è richiesta in questo caso l'esibizione di un certificato medico di gravidanza con l'indicazione del tempo di gestazione; contestualmente alla dichiarazione di nascita, e si richiede allora, come in caso di denuncia della nascita in costanza di matrimonio, l'attestazione di avvenuta nascita; in un momento successivo alla nascita, fino a che non sopraggiunga la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo³⁷³, e in questo frangente non solo non viene richiesta l'esibizione dell'attestazione di nascita, ma non è richiesta nessun'altra specifica prova della relazione genetica\biologica con il nato di cui si intende riconoscere, a seconda dei casi, la paternità e\o la maternità³⁷⁴.

Sofferamoci brevemente su questa terza ipotesi che, almeno in apparenza, sembra l'unica potenzialmente compatibile con l'intenzione della madre genetica e\o il padre genetico di procedere al riconoscimento del nato da maternità surrogata.

³⁷² Come si ricava dall'insieme della disciplina primaria e secondaria in materia di stato civile e di certificazione anagrafica: art. 2, legge 15 maggio 1997, n. 127; art. 30, comma 4, d.p.r. n. 296\2000; circolare del Ministero di Grazia e Giustizia 22 febbraio 1999 "*Regolamento di attuazione sulla semplificazione delle certificazioni amministrative*". Lo stesso può dirsi per le altre due modalità di riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio (atto pubblico e testamento), ai sensi dell'art. 254 c.c., giacché il notaio, nella generalità dei casi, non opera un controllo sulla ricevibilità del riconoscimento ma riceve nelle forme dell'atto pubblico una dichiarazione: ciò significa che spetterà all'ufficiale dello stato civile, prima di apporre l'annotazione, verificare l'insussistenza di cause ostative al riconoscimento ed il rispetto della disciplina degli assensi e consensi ed eventualmente attivarsi a riguardo: G. BENINI, *La formazione e gestione dell'atto di nascita*, EDK editore, 2013, 43.

³⁷³ Intervenuta la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo, il riconoscimento è privo di efficacia; mentre, il giudizio per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità è sospeso di diritto e si estingue ove segua la pronuncia di adozione divenuta definitiva: art. 11, comma 5, legge n. 184\1983.

³⁷⁴ S. PICCININI, *op. cit.*, 66.

In questo contesto, e nell'ipotesi qui contemplata nella quale la partoriente intende avvalersi del diritto di non riconoscere il neonato, la dichiarazione di nascita sarà stata resa precedentemente dal padre³⁷⁵ – il quale contestualmente potrà anche aver riconosciuto il bambino – ovvero, in assenza, dal medico, dall'ostetrica o da un'altra persona che abbia comunque assistito al parto: se la dichiarazione di nascita è stata resa presso l'ospedale o la casa di cura in cui è avvenuta la nascita allora il direttore sanitario curerà la conservazione dell'originale dell'attestazione di nascita negli atti di ufficio e ne trasmetterà copia all'ufficiale dello stato civile in allegato alla dichiarazione di nascita; se invece la dichiarazione di nascita è stata resa presso il comune di nascita o presso quello di residenza dei genitori o di uno di essi, in questo caso l'ufficiale dello stato civile dovrà richiedere al direttore sanitario copia dell'attestato.

In particolare, tale attestazione di nascita³⁷⁶ deve necessariamente contenere il dato relativo al nome della puerpera, la quale, nel caso di filiazione al di fuori del matrimonio, va intesa come partoriente e non come madre in quanto acquisterà tale qualità giuridica solo se, avendo superato il sedicesimo anno di età, effettuerà lei stessa la successiva dichiarazione di nascita³⁷⁷, rappresentando la relativa indicazione un imprescindibile dato che serve a provare, sotto l'aspetto clinico e in vista della successiva registrazione della nascita, chi è nato e da chi; nell'attestato in questione devono inoltre essere indicate le generalità della donna che ha partorito e del sanitario o dei sanitari che hanno assistito o che hanno constatato il parto, il sesso del bambino, e i dati relativi al comune, alla casa (intesa come ospedale, casa di cura o altro), al giorno e all'ora della nascita³⁷⁸.

È possibile perciò argomentare che in nessuna ipotesi, anche nel caso in cui

³⁷⁵ In generale, l'attestazione di nascita viene trasmessa direttamente dal reparto alla direzione sanitaria dell'ospedale per l'iscrizione in ospedale, mentre per la registrazione presso l'ufficio anagrafe del Comune, l'attestazione viene consegnata ai genitori al momento della dimissione.

³⁷⁶ Attestazione di nascita che non è accessibile ai privati diversi dai genitori, che ha il solo scopo di costituire la prova di tale evento, e che va compilata sia nel caso di filiazione legittima che in quello di filiazione naturale.

³⁷⁷ È noto che invece nella filiazione matrimoniale è sufficiente a tal fine che la partoriente venga indicata nella dichiarazione di nascita come coniuge del padre del bambino nato in costanza di matrimonio ai sensi dell'art. 231 e ss c.c.

³⁷⁸ Cfr. la Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 22 febbraio 1999 n. 1/50-FG-40/97/U887 (G.U. n. 46 del 25 febbraio 1999) e il Massimario per l'Ufficiale di Stato Civile, ed. 2012, 50, consultabile all'indirizzo www.prefettura.it.

intervenga successivamente alla dichiarazione di nascita, il riconoscimento della madre genetica può comunque essere annotato nell'atto di nascita (art. 43, d.p.r. n. 396\2000), giacché emerge all'attenzione dell'ufficiale di stato civile la contraddizione con il dato relativo al nome della puerpera contenuto nell'attestazione di nascita³⁷⁹. Al più di evitare il rischio di porre in essere una condotta perseguibile penalmente, occorre piuttosto un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria.

Va ammessa, infatti, l'ipotesi che in sede di opposizione avverso il rifiuto dell'ufficiale di stato (ex art. 95, d.p.r. n. 396\00), il giudice possa ordinare la formazione di un atto di nascita con l'indicazione della madre genetica come madre del minore, basandosi sulle risultanze derivanti dalle consulenze³⁸⁰: anche in questo contesto non sembra rilevante fornire la prova di aver fatto ricorso insieme al proprio convivente alla gestazione per altri in forma solidale.

In questo caso si tratta piuttosto di superare l'assetto normativo del codice civile e dell'ordinamento di stato civile che regola la costituzione del rapporto filiale sul presupposto della procreazione naturale e della gestazione, a tutela dell'interesse del minore a vedere riconosciuta la propria genitorialità genetica³⁸¹.

Né un ostacolo in questa direzione può essere rappresentato dal recente parere consultivo emesso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo su richiesta della Cassazione francese, dal momento che la CEDU ha escluso che sugli Stati ricada l'obbligo di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita estero di un nato da maternità surrogata solo in relazione all'ipotesi nella quale la madre intenzionale

³⁷⁹ Documento di cui è già in possesso o del quale dovrà comunque richiedere copia.

³⁸⁰ V. in questo senso L. LENTI, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Jus civile*, cit., 15.

³⁸¹ Già P. ZATTI, *Maschere del diritto*, cit., 212, per il quale "possiamo anche pensare che di fronte ad un episodio di surrogazione, che separi la madre genetica da quella gestante e partoriente, l'ufficiale di stato civile non possa fare altro che attribuire lo stato di madre alla seconda, e certo così si comporterebbe; ma non possiamo escludere che un giudice meno conformista potrebbe porsi il problema di un'interpretazione evolutiva, proprio perché la ratio delle norme che fanno riferimento al parto si colloca storicamente in un orizzonte culturale e esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto tra "titoli" diversi di maternità". Spunti in questo senso si ritrovano anche in M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, cit., 1751; da ultimo, anche A. MARGARIA, *op. cit.*, 35; *contra*, M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 938, per la quale non vi sarebbe spazio nella disciplina delle azioni di stato per l'emersione della verità genetica.

non sia legata geneticamente al minore³⁸².

In alternativa, il rapporto di filiazione tra la madre genetica e il minore può essere dichiarato giudizialmente, provando, ai sensi dell'art. 269, comma 2, c.c., la maternità attraverso le risultanze medico-scientifiche³⁸³. Legittimato attivo è il figlio, il quale se minore può agire attraverso il genitore che esercita la responsabilità genitoriale oppure attraverso il tutore, il quale però necessita di una previa autorizzazione giudiziale (art. 273, comma 1, c.c.): in questo contesto, quindi, non si vede ragione per negare che ad agire sia il padre intenzionale – nell'ipotesi in cui abbia in precedenza proceduto al riconoscimento –, nell'interesse del minore, per fare accertare il rapporto con la madre genetica, alla quale tuttavia sembra possibile riconoscere anche la legittimazione attiva all'azione.

In questa prospettiva, nella filiazione extramatrimoniale, a differenza di quella matrimoniale, non si è posta l'esigenza di correggere interpretativamente il dato normativo, riconoscendo anche al genitore la legittimazione attiva alla dichiarazione giudiziale della propria maternità o paternità, dal momento che attraverso il riconoscimento può già accertare direttamente il rapporto di filiazione³⁸⁴. Tuttavia, alla madre genetica, come abbiamo sottolineato in precedenza, non è riconosciuta questa possibilità: si prospetta, dunque, l'esigenza di interpretare in modo costituzionalmente orientato il testo, consentendole di poter agire per la dichiarazione giudiziale di maternità; né, del resto, ci si può limitare a dedurre l'illegittimità costituzionale di tale norma, *“se è vero che è prioritario compito dell'interprete dare voce, nei limiti segnati dai dati normativi disponibili, ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile”*³⁸⁵.

Una volta costituito, il rapporto va tutelato nell'interesse del minore da ripensamenti della madre gestante, entro limiti da stabilire caso per caso³⁸⁶. A tal

³⁸² Corte eur. dir. uomo, Advisory Opinion, 10.04.2019, *cit.*, 757.

³⁸³ Già A. GORASSINI, *op. cit.*, 963. In questo frangente non sarebbe necessario fornire la prova di aver fatto ricorso solidaristicamente ad una madre gestante d'accordo con il proprio *partner*.

³⁸⁴ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia, cit.*, 354.

³⁸⁵ A. RENDA, *L'accertamento della maternità, cit.*, 26.

³⁸⁶ Cfr. M. SESTA, *La filiazione, cit.*, 363, per il quale l'eventuale formazione di un atto di nascita che indichi come madre una donna diversa dalla partoriente potrebbe dar luogo all'azione di contestazione dello stato di figlio.

proposito, può 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 stato³⁸⁷. Tale indirizzo, seppure espresso con riferimento all'azione di disconoscimento di paternità, può essere esteso anche al di là della fattispecie presa in esame – arg. da ultimo da Corte Cost., n. 272\2017³⁸⁸– 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 familiari³⁸⁹.

5. IL RUOLO DEL CONSENSO NELLA DISCIPLINA DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA.

Non sempre la madre intenzionale ha la possibilità di fornire i propri gameti per la formazione dell'embrione, in quanto, alcune volte, non soltanto abbisogna dell'aiuto di un'altra donna che porti avanti la gravidanza e che partorisca al suo posto, ma deve anche fare ricorso ai gameti di una donatrice esterna, la quale il più delle volte sarà la stessa madre di parto: affrontiamo, quindi, l'ipotesi nella quale, pur non essendo collegata geneticamente al nato, intenda ugualmente essere riconosciuta madre del figlio genetico del proprio marito o convivente³⁹⁰.

In questo contesto, emerge con forza il tema della rilevanza e della qualificazione del consenso manifestato dalla coppia committente, dal momento che in assenza del presupposto genetico il rapporto di filiazione fra la madre intenzionale e il minore può fondarsi su di esso, secondo le logiche che già muovono la legge n. 40/2004: il consenso all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non è considerato infatti dalla legge solo nella sua valenza di consenso al trattamento medico-chirurgico, bensì anche come

³⁸⁷ 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*, *cit.*, 553.

³⁸⁸ Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, *cit.*, 10.

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ Abbiamo già in precedenza escluso, per motivi principalmente legati alla possibile violazione della disciplina anche penale in materia d'adozione, che possano ricorrere alla maternità surrogata coppie del tutto irrelate geneticamente al minore.

consapevole assunzione della responsabilità genitoriale³⁹¹. Indici in questo senso emergono innanzitutto nel collegamento che la legge stessa pone tra l'espressione della volontà e la disciplina prevista in materia di costituzione e di salvaguardia dello *status filiationis* (artt. 8 e 9).

A proposito della rilevanza specifica che assume l'atto di consenso rispetto alla condizione del minore nato a seguito del ricorso alla fecondazione omologa, occorre distinguere a seconda se i genitori intenzionali siano coniugati o meno, in quanto l'intensità degli effetti che derivano dalla manifestazione del consenso muta in base al loro *status* giuridico: se con riferimento ad una coppia sposata gli effetti del consenso sono limitati, giacché la disciplina della filiazione nel matrimonio non sembra aver bisogno di integrazioni, rispetto ad una coppia di conviventi il quadro giuridico cambia, potendo il consenso sostituire financo l'atto di riconoscimento.

Di fronte ad una coppia coniugata in dottrina sono stati ipotizzati due effetti riconducibili specificamente all'espressione del consenso: il divieto alla gestante di partorire in anonimato, ai sensi dell'art. 9, comma 2, determinandosi in tal modo la costituzione automatica del rapporto con entrambi i coniugi – anche se non risulta chiaro come l'ufficiale di stato civile dovrebbe verificare, nel momento in cui esprime la volontà di non essere nominata, che la puerpera abbia fatto ricorso ad un trattamento di fecondazione assistita³⁹²; e, in secondo luogo, la manifestazione del consenso in costanza di matrimonio, non revocato, permette la costituzione del rapporto di filiazione anche laddove la fecondazione dell'ovulo

³⁹¹ L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, 706; S. PICCININI, *op. cit.*, 201, per la quale il consenso si inserisce nel più ampio contesto della solidarietà familiare; condivide quest'ultima prospettiva anche M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, 1049, per il quale il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ha ad oggetto direttamente la decisione di avere un figlio e si inserisce "nell'*humus degli accordi endo – familiari*" di cui è espressione l'art. 144 c.c.; da ultimo, 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, 93; F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1198.

³⁹² Si sono mostrati scettici sulla concreta applicabilità della legge sul punto già M. SESTA, *La filiazione*, *cit.*, 367, nota 111; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 816.

sia avvenuta dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale³⁹³.

Assume un'importanza di gran lunga maggiore, almeno secondo una parte della dottrina, il consenso alle tecniche espresso da soggetti conviventi, dal momento che, oltre ad impedire allo stesso modo alla gestante il ricorso al diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, può consentire all'ufficiale di stato civile di costituire automaticamente il rapporto di filiazione con entrambi i soggetti, anche in assenza di un espresso atto di riconoscimento di cui all'art. 250 c.c., per effetto della sola esibizione della documentazione attestante il ricorso della coppia alle pratiche di procreazione medicalmente assistita³⁹⁴.

In questa sede, tuttavia, preme in particolare soffermarsi più che in relazione alla fattispecie della fecondazione omologa – nel cui ambito il consenso, per quanto produttivo di effetti, riveste comunque una funzione pur sempre secondaria e ancillare rispetto al dato di corrispondenza genetica tra entrambi i componenti della coppia e il minore³⁹⁵ –, quanto sulla rilevanza che la manifestazione di volontà dei genitori intenzionali assume nell'economia della fecondazione eterologa.

Al riguardo, gli effetti ultrattivi del consenso sulla formazione dello stato filiale del nato da inseminazione eterologa erano già stati evidenziati – ben prima dell'emanazione della legge n. 40/2004 –, dalla dottrina più avvertita, la quale, a

³⁹³ C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 151; M. MORETTI, *op. cit.*, 272; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *cit.*, 1740.

³⁹⁴ G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, *cit.*, 331; C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 154; G. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, 130; M. MORETTI, *op. cit.*, 276; M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1066; *contra*, M. SESTA, *La filiazione*, *cit.*, 367, per il quale il mancato coordinamento della legge n. 40/2004 con la disciplina regolamentare sull'ordinamento dello stato civile impedirebbe all'ufficiale di stato civile di procedere all'attribuzione della genitorialità in assenza di un atto di riconoscimento, non essendo il documento attestante il consenso dei conviventi alla fecondazione artificiale né un testamento né un atto pubblico, ad esso non potrebbe infatti attribuirsi alcun valore al fine del compimento di quella procedura, né l'ufficiale di stato civile potrebbe indicare nell'atto di nascita le generalità dei genitori naturali che non procedano al riconoscimento o non consentano per atto pubblico di essere nominati; nello stesso senso, L. BALESTRA, *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di E. CAMASSA – C. CASONATO, Trento, 2005, 68; V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, 267; B. CECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, 245.

³⁹⁵ *Contra*, 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*, *cit.*, 97, per la quale “nella legge n. 40/2004 l'elemento volontario è sempre preminente su quello squisitamente naturale pure se si fa ricorso a tecniche di tipo omologo”.

fronte di un diverso orientamento dei giudici di merito che, in applicazione della disciplina generale della filiazione, avevano accolto l'azione di disconoscimento del marito³⁹⁶, aveva ritenuto inapplicabile al caso *de quo* la disciplina del disconoscimento di paternità, una volta messo in luce il particolare ruolo svolto dal consenso, sul quale si fonda l'assunzione della responsabilità genitoriale, avendo negato altresì la sussistenza di un rapporto di filiazione tra il donatore e il nato da fecondazione eterologa³⁹⁷.

La soluzione già individuata dalla dottrina, e recepita dalla giurisprudenza anche costituzionale³⁹⁸, è stata poi accolta definitivamente dal legislatore³⁹⁹, il quale, nell'impedire al padre intenzionale di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, in caso di ricorso alla fecondazione eterologa nonostante l'originario divieto (art. 9, comma 1, legge 40\2004), ha voluto implicitamente riconoscere la condizione di figlio legittimo e di figlio naturale in capo al nato della coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione eterologa, dal momento che diversamente “*non avrebbe avuto alcun senso riferirsi a quelle azioni (anche solo per vietarle)*”⁴⁰⁰.

Indici in questo senso si ricavano del resto anche dalla stessa disposizione di cui all'art. 9, comma 3, legge n. 40\2004, la quale, da un canto, stabilisce che il

³⁹⁶ Trib. Roma, 30.04.1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1612, con nota di V. SGROI; anche in *Giur. it.*, I, 217, con nota di A. TRABUCCHI; Trib. Cremona, 17.2.1994, *cit.*, 179; App. Brescia, 14.06.1995, *cit.*, 116. Tale orientamento era stato condiviso da parte della dottrina: G. PONZANELLI, *La “forza” e la “purezza” degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, *cit.*, 186.

³⁹⁷ A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, 217; ID, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, *cit.*, 732; ID, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, *cit.*, 622, il cui pensiero ha trovato una vasta eco nella dottrina italiana: v., fra gli altri, S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 237; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1988, 87; F. SANTOSUOSSO, *Fecondazione artificiale umana*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 3; M. MORETTI, *op. cit.*, 239; C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1328; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, *cit.*, 359; ID, *Il « caso Cremona »: autonomia e responsabilità nella procreazione*, nota a Trib. Cremona, 17-2-1994, in *Giur.it.*, 1994, I, 2, 996.

³⁹⁸ Vedi nota 236.

³⁹⁹ Per un quadro dei progetti ministeriali che hanno preceduto l'emanazione della legge n. 40\2004 si rinvia a S. PICCININI, *op. cit.*, 210.

⁴⁰⁰ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, *cit.*, 696; già U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, 496.

donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e, dall'altro canto, esclude che possa far valere verso il minore alcun diritto né essere titolare di obblighi nei suoi confronti: se il legislatore avesse voluto impedire la costituzione o il mantenimento del rapporto fra i genitori intenzionali e il bambino avrebbe potuto adottare la regola inversa, peraltro applicabile – anche senza bisogno di una specifica previsione legislativa in tal senso – già in forza della disciplina generale della filiazione⁴⁰¹.

Pertanto, anche a volere aderire all'opinione per la quale l'art. 8, legge 40\2004, originariamente intendesse limitare gli effetti del consenso soltanto all'ipotesi della fecondazione omologa, si può lo stesso ragionevolmente sostenere che già nell'impianto originario della legge – dunque ancor prima della sentenza n. 162\2014 della Corte costituzionale –, anche ai nati da fecondazione eterologa fosse riconosciuto lo *status* di figli, legittimi o naturali, di coloro che avessero prestato il consenso alla tecnica.

In ogni caso, dopo l'intervento della Consulta che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa⁴⁰², l'art. 8, legge 40\2004, si applica direttamente anche ai nati da fecondazione eterologa, rientrando oramai l'inseminazione con seme di donatore esterno tra le tecniche ammesse: la norma in questione, pertanto, di cui era già stata prospettata l'inedita rilevanza⁴⁰³, è divenuta oggi il perno del sistema che presiede alla costituzione

⁴⁰¹ Il riconoscimento del rapporto tra il donatore di gameti e il nato avrebbe potuto fondarsi sui principi che reggono la disciplina della filiazione naturale (ora denominata fuori dal matrimonio): T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., 49; L. LENTI, *La procreazione artificiale*, cit., 288;

⁴⁰² La Corte costituzionale, dichiarando illegittimo il divieto, ha altresì evocato la necessità di applicare “*le pertinenti norme della legge n. 40/2004*” in materia di costituzione dello *status filiationis*, richiamando la regola generale di cui all'articolo 8, in virtù della quale anche i nati da fecondazione eterologa “*hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime*”. È venuta così meno la contraddittorietà della legge, la quale, da un lato vietava la fecondazione eterologa e, dall'altro lato, riconosceva il rapporto di filiazione con il coniuge o con il convivente che aveva espresso il consenso, negando, al contempo, ogni relazione parentale con il donatore di gameti: hanno sottolineato il carattere contraddittorio della legge U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 494; M. SESTA, *La filiazione*, cit., 356.

⁴⁰³ Inedita rilevanza dal momento “*che si tratta di una scelta in chiaro contrasto con il sistema generale della filiazione, sistema nel quale il vincolo di sangue prevale in linea di principio (salvi i limiti a tutela dello stato di figlio legittimo) con l'imposizione di obblighi del rapporto parentale al padre naturale; e nel quale l'interesse del minore a vivere in un ambiente familiare a lui congeniale non è tutelato, se non nell'ambito di procedure giudiziarie complesse, come l'affidamento o l'adozione, dove si devono esprimere valutazioni in concreto sulla inadeguatezza*”

dello *status filiationis* del nato da procreazione medicalmente assistita, “*poiché ribaltando l’originaria impostazione della legge afferma in modo irrefutabile l’irrelevanza del dato genetico e la centralità della manifestazione di volontà di cui all’articolo 6*”⁴⁰⁴.

Tuttavia, la regola dell’art. 8, legge 40\2004, non ha posto un sistema autonomo in materia di costituzione e di salvaguardia dello *status* filiale, basato sulla dichiarazione di consenso resa, ai sensi dell’art. 6, legge 40\2004, dalla coppia di genitori intenzionali⁴⁰⁵, ma ha piuttosto inteso predisporre un sistema parallelo di regole specifiche volte a rafforzare la tutela del nato da procreazione medicalmente assistita, le quali vanno coordinate con l’apparato codicistico secondo una linea di equiordinazione; declinando il rapporto tra tali regole non “*in termini di regola/eccezione, né di diritto comune/diritto speciale, bensì di coesistenza di sistemi differenti basati su logiche peculiari, non riducibili a sintesi unitaria*”⁴⁰⁶.

Infatti, il consenso assume una rilevanza piuttosto limitata all’interno della disciplina dello stato civile che presiede alla formazione dell’atto di nascita: tali regole, plasmate sul modello della procreazione naturale, rimangono fedeli alla differenza fondamentale, non scalfita dal legislatore della recente riforma in materia di filiazione⁴⁰⁷, tra nati all’interno del matrimonio e nati al di fuori del

dalla famiglia di origine e sulla idoneità della famiglia disponibile all’accoglimento”: U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 495, nota 9.

⁴⁰⁴ M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40, cit.*, 7.

⁴⁰⁵ E. QUADRI, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir e giust.*, 2004, 228; T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, cit., 491; da ultimo, accenti in questo senso sono espressi anche da M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40, cit.*, 9. Questa posizione sembra essere stata recentemente condivisa anche dalla giurisprudenza: Cass., 15.5.2019, n. 13000, in *www.italgiure.it*, per i giudici di legittimità l’art. 8, legge n. 40\2004, prevederebbe una modalità speciale di accertamento dello *status filiationis* alternativa rispetto a quelle previste dalle norme del codice civile per la filiazione matrimoniale ed extramatrimoniale: v. il commento di E. BILOTTI, in *www.centrostudilivativo.it*, 23.5.2019.

⁴⁰⁶ 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*, cit., 98; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1740.

⁴⁰⁷ Al riguardo, pur essendo stato normativamente unificato lo *status filiationis*, “è rimasto immutato nella sua concezione originaria, l’impianto sistematico della disciplina sulla costituzione del rapporto filiale e sulle azioni di stato”, basato sulla sussistenza o meno del legame

vincolo coniugale, a nulla rilevando se il minore sia nato all'esito di una tecnica di procreazione medicalmente assistita (omologa o eterologa) ovvero senza l'ausilio di alcuna procedura artificiale.

Nell'ipotesi di nascita all'interno del matrimonio⁴⁰⁸, anche in caso di doppia eterologa, l'assunzione di responsabilità che sta dietro l'atto di consenso non traspare né interessa ai fini della costituzione del rapporto di filiazione: rileva unicamente che l'atto di parto attesti che la donna che assume essere madre – la cui assenza di legame genetico con il minore è irrilevante per l'ufficiale di stato civile, il quale non ha né l'interesse né la possibilità di venire a conoscenza di questa discrepanza – abbia effettivamente partorito quel determinato bambino di cui viene denunciata la nascita⁴⁰⁹.

Agli stessi fini, parallelamente irrilevante risulta – nonostante la disciplina speciale apparentemente preveda il contrario – l'espressione del consenso da parte del marito della gestante, la cui paternità si fonda specularmente sul parto della propria consorte (art. 231 c.c.)⁴¹⁰: solo se il legislatore avesse adottato la diversa regola del riconoscimento del rapporto tra il donatore di gameti e il nato si sarebbe potuto verificare concretamente il peso dell'atto di consenso nella disciplina della filiazione⁴¹¹, perché in quel caso, di fronte ad un conflitto, per riconoscere

matrimoniale tra i genitori: U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega* (II parte), *cit.*, 675.

⁴⁰⁸ Non occorre affrontare qui l'interrogativo se la modifica dell'art. 231 cod. civ. ad opera della legge di riforma della disciplina della filiazione, 10.12.2012, n.219, con il successivo d. lgs. 28.12.2013, n. 154, che ha introdotto il riferimento al nato durante il matrimonio, facendo venir meno la necessità del concepimento nel corso dello stesso, intenda inglobare nella disciplina generale la filiazione da procreazione medicalmente assistita: Corte cost., n. 162\2014, *cit.*, 753; Trib. Roma, sez. I civile, 08.08.2014, *cit.*, 197; ovvero, piuttosto, se sia espressione della volontà di accoppiare in un unico articolo anche la diversa regola della nascita del figlio prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, una volta venuta meno la differenziazione tra le discipline sul disconoscimento di paternità a seguito dell'abrogazione degli artt. 233 e 235 cod. civ.: CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1124; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *cit.*, 1738.

⁴⁰⁹ Nello stesso senso M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 935, per la quale “*il riferimento è sempre e solo all'evento del parto e madre risulta, senza eccezioni, la partoriente, restando in definitiva irrilevante la modalità del concepimento*”.

⁴¹⁰ Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 1043.

⁴¹¹ Peraltro, una volta che la fecondazione eterologa è stata ammessa “*diventa addirittura indispensabile per la sua funzionalità che sia negato ogni rapporto parentale fra il procreato e il donatore di gameti*”: U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *cit.*, 1737.

l'esclusività del rapporto filiale con la coppia intenzionale si sarebbe per forza dovuta escludere l'applicabilità della regola generale che fonda la genitorialità sul dato biologico – genetico⁴¹².

Un discorso solo parzialmente diverso può farsi in relazione all'ipotesi della nascita da genitori conviventi: salvo a volere accedere alla tesi secondo la quale il consenso alle tecniche basterebbe all'ufficiale di stato per costituire automaticamente il rapporto di filiazione con entrambi i soggetti, anche in questa ipotesi la costituzione del rapporto di filiazione, almeno apparentemente, non trova fondamento nell'atto di consenso espresso ai sensi dell'art. 6, legge 40\2004. In questo contesto, la convivente non incontra difficoltà nell'ottenere la menzione di madre nell'atto di nascita, giacché risulta essere, anche dall'atto di parto, effettivamente la donna che ha partorito, risultando irrilevante, soprattutto in assenza di conflitto con la madre genetica, l'assenza del collegamento genetico col minore; il convivente, invece, anche se non legato biologicamente al nato, viene riconosciuto padre in virtù del riconoscimento, dichiarazione in relazione alla quale non è richiesta l'allegazione di analisi cliniche dalle quali si ricavi la corrispondenza genetica con il bambino che si intende riconoscere né, in sua assenza, l'eventuale esibizione della documentazione attestante il ricorso della coppia alle pratiche di procreazione medicalmente assistita⁴¹³.

Nell'ambito della costituzione del rapporto filiale la rilevanza del consenso, inteso quale elemento innovativo rispetto alla disciplina generale della filiazione, emerge piuttosto nella già vista disposizione che impedisce alla madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, d.p.r. n. 396\2000; tale norma si fonda sulla *“ratio di tutela del nascituro volta ad evitare che il genitore, in questo caso la madre, possa rimeditare sul consenso già espresso all'applicazione della tecnica di procreazione artificiale ed evitare di*

⁴¹² Salvo non voler accedere ad una diversa prospettiva che ritiene possibile riconoscere un doppio status genitoriale: A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, cit., 238, il quale, in riferimento al caso romano dell'ospedale Pertini, ha ritenuto compatibile con il nostro sistema ordinamentale e, anzi, preferibile, attribuire la maternità ad entrambe le donne, evitando in tal modo di dover privilegiare l'apporto biologico a scapito del contributo genetico.

⁴¹³ S. PICCININI, *op. cit.*, 66.

assumersi le responsabilità derivanti dal rapporto di filiazione”⁴¹⁴: *ratio* che giustifica una deroga espressa alla disciplina dello stato civile⁴¹⁵.

Inoltre, dove emerge con forza la rilevanza del consenso è nell’ambito delle azioni di stato, nel contesto delle quali la medesima *ratio* di tutela del nascituro non soltanto impedisce a colui che ha prestato il consenso all’inseminazione artificiale della moglie di esercitare l’azione di disconoscimento di paternità e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 9, comma 1, legge 40\2004), ma permette anche al minore, nell’ipotesi in cui dall’atto di nascita non emerga lo *status* di figlio della coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione eterologa, “*di identificare il proprio genitore in ragione della “verità” della sua nascita, grazie al consenso irrevocabile alla tecnica di procreazione artificiale*”⁴¹⁶.

In questo contesto, sia che venga esercitata l’azione di reclamo (art. 249 c.c.), sia che venga azionata la domanda di accertamento giudiziale della maternità e della paternità (art. 269 c.c.), la prova in giudizio deve avere ad oggetto non tanto la corrispondenza genetica tra i presunti genitori e il minore (che potrebbe non esserci affatto), quanto la volontà da loro manifestata di accedere alle tecniche di fecondazione assistita⁴¹⁷.

In conclusione, nonostante il consenso – a causa sia del mancato coordinamento della legge n. 40\2004 con la disciplina codicistica sia, soprattutto, a ragione del mancato aggiornamento della normativa regolamentare

⁴¹⁴ U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 502.

⁴¹⁵ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 679; si sono mostrati critici verso la disposizione: G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., 816; F. BORRELLO, *Intervento*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI, Milano, 2010, 133.

⁴¹⁶ M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, cit., 10.

⁴¹⁷ M. FINOCCHIARO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida dir. Dossier*, 2004, 3, p. 36; A. Renda, *L’accertamento della maternità*, cit., 155; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 367; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1744; V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, IV, 4355; B. CECCHINI, *op. cit.*, 258; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 119; M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, cit., 10.

dell'ordinamento di stato civile che non tiene conto delle novità apportate dall'avvento delle tecnologie bio-mediche – non rappresenti ancora un sistema autonomo di costituzione della filiazione⁴¹⁸, svolge lo stesso un ruolo fondamentale nel nostro sistema: risponde all'esigenza di rafforzare le difese del nato da procreazione medicalmente assistita, il quale, in assenza di una deroga espressa, si troverebbe esposto a conseguenze molto spesso gravose derivanti dall'applicazione diretta della disciplina generale della filiazione⁴¹⁹.

Occorre, adesso, chiedersi se la stessa valenza di tutela dell'interesse del minore che viene assegnata all'espressione della volontà procreativa possa essere riconosciuta anche nell'ambito della fattispecie della maternità surrogata altruistica, nel caso in cui la madre committente, moglie o convivente del padre genetico del minore, con il quale ha espresso il consenso alle tecniche, intenda ottenere la menzione della maternità nell'atto di nascita.

5.1 REGOLA DEL CONSENSO E COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE CON LA MADRE INTENZIONALE.

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 discende una lacuna della disciplina applicabile alla filiazione da maternità surrogata solidale: spetta dunque all'interprete – che intenda dare effettività al diritto della coppia intenzionale – trarre 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 solidale.

In questa prospettiva, un ostacolo può essere rappresentato proprio dall'impossibilità di estendere gli effetti della regola che fonda sul consenso la genitorialità da procreazione medicalmente assistita alla fattispecie della maternità

⁴¹⁸ *Contra*, M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40, cit.*, 13, per il quale “la filiazione conosce dunque un vero e proprio tertium genus, oltre a quella naturale e a quella adottiva, dove (così come accade nell'adozione) non i dati biologici ma il principio del consenso, dell'autoresponsabilità e dell'interesse del minore divengono canoni unici ed inderogabili per la determinazione della genitorialità legalmente riconosciuta”.

⁴¹⁹ Diversi esempi in questo senso si ritrovano in U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, cit.*, 1750.

surrogata. Tuttavia, dal momento che la gestazione per altri relazionale non è una pratica vietata dalla legge – o almeno non lo è nella prospettiva qui accolta – e, quindi, rientra tra le tecniche ammesse, i figli nati mediante essa hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o al di fuori del vincolo coniugale a seconda della condizione giuridica dei componenti della coppia che ha espresso il consenso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40\2004⁴²⁰.

Inquadrata la maternità surrogata solidaristica tra le tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse, ne discende che la coppia intenzionale, purché formata da soggetti in possesso tanto dei requisiti oggettivi quanto di quelli soggettivi richiesti dalla legge al fine di accedere alla fecondazione artificiale

⁴²⁰ Per estendere alla maternità surrogata altruistica gli effetti che l'art. 8, legge n. 40\2004, ricollega al consenso non occorre quindi prendere posizione sulla questione se tale disposizione intenda limitare gli effetti del consenso soltanto all'ipotesi di fecondazione medicalmente assistita eseguita nel rispetto dei limiti di legge: I. CORTI, *La procreazione assistita*, cit., 533; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 696; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1739; ovvero se tali effetti rilevino anche nei casi in cui la fecondazione sia stata effettuata in violazione di legge: C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 156; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 103; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 131; M. MORETTI, *op. cit.*, 276; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 1068; B. SALONE, *op. cit.*, 177. Il problema sorge giacché il legislatore ha colpevolmente omesso di occuparsi dello *status filiationis* del nato a mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita poste in essere in assenza dei requisiti richiesti dalla legge – si è solo espressamente occupato dell'ipotesi in cui venga violato il divieto di eterologa –, creando così una lacuna nel sistema della legge n. 40\2004. In particolare, se, dopo la sentenza n. 162\2014 della Consulta, risulta oramai risolto il dubbio se tale norma si applichi direttamente anche alla fattispecie della fecondazione eterologa, rimane aperta la questione se si possano estendere gli effetti del consenso di cui all'art. 8, legge 40\2004, anche alla fattispecie della maternità surrogata. In senso affermativo, anche traendo forza proprio dall'apparato argomentativo della sentenza della Corte: M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40, cit.*, 24 e M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *www.articolo29.it*, 2018, 10. Di contro, anche all'interno della stessa dottrina favorevole all'estensione degli effetti del consenso, si rifiuta però l'ipotesi che in materia di maternità surrogata possa operare direttamente il criterio di attribuzione dello *status* di figlio previsto dall'art. 8, legge 40\2004, anche sulla base dell'argomento che se il legislatore avesse voluto avrebbe adottato la diversa regola fondata sul consenso, almeno per l'ipotesi nella quale la madre committente fosse collegata geneticamente al nato: C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 156; A. VALONGO, *op. cit.*, 175. Nella stessa prospettiva, nonostante emerga il dubbio “*se, nel silenzio del legislatore, si possa pervenire alla medesima soluzione applicando in via analogica il principio che fonda il rapporto di genitorialità sul consenso, espresso dagli artt. 8 e 9, comma 1, legge n. 40\2004*”: U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1752; anche V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 271, si esclude che un tale effetto possa derivare indirettamente, dal momento che “*il silenzio serbato sulla diversa – e comparativamente più grave – fattispecie surrogatoria, per converso, è sintomatico della volontà legislativa di non sottrarre la maternità surrogata*” dall'applicazione dei “*principi della filiazione naturale accolti dal codice civile*”: B. SALONE, *op. cit.*, 178; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1752; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 703; T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, cit., 493; M. SESTA, *La filiazione*, cit., 363.

(artt. 4 e 5, legge 40\2005), possa esprimere, nel rispetto dell'art. 6, legge 40\2004, un valido consenso produttivo, come tale, degli effetti di cui agli artt. 8 e 9, legge 40\2004⁴²¹.

In concreto, una volta esclusa la possibilità che l'ufficiale di stato civile attribuisca la maternità ad una donna che non ha partorito, almeno in assenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria che espressamente lo vincoli in tal senso, l'interesse del nato alla costituzione del rapporto con entrambi i soggetti della coppia che ha dato origine alla sua nascita, può trovare riconoscimento, anche in questo frangente, all'esito dell'esercizio delle azioni di stato.

Tuttavia, se nell'eventualità in cui la madre intenzionale sia anche la madre genetica la prova in giudizio si fonda principalmente sulla corrispondenza genetica fra la donna e il minore, nell'ipotesi nella quale la madre intenzionale non abbia fornito i propri gameti, la prova del rapporto che la lega al minore non può che basarsi sul consenso espresso congiuntamente al proprio *partner* ai sensi dell'art. 6, legge 40\2004.

In altri termini, mentre nel primo caso la solidarietà rappresenta il contesto all'interno del quale si è svolta la vicenda procreativa, e il consenso espresso dai genitori intenzionali assume un ruolo di secondo piano rispetto al riscontro genetico, nel secondo caso la stessa solidarietà e, soprattutto, il consenso manifestato dalla coppia committente acquisiscono una rilevanza centrale⁴²².

Rilevanza centrale ma non inedita per il nostro ordinamento, dal momento che attualmente si ritiene che nel caso in cui dall'atto di nascita non si evinca lo *status* di figlio della coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione eterologa, la *ratio* di tutela del nato da procreazione medicalmente assistita richieda che la

⁴²¹ Traendo argomento dal confronto con la disciplina sull'adozione si potrebbe sostenere, di contro, l'insufficienza del consenso nella costituzione del rapporto filiale rispetto a una persona già nata: cfr., *ex multis*, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Milano, 2018, 765. Al riguardo, ci si può limitare a precisare in questo contesto quanto già affermato precedentemente, e cioè che tale difformità nella costituzione del rapporto filiale trova ragione nel collegamento genetico tra la coppia intenzionale e il minore, che è assente invece nell'adozione.

⁴²² Aperture in questo senso sono state manifestate già da F. MACIOCE, *Fecondazione assistita e maternità sociale*, in *Verso nuove forme di maternità?*, *cit.*, 113, per il quale comunque "l'interesse a realizzare la paternità e la maternità non potrebbero mai spingersi fino all'ipotesi di totale esclusione di qualsiasi partecipazione e collaborazione genetica da parte di almeno uno dei soggetti della coppia".

dimostrazione del consenso possa essere fatta valere, anche in sede di reclamo dello stato di figlio ovvero di dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, senza che assuma alcun rilievo, nei confronti del genitore che non ha fornito il proprio contributo biologico, la mancanza di conformità genetica⁴²³.

In questo contesto, la stessa *ratio* di tutela che permette già di affermare il rapporto genitoriale fra i soggetti che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa e il nato, consente al giudice di riconoscere come genitori coloro che hanno espresso il consenso alla maternità surrogata, a nulla rilevando la mancanza di collegamento genetico dal lato materno.

Di conseguenza, se sposati, i genitori intenzionali possono agire con l'azione di reclamo: in questo caso, non avendo la madre intenzionale contribuito con i propri gameti alla formazione dell'embrione, la prova non si fonda sulle risultanze genetiche, ma sul consenso espresso, ai sensi dell'art. 6 e con il valore dell'art. 8, legge n. 40/2004.

In particolare, la coppia deve dimostrare di essere in possesso dei requisiti di cui agli artt. 4 e 5 legge n. 40/2004; di aver fatto ricorso solidaristicamente ad una madre surrogata – a tali fini può essere indispensabile il ricorso a testimonianze e presunzioni; e di aver formato un embrione con il seme del padre intenzionale: quest'ultimo profilo risulta di centrale importanza, dal momento che, come già esposto in precedenza, l'affidamento del minore al suo genitore genetico si pone al di fuori della fattispecie penalmente rilevante di cui all'art. 71, comma 1, legge n. 184/1983.

Nel caso in cui non sia sposata, invece, la madre intenzionale può procedere con il riconoscimento del minore. In particolare, se di fronte ad una richiesta di riconoscimento *ex art. 250 c.c.* l'ufficiale di stato civile non può far altro che rifiutarla, attesa persino l'assenza di collegamento genetico della madre intenzionale, deve accogliersi l'ipotesi che un giudice, al quale il conflitto venga devoluto, ammetta il rapporto di filiazione del minore con entrambi i membri della coppia, compresa la madre non genetica.

A sostegno di questa soluzione depongono diversi ordini di ragioni, a partire dal già espresso rilievo che la nostra fattispecie, a differenza dei casi di cui si sono

⁴²³ Così U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1744;

occupati tanto le corti superiori nazionali quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo, non muove dall'assunto dell'illegalità della figura nell'ordinamento nazionale⁴²⁴. Milita in questa direzione anche il rilievo che assume attualmente nel nostro ordinamento la scelta come strumento tecnico di attribuzione della filiazione⁴²⁵.

Inoltre, il collegamento genetico dal lato paterno, da un lato, esclude una possibile violazione della legge sull'adozione e, dall'altro lato, testimonia l'intenzione della coppia di accogliere il bambino al proprio interno fin da prima della nascita.

Non ultimo, si deve tenere conto anche delle conseguenze discendenti dalla soluzione negativa: considerare inammissibile la costituzione del rapporto di filiazione con il minore – che non avrebbe altra possibilità di accedere ad una duplice, piena figura genitoriale (stante l'anonimato sia della madre di parto che della donna che ha fornito i gameti) – costituisce una lesione del suo interesse, ponendosi in contrasto con il principio della bigenitorialità che emerge – almeno a livello potenziale – tanto dal sistema normativo delle disposizioni che regolano il rapporto di filiazione, quanto dalla disciplina sull'ammissibilità dell'accesso alle tecniche procreative⁴²⁶.

In una diversa prospettiva, che consideri illegale la maternità surrogata nonostante il suo carattere altruistico, la carenza del collegamento genetico fra la madre intenzionale e il minore potrebbe essere fatta valere al fine di sostenere che nel nostro ordinamento risulti impedito il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre sociale, il cui rapporto con il minore andrebbe piuttosto protetto con strumenti normativi diversi da quelli che istituiscono lo *status filiationis* (art. 315 c.c.), quali quelli previsti dagli artt. 330, 333, 342 bis, c.c. e 44 legge n. 183\1984,

⁴²⁴ Anche le recenti Sezioni unite n. 12193/2019, *cit.*, 737, pur essendosi espresse su di una fattispecie di maternità surrogata gratuita – in Canada è vietato retribuire la madre surrogata: Assisted Human Reproduction Act - S.C. 2004, c. 2 (Section 6) –, hanno mostrato di condividere l'orientamento maggioritario per il quale il divieto vieterebbe ogni forma di maternità surrogata, compresa quella altruistica.

⁴²⁵ In questo senso, già E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, *cit.*, 1041.

⁴²⁶ M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, *cit.*, 11.

funzionalmente idonei a proteggere quel genere di relazioni di fatto⁴²⁷. Il possibile esito di questa prospettiva – nella misura in cui salvaguardare il rapporto con la madre sociale risulti, in concreto, rispondente al migliore interesse del minore e sempre che si accolga l’indirizzo seguito dalla giurisprudenza dominante⁴²⁸ – sarebbe disporre l’adozione nei casi particolari a favore del *partner* del genitore (art. 44, lett. d), legge n. 183\1984)⁴²⁹.

Nonostante questa soluzione sembri rafforzarsi all’indomani di due importanti pronunce della Corte costituzione⁴³⁰ e delle Sezioni unite della Cassazione⁴³¹, e

⁴²⁷ 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, se le parti coabitano o se mantengono comunque una relazione stabile. La Corte ha avuto modo più volte di dichiarare – malgrado l'assenza di legami genetici – l'esistenza di una vita familiare tra i genitori affidatari (Moretti e Benedetti c. Italia, 27.4.2010, Kopf e Liberda c. Austria, 17.1.2012) o adottivi (Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, 28.6.2007) e il bambino, sulla base degli stretti legami intercorsi fra loro, del ruolo genitoriale rivestito dagli adulti e del tempo passato insieme (v. anche la più volte citata Paradiso e Campanelli c. Italia, 27.1.2015 e 24.1.2017): tutte consultabili in www.hudoc.echr.coe

⁴²⁸ Una soluzione nel senso dell’ammissibilità di un’interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 8 e 9 l. 40/2004, volta ad assicurare il diritto del minore alla duplice figura genitoriale, si trova nelle recenti pronunce del Tribunale di Bologna, 03.07.2018 e del Tribunale di Pistoia, 05.07.2018, entrambe in www.articolo29.it, con le quali i giudici hanno consentito il riconoscimento della genitorialità in capo ad entrambe le “madri”, considerando irrilevante la violazione dei requisiti previsti dalla legge; *contra*, Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1569, con nota di A.G. GRASSO.

⁴²⁹ In questo senso, R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1000. In giurisprudenza, v. Trib. min. Milano 28.03.2007, in *Fam. e min.*, 2007, 83; App. Firenze 4.10.2012, in *Minorigiustizia*, 2013, 366; Trib. min. Roma, 30.07.2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di J. LONG; confermata da Cass., 22.06.2016, n. 12962, in *Giur. it.*, 2573, con nota di A. SPADAFORA; Trib. min. Roma 23.12.2015 e 31.12.2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 969 ss., con nota di M. FARINA.

⁴³⁰ Soluzione questa autorevolmente condivisa anche dai Giudici costituzionali – Corte Cost., 272/2017, *cit.*, 6 –, i quali, in relazione ad un caso avente ad oggetto la dichiarazione di una donna che aveva riconosciuto quale figlio un minore in forza di un certificato di nascita formato all’estero, trascritto nel registro dello stato civile, il quale, in realtà, era stato partorito da altra donna nell’ambito di un accordo di maternità surrogata, hanno dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della regola, posta dall’art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio nato fuori dal matrimonio possa essere accolta soltanto quando rispondente all’interesse del minore. Ai nostri fini è importante sottolineare che nell’ottica seguita dal Giudice delle leggi non rappresenterebbe una riduzione di tutela disporre l’adozione nei casi particolari (ammessa dalla giurisprudenza dominante) 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.

⁴³¹ Cass., sez. un., n. 12193/2019, *cit.*, 737. Le Sezioni unite, espresse in relazione al noto caso dei due padri recatisi in Canada per realizzare una maternità surrogata gratuita, hanno negato la richiesta di trascrivere l’integrazione disposta dal giudice canadese degli atti di nascita dei due gemelli col nome del compagno del genitore biologico – domanda inizialmente accolta dalla Corte d’appello di Trento: App. Trento, 23.2.2017, *cit.*, 994 –, pur manifestando esplicite aperture sulla possibilità di conferire rilievo alla relazione genitoriale mediante il ricorso all’adozione nei casi particolari.

possa anche risultare in linea con quanto di recente ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³², sulla percorribilità di questa opzione, almeno nella fattispecie qui presa in esame, possono tuttora nutrirsi dubbi⁴³³. Secondo le Sezioni unite della Cassazione, l'impossibilità di costituire un rapporto di filiazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 315 c.c. troverebbe ragione nell'esigenza di tutelare la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, *“perche' soltanto a tale istituto (...), e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”*. Tuttavia, se sono questi i beni fondamentali protetti dal divieto penale⁴³⁴, qualora si dimostri che la dignità della donna non sia stata in concreto violata – perché il contributo della gestante è stato improntato allo spirito

⁴³² Questa posizione, di recente, sembra aver trovato un indiretto riscontro anche nell'Advisory Opinion reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *cit.*, 757, concernente le modalità del riconoscimento del rapporto parentale tra il nato mediante maternità surrogata praticata all'estero e la madre intenzionale, non legata a lui geneticamente, richiesto dalla Corte di cassazione francese. La Corte europea ha sostenuto che, in una situazione nella quale *“a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law: 1) the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the European Convention on Human Rights requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”; 2) the child's right to respect for private life does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used”*. Alla luce di questo secondo punto, pertanto, potrebbe risultare legittimo riconoscere in Italia il rapporto che lega la madre intenzionale, geneticamente irrelata, al figlio del proprio marito o convivente attraverso l'istituto dell'adozione nei casi particolari, piuttosto che direttamente attraverso la costituzione dello *status filiationis*.

⁴³³ In questo senso, A. LECIS, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, *GenIUS*, 2019, 1, 79.

⁴³⁴ Così ricostruito il divieto penale di maternità surrogata sembra appartenere alla categoria dei reati di pericolo, e cioè di quei reati in cui la tutela penale risulta anticipata perché l'offesa consiste già nella semplice messa in pericolo del bene giuridico. Tuttavia, in assenza di precedenti giurisprudenziali, è possibile anche sostenere che si tratti di un reato cd. a pericolo astratto, per l'accertamento del quale il giudice non deve verificare se il bene giuridico protetto sia stato effettivamente messo a rischio (reati cd. a pericolo concreto), potendosi limitare ad appurare che il comportamento posto in essere rientri tra quelli che comunemente espongono a pericolo il bene protetto dalla norma. Se adottata, tale prospettiva potrebbe indurre a ritenere che anche il comportamento volto a realizzare un'ipotesi di maternità surrogata altruistica rientri tra i comportamenti punibili, poiché idoneo a mettere anche solo astrattamente a rischio la dignità della donna e l'effettività dell'istituto dell'adozione. Ciò non impedisce, tuttavia, di considerare venute meno quelle ragioni di ordine pubblico che precludono la costituzione diretta del rapporto di filiazione una volta dimostrata la mancata violazione della dignità della donna e della disciplina dell'adozione, a prescindere dalla punibilità o meno dei genitori intenzionali.

solidaristico⁴³⁵ – e che la disciplina dell’adozione non sia stata elusa – perché sussistente almeno un collegamento genetico fra i genitori intenzionali e il minore – vengono meno le stesse ragioni di ordine pubblico indicate dalle Sezioni unite per precludere la costituzione diretta del rapporto di filiazione tra la coppia intenzionale e il minore.

A prescindere dal rilievo che nel giudizio di stato può avere la mancata violazione della dignità della donna e della disciplina dell’adozione, sulla percorribilità di questa opzione possono nutrirsi ulteriori dubbi; sia perché all’interno della stessa giurisprudenza non sono mancate posizioni contrarie⁴³⁶, sia perché, almeno secondo parte della dottrina, da tale istituto continuerebbero a

⁴³⁵ Salvo che si adotti una concezione assoluta di dignità, tanto estesa da farla coincidere con la nozione di indisponibilità. Seppure sostenuta in dottrina, sulla legittimità di tale concezione si possono nutrire dubbi, soprattutto alla luce del rilievo costituzionale rivestito dal diritto all’autodeterminazione.

⁴³⁶ Trib. min. Torino, 11.09.2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 205, con nota di L. NOCCO; Trib. min. Milano, 17/10/2016 e 20.10.2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 171, con nota di G. FERRANDO. L’orientamento contrario all’adottabilità del figlio del *partner* intende in senso esclusivamente fattuale il presupposto della constatata impossibilità di affidamento preadottivo e, di conseguenza, riferisce la disposizione solo al minore del quale, a motivo delle sue condizioni personali, non è possibile disporre l’adozione piena. In dottrina in questo senso: E. BILOTTA, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 870; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2019, 447; A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell’omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. it.*, 2573; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, 1203; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare, ius conditum, “vivens”, condendum*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 264; A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell’adozione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 723. Di contro, l’indirizzo maggioritario, che ha trovato riscontro anche nella recente Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, *cit.*, 737, preferisce una lettura estensiva di tale norma, la quale ricomprenderebbe non solo l’ipotesi dell’impossibilità di fatto, ma, anche l’ipotesi dell’impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, determinata dall’assenza dello stato di abbandono del minore, in quanto già adeguatamente accaduto: Trib. min. Milano 28.3.2007, in *DeJure*; App. Firenze, 4.10.2012, *ined.*; Trib. min. Roma 30.7.2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109 ss., con nota di J. LONG; App. Roma 23.12.2015, n. 7127, in *DeJure*; Trib. min. Roma 22.10.2015, in *DeJure*; Trib. min. Roma 23.12.2015 e 31.12.2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 969 ss., con nota di M. FARINA; App. Torino, 27.5.2016, in *Foro it.*, 2016, 1, 1910; App. Milano, 1.12.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 271, con nota di F. TOMMASEO; Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135, con nota di G. FERRANDO. In dottrina in questo senso: S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell’unione civile*, in *GenIUS*, 2016, II, 102; G. FERRANDO, *Il problema dell’adozione del figlio del partner*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1213; C. IRTI, *L’adozione del figlio del convivente (omosessuale)*, in *Familia*, 2016, 295; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1711; M. WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all’interno di una realtà omogenitoriale*, in www.giustiziacivile.com; J. LONG, *L’adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109; L. NOCCO, *L’adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell’art. 44 lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 205.

discendere, anche dopo la riforma della filiazione, effetti minori rispetto al rapporto di piena genitorialità, non istaurando l'adottato legami di parentela con i familiari dell'adottante (art. 74 c.c.)⁴³⁷.

Inoltre, anche a voler ritenere trascurabili queste differenze, ostano all'accoglimento di questa soluzione alcune considerazioni fondate sull'atteggiarsi dell'istituto dell'adozione e sulla sua funzione.

È già stato sottolineato che, a differenza dell'adozione della coppia o del singolo, la quale vale ad attribuire al minore un nucleo familiare o un genitore sostitutivo rispetto a quello di origine, nel caso dell'adozione da parte della madre intenzionale del nato a seguito di gestazione di altri tale circostanza non si verifica

⁴³⁷ Se attorno a questa conclusione vi era in passato unanimità in dottrina: *ex multis*, M. DOGLIOTTI, *L'adozione*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, IV, 4, Torino, 2011, 517; C. CIRAIOLO, *Sub art. 44*, l. n. 184/1983, nel *Commentario del codice civile*, IV, a cura di L. BALESTRA, Torino, 2010, 249; successivamente alla riforma e, in particolare, alla luce del nuovo testo dell'art. 74 cod. civ., per il quale si ha parentela anche "nel caso in cui il figlio è adottivo", tranne che "nei casi di adozione di persone maggiori d'età", parte autorevole della dottrina ha ritenuto di fatto abrogato il richiamo dell'art. 300 c.c. da parte dell'art. 55 l. n. 183/1984, ricavandone la conseguenza per la quale il legislatore avrebbe inserito "a pieno titolo nella rete della parentela dei suoi genitori anche il figlio adottato da minorenni con l'adozione in casi particolari": L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 202; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838; V. DOSSETTI, *La parentela*, in DOSSETTI – MORETTI – MORETTI, *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, 20; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525; E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam.*, 2014, 838 ss; J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, in *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, 258; G. DI ROSA, *Sub art. 74 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, I, a cura di G. DI ROSA, Torino, 2018, 13. Tale prospettiva, peraltro, sembra trovare conferma nella più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nella misura in cui si ritiene che l'adozione in casi particolari garantisca al minore una tutela pressoché analoga a quella discendente dal rapporto di piena genitorialità. Tuttavia, a fronte di questo orientamento, altra parte dell'accademia continua a ritenere che con l'adozione in casi particolari non si istaurino rapporti con i parenti dell'adottante: M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 235; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 544; A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, 7; F. BOCCHINI, *La famiglia di fatto tra filiazione e convivenze more uxorio*, in ID, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 272; C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus-online*, 2015, 19; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 1008; A. SASSI – F. SCAGLIONE – S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, 343. Indici in questo senso emergono dalla Relazione illustrativa dello "Schema di d.lgs. volto a dare attuazione alla delega contenuta nella legge 10.12.2012, n. 219", là dove si afferma che "il riferimento ai figli adottivi, contenuto nella Disposizione [art. 74 c.c.], deve essere inteso in relazione alla così detta adozione 'piena', cioè all'adozione dei minori di età che, ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 184/1983, per effetto dell'adozione acquistano lo stato di figlio "legittimo" (da ora "nato nel matrimonio") degli adottanti".

dal momento che manca una figura materna alternativa, “*atteso il rifiuto della gestante di assumere il ruolo di madre e l'impossibilità di istituire il legame giuridico con l'eventuale differente donatrice dell'ovulo*”⁴³⁸.

Peraltro, l'adozione, come più volte affermato dalla Suprema corte⁴³⁹, costituisce l'*extrema ratio* nella tutela del minore, al quale va innanzitutto garantito il diritto del di crescere ed essere educato nella famiglia entro la quale è nato: “*l'adozione, in altri termini, si inserisce in una vicenda generativa già formata e, spesso, consolidata in capo a soggetti differenti dagli aspiranti genitori*”⁴⁴⁰, mentre il riconoscimento del rapporto fra il minore e il genitore intenzionale non si sovrappone ad altra precedente figura parentale.

Nella stessa prospettiva, si evidenzia anche come l'adozione dei minori intervenga di necessità in un momento successivo all'attuazione della vicenda procreativa realizzata da una coppia diversa da quella formata dagli o dall'adottante, mentre nella filiazione realizzata tramite maternità surrogata la scelta della coppia di genitori intenzionali è “*il motore che ha dato avvio alla nascita del bambino/a (che si vuole successivamente adottato da uno di essi) e che lo accoglie nel suo seno dalla nascita, senza alcuno iato né cronologico né affettivo*”⁴⁴¹.

Non ultimo, l'adozione in casi particolari rischia di non tutelare adeguatamente l'interesse del minore alla stabilità delle relazioni familiari, essendo revocabile nei casi stabiliti dalla legge⁴⁴².

⁴³⁸ M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., 17; cfr. anche App. Napoli, 4.7.2018, in www.articolo29.it, 6.

⁴³⁹ Cass. civ., 01.02.2000, n. 1095, in *Giust. civ.*, 2000, I, 988; Cass. civ., sez. I, 18.12.2015, n. 25526, in www.italgiure.it; Cass. civ., sez. I, 30.06.2016, n. 13435, in *Foro it.*, 2017, I, 3171, con nota di C.M. BIANCA; Cass. civ., sez. I, 14.04.2016, n. 7391, in www.italgiure.it; Cass. civ., sez. I, 17.10.2016, n. 20936, in www.ilcaso.it; Cass. civ., sez. I, 16.02.2018, n. 3915, in www.italgiure.it;

⁴⁴⁰ M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., 17.

⁴⁴¹ M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., 17.

⁴⁴² In questo senso, L. LENTI, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, cit., 14. La disciplina in materia prevede innanzitutto che, fino a quando la sentenza d'adozione non sia emanata, tanto l'adottante quanto l'adottato possano revocare il consenso (art. 47, legge n. 184/1983). Inoltre, l'adozione in casi particolari è soggetta a revoca, su pronuncia dal Tribunale, nei seguenti casi: per indegnità dell'adottato, quando l'adottato maggiore di 14 anni abbia attentato alla vita dell'adottante o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero si sia reso

6. IL CONFLITTO TRA MADRE INTENZIONALE E MADRE SURROGATA.

All'atto del parto la madre gestante potrebbe decidere di esercitare il diritto di essere nominata nell'atto di nascita, assumendo in tal modo su di sé la responsabilità genitoriale del nato⁴⁴³. In questo contesto, occorre tornare a sottolineare che nell'ambito della maternità surrogata la gestante può essere legata anche geneticamente al minore, avendo fornito i propri gameti per la creazione dell'embrione, ovvero può non esserlo, provenendo gli stessi da una terza donna, donatrice anonima, oppure dalla madre intenzionale.

Prima di soffermarci diffusamente su quest'ultima fattispecie – distinguendo la situazione nella quale la madre di parto sia sposata da quella nella quale non lo sia – confrontiamoci con l'ipotesi in cui la madre intenzionale, pur non essendo connessa geneticamente al minore, intenda ottenere la menzione della maternità nei registri anagrafici al posto della partoriente; domandandoci per prima cosa se esistono degli spazi nel nostro ordinamento per riconoscere *de iure condito* la maternità alla madre intenzionale – ovviamente attraverso l'esercizio delle azioni di stato, visto che l'atto di nascita è già stato formato –, facendo emergere, da un canto, il valore di “rinuncia” alla genitorialità insito nel consenso espresso dalla madre surrogata all'atto dell'accordo e, dall'altro canto, il valore di attribuzione della responsabilità genitoriale proprio del consenso reso dai genitori intenzionali⁴⁴⁴.

In realtà, nonostante la suggestione, non sembra che allo stato attuale della legislazione sussistano spazi nel nostro ordinamento per riconoscere la maternità alla committente in questi casi, anche qualora i gameti provengano da una donatrice anonima, stante, da un lato, l'assunzione di responsabilità da parte della

colpevole verso di loro di un delitto punibile con pena detentiva non inferiore a tre anni (art. 51, legge n. 184/1983); per indegnità dell'adottante, quando i medesimi fatti siano stati compiuti dall'adottante contro l'adottato, oppure contro il suo coniuge, i suoi discendenti o gli ascendenti di lui (art. 52, legge n. 184/1983); infine, la revoca può anche intervenire per violazione dei doveri che incombono sugli adottanti.

⁴⁴³ Se sposata, può direttamente dichiarare la nascita ovvero, nel caso in cui l'evento venga denunciato da un altro dei soggetti a ciò espressamente legittimati, può semplicemente non manifestare alcuna volontà contraria, escludendo così il realizzarsi degli effetti di cui all'articolo 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000; mentre, se non sposata, deve personalmente procedere al riconoscimento del figlio.

⁴⁴⁴ Si è posta questo stesso tipo di interrogativo anche S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, cit., 36.

gestante e, dall'altro lato, soprattutto la mancanza di collegamento genetico con il minore da parte della committente⁴⁴⁵. Per quanto concerne il primo profilo, come già sottolineato, all'atto di consenso originario della madre di parto non può essere attribuita alcuna funzione preventivamente abdicativa del futuro ruolo di madre, pena la violazione del principio di indisponibilità degli *status*, all'interno del quale alla volontà privata è concesso sì un ruolo nell'acquisizione ed estinzione degli *status*, ma solo nella misura in cui lo stesso venga riconosciuto o direttamente attribuito dall'ordinamento⁴⁴⁶. Mentre, per quanto concerne il secondo profilo, almeno in assenza di un legame genetico fra il nato e la madre intenzionale, non è ipotizzabile che il valore di attribuzione della responsabilità genitoriale proprio del consenso possa giungere a negare lo *status* di madre legale acquisito dalla gestante una volta esercitato il diritto di essere nominata nell'atto di nascita.

In conclusione, il c.d. "pentimento" della madre surrogata, pur non essendo molto diffuso, è comunque un avvenimento ricorrente – almeno stando ai dati provenienti dai Paesi in cui la pratica è ammessa⁴⁴⁷ – ed è congenito all'inevitabile imprevedibilità del fenomeno della surrogazione: da questo punto di vista, i genitori intenzionali devono accettare l'assunto che la gestazione per altri è una pratica rischiosa per tutti i soggetti coinvolti, dipendendo la realizzazione del loro progetto genitoriale dalla combinazione di molti e diversi fattori⁴⁴⁸.

Nel caso in cui, invece, la madre intenzionale abbia fornito i propri gameti per la formazione dell'embrione, si può avanzare il dubbio – anche se al più per respingerlo⁴⁴⁹ – che la presenza di un tale presupposto possa condurre l'interprete

⁴⁴⁵ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Procreazione umana e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 12; T. AULETTA, *La fecondazione artificiale*, cit., 56; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., 52; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 214.

⁴⁴⁶ Cfr. B. CARBONI, *op. cit.*, 31.

⁴⁴⁷ D.L. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Family law quarterly*, vol. 49, 2015, 29; S.F. APPLETON, *Reproduction and regret*, in *Yale journal of law and feminism*, 2012, 256.

⁴⁴⁸ R. VALE e REIS, *Procriação medicamente assistida: a gravitas da jurisprudência*, cit., 50.

⁴⁴⁹ Indici in questo senso si possono trarre anche dall'esperienza comparatistica, in particolare di quegli ordinamenti europei nei quali è ammessa la surrogazione materna solidaristica, i quali escludono, una volta che la madre surrogata abbia scelto di assumere la responsabilità genitoriale del nato, che i genitori intenzionali possano validamente opporsi a tale decisione. In Inghilterra, ad

ad attribuire la maternità alla madre genetica⁴⁵⁰, nonostante l'intervenuta formalizzazione del rapporto genitoriale da parte della gestante⁴⁵¹.

Occupiamoci, adesso, dell'ipotesi nella quale la madre intenzionale decida di far valere la propria posizione di madre genetica al fine di ottenere la menzione della maternità nei registri anagrafici al posto della gestante; in altri termini, allorché intenda far emergere la discrasia tra il contributo biologico – il quale, in ogni caso, rimane fermo in capo alla gestante – e il contributo genetico di cui può invero vantare l'appartenenza.

Di fronte a tale evenienza la valutazione varia, 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 volte ad evitare intromissioni di terzi⁴⁵², oppure no.

Ciò premesso, nel caso in cui la gestante, o meglio la madre, visto che ha già esercitato il proprio diritto di essere nominata, sia sposata, la verità biologica del concepimento potrebbe essere fatta valere – fermi i limiti soggettivi di cui all'art.

esempio, se la madre di parto si rifiuta di affidare in modo spontaneo il minore alla coppia intenzionale, questa non può avanzare una domanda volta ad ottenerne l'affidamento. Similmente in Portogallo, il Tribunal Constitucional de Portugal, 24.04.2018, n. 25/2018 (v. nota 320), nel dichiarare incostituzionale la legge n. 25/2016, ha affermato fra l'altro la necessità che il legislatore fissi un termine entro il quale la madre surrogata abbia la possibilità di cambiare idea dopo il parto in merito all'assunzione del ruolo di madre, una volta assunto il quale i genitori intenzionali non possono rivendicare diritti sul minore. Per un diffuso esame dell'esperienza comparatistica, non solo europea, si rinvia a S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, cit., 82.

⁴⁵⁰ P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, cit., 1986, 401; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., 55; G. CASSANO, *Commento a Trib. Roma 17.2.2000*, cit., 175; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, cit., 765.

⁴⁵¹ Indicazioni in questo senso possono discendere dall'esame di alcuni celebri casi decisi dalla giurisprudenza americana, nell'ambito dei quali i giudici, in caso di conflitto, pur in assenza di una previsione di legge *ad hoc* hanno riconosciuto il rapporto legale con i genitori intenzionali, qualora ci fosse un legame genetico tra loro e il minore e laddove la madre surrogata non avesse prestato 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).

⁴⁵² Sulle logiche di protezione della famiglia "legittima" dalle pretese e ingerenze esterne v. anche S. CACACE, *op. cit.*, 913.

243 *bis* c.c.⁴⁵³ – attraverso un’applicazione analogica dell’azione di disconoscimento di paternità⁴⁵⁴, testualmente riferita soltanto all’accertamento negativo del vincolo genetico tra figlio e presunto padre. Tuttavia, una soluzione in questo senso è già stata respinta in giurisprudenza nel noto caso dello scambio di embrioni all’ospedale Pertini di Roma, sulla base dell’argomento che il rapporto genetico assume una rilevanza recessiva rispetto all’interesse del figlio a mantenere il rapporto affettivo con la madre che lo ha partorito e con il proprio coniuge⁴⁵⁵.

Sempre considerando il caso in cui la partoriente sia sposata, la verità biologica del concepimento potrebbe altrimenti essere fatta valere attraverso la

⁴⁵³ Non risulta possibile teorizzare una legittimazione attiva della madre genetica perché la stessa si porrebbe insanabilmente in contrasto con il quadro normativo attuale – che, come detto, tende a tutelare la famiglia “legittima” dalle intrusioni esterne –, all’interno del quale nemmeno il vero padre biologico ha la possibilità di agire con l’azione di disconoscimento di paternità per fare accertare la propria condizione. Nel caso di specie, quindi, non potendo comunque agire direttamente la madre genetica, potrebbe farlo il marito della partoriente ovvero, più probabilmente, il minore per il tramite di un curatore ai sensi dell’art. 244, comma 6, c.c.

⁴⁵⁴ Non esiste nel nostro ordinamento infatti uno strumento apposito per consentire di rimuovere lo *status filiationis* nei confronti della madre partoriente, a differenza di quanto avviene con l’azione di disconoscimento di paternità: M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 938; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, *cit.*, 24.

⁴⁵⁵ Trib. Roma, sez. civ. I (Pres. A. MANGANO, Rel. C. PRATESI), 10.05.2016, consultabile all’indirizzo www.biodiritto.org. In subordine i coniugi, consapevoli delle difficoltà di sostenere la loro posizione nel quadro normativo attuale, chiedevano che la legislazione vigente, che reputavano inadeguata a regolare avvenimenti del genere, fosse portata davanti all’attenzione della Corte costituzionale, per possibile contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30, 117 Cost., in relazione all’art. 8 CEDU. Nonostante la richiesta sia poi stata respinta dal collegio romano, il quale non ritenne di poter individuare una soluzione normativa necessitata dal rispetto dei valori costituzionali, al punto da sottrarla alla discrezionalità legislativa, rimangono delle perplessità, già espresse da parte della dottrina, in merito all’irragionevolezza di continuare a disciplinare la costituzione del rapporto materno secondo principi totalmente diversi da quelli che stanno alla base del rapporto paterno, anche alla luce dei fondamentali canoni di eguaglianza formale e sostanziale: P. ZATTI, *Maschere del diritto*, *cit.*, 214; G. MILAN, *La madre su commissione*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 319, il quale, pur rilevando la frattura rispetto all’accertamento della paternità, la sola rispetto alla quale è possibile tendere alla coincidenza della verità formale con la verità genetica, ritiene comunque che l’interprete non possa andare al di là, non attribuendo la maternità alla gestante; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, *cit.*, 765; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, *cit.*, 99.; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Biolaw journal*, 2016, 2, 28, per la quale “la maternità deve potersi accertare secondo il criterio generale della compatibilità genetica al pari della paternità, in ossequio al principio di pari trattamento delle identiche situazioni soggettive dei due genitori”. Di contro, però, si obietta che un tale approccio, improntato all’essentialismo genetico, rischia di ridurre al ruolo di “incubatrice” colei che ha contribuito, con la gestazione, al concretizzarsi di una vita umana, instaurando un rapporto che la nascita non può troncargli; relazione, questa, che giustificerebbe le perduranti differenze nella costituzione e nella salvaguardia del rapporto filiale materno e paterno: ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status*, *cit.*, 400; G. CASSANO, *Commento a Trib. Roma 17.2.2000*, *cit.*, 177; M. CALOGERO, *op. cit.*, 158.

contestazione dello stato di figlio, azione, questa, proponibile da chiunque vi abbia interesse⁴⁵⁶, diretta a rimuovere appunto lo stato di colui il quale risulta dall'atto di nascita come figlio di determinati genitori i quali, però, non lo siano veramente⁴⁵⁷: si tratterebbe di configurare, in via interpretativa, un'ulteriore ipotesi di proposizione dell'azione di contestazione dello stato di figlio, oltre agli espressi casi della sostituzione di neonato e della supposizione di parto (artt. 239, comma 1, e 240 c.c.)⁴⁵⁸. *Ex adverso*, una valutazione di segno contrario emerge

⁴⁵⁶ Prima della recente riforma qualche autore aveva messo in discussione che la legittimazione spettasse anche a color che pretendevano essere i veri genitori, i quali in realtà hanno interesse a contestare lo stato per poter poi procedere al riconoscimento: E. BILOTTI, *Legittimazione all'azione di contestazione dello stato di figlio. Imprescrittibilità*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, vol. II, del modulo *Della famiglia*, cit., 147, per il quale, alla luce di questo loro interesse, “non si vede allora per quale ragione tale legittimazione dovrebbe essere esclusa, sempre che – si intende – si tratti di autentica contestazione, e cioè di una azione volta a rimuovere uno dei presupposti dell'accertamento della filiazione nel matrimonio diversi dall'attribuzione di paternità in capo alla marito della madre”.

⁴⁵⁷ In dottrina, si sono occupati specificamente dell'azione di contestazione dello stato di figlio, *ex multis*: A. CICU, *La filiazione*, cit., 86; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 417; G. BONILINI, *op. cit.*, 332; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 341; M. SESTA, *Filiazione*, cit., 461; M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, cit., 1751; A. GORGONI, *La filiazione*, cit., 28; E. BILOTTI, *Contestazione dello stato di figlio*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, vol. II, del modulo *Della famiglia*, cit., 69; anche R. ROSSI, *Le azioni relative allo stato di figlio*, Milano, 2014, 53.

⁴⁵⁸ Già in passato in dottrina è stata proposta l'applicazione analogica dell'art. 240 c.c., seppure con riferimento alla senz'altro diversa vicenda che ha avuto luogo all'ospedale Pertini di Roma, poc'anzi richiamata, assimilandosi lo scambio degli embrioni allo scambio di neonati: M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, cit., 99; I. CAGGIANO, *op. cit.*, 57; A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 159. Pur facendosi notare che l'applicazione analogica dell'azione anche al caso dello scambio di embrioni possa comunque risultare una soluzione insoddisfacente, soprattutto per il rilievo che hanno la gravidanza e il parto nella costituzione della relazione affettiva tra il nato e la partoriente, si è ciononostante sostenuto che “in un ordinamento che ammette l'azione di contestazione in caso di scambio di neonati, senza termini di prescrizione, è legittimo dubitare sull'accoglimento legislativo di un principio favorevole alla prevalenza dell'interesse del minore a vivere con la famiglia che lo ha accolto e non con quella biologica (che in origine corrispondeva con quella genetica)”: U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1761, nota 78; *contra*, M.G. BUGETTI, *op. cit.*, 937. Inoltre, l'attuale testo dell'art. 248 c.c. non contiene – a differenza di quello vigente antecedentemente la riforma del diritto di famiglia del '75 (il legislatore del 2012 ha solo aggiunto un ultimo comma per disciplinare il caso in cui il figlio interessato a promuovere l'azione sia minorenne) – “una elencazione di ipotesi nelle quali l'azione di contestazione della legittimità è esperibile, demandando, quindi, in un certo senso, all'interprete l'individuazione delle cause di contestazione della legittimità”: M. DI NARDO, *Le azioni di stato*, in *Trattato dir. fam. Zatti*, II, cit., 250; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, 34; già F. PROSPERI, *Della filiazione legittima*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, *Della famiglia*, vol. I, Napoli, 2010, 918. In altri termini, in questa prospettiva l'art. 240 – in linea del resto con l'interpretazione corrente dello stesso art. 239 c.c., che elenca i casi in cui è possibile procedere con l'azione di reclamo: C. CIRAIOLO, *Contestazione e reclamo dello stato di figlio*, cit., 69 – dovrebbe essere inteso come una disposizione recante un elenco né tassativo né esaustivo delle ipotesi nelle quali è possibile contestare lo stato di figlio: E. BILOTTI,

dal tenore letterale della riforma della disciplina della filiazione, qualora si interpreti la mancata previsione della non corrispondenza tra la maternità genetica e la maternità biologica come volontà implicita del legislatore di escludere tale fattispecie dall'elenco delle situazioni in cui è contestabile lo *status* di figlio⁴⁵⁹.

La soluzione si presenta, almeno apparentemente, meno complessa nel caso in cui la partoriente abbia proceduto al riconoscimento del figlio, non avendo legami coniugali; in questo caso, non venendo in considerazione i meccanismi che tuttora proteggono l'integrità della famiglia "legittima" dalle possibili intrusioni di soggetti esterni, la discrasia tra la verità del parto e la verità genetica potrebbe essere fatta valere mediante l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, azione che, ai sensi dell'art. 263 c.c., legittima "*chiunque vi abbia interesse*" – compresi coloro che ritengono essere i veri genitori⁴⁶⁰ – ad agire qualora l'autore del riconoscimento non sia effettivamente il genitore della persona riconosciuta⁴⁶¹.

Tuttavia, non basta evocare l'astratta compatibilità per risolvere il dubbio se effettivamente all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa ricorrere la madre genetica che intenda affermare il proprio titolo di maternità al posto della madre di parto, anche perché in dottrina si è contrariamente sostenuto che "*il parametro per contestare la veridicità del riconoscimento non sia la verità genetica, ma quella gestazionale e del parto della madre*"⁴⁶².

Per superare questo rilievo occorrerebbe accogliere un'interpretazione evolutiva della disciplina sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, che consenta l'impugnazione della maternità non soltanto allorché la

Contestazione dello stato di figlio, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, vol. II, del modulo *Della famiglia*, cit., 71.

⁴⁵⁹ In questo senso B. SALONE, *op. cit.*, 179. Potrebbe rappresentare tuttavia una forzatura interpretativa affidare l'esclusione di tale fattispecie semplicemente al silenzio del legislatore: cfr. I. CAGGIANO, *op. cit.*, 64.

⁴⁶⁰ Espressamente in questo senso A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 436; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 350.

⁴⁶¹ Cfr., per un quadro essenziale sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, A. CICU, *La filiazione*, cit., 204; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 434; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 343; M. SESTA, *Filiazione*, cit., 472; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 349; A. CAGNAZZO, *op. cit.*, 166; A. GORGONI, *La filiazione*, cit., 46; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, cit., 60; R. ROSSI, *op. cit.*, 79.

⁴⁶² M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 938.

donna non abbia partorito, ma anche nel caso in cui la gestante non abbia alcun vincolo genetico con il nato⁴⁶³.

Non ultimo, per ammettere che la madre genetica possa effettivamente avvalersi dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità al fine di far emergere la discrasia fra verità genetica e verità biologica, andrebbe inoltre superato anche il contrario rilievo secondo il quale *“vero è che la maternità può essere data con ogni mezzo, e dunque anche con prove genetiche; tuttavia, tali prove debbono considerarsi strumentali alla identificazione tra la donna che ha partorito e chi si vuole accertare essere la madre, ma mai volte a superare di per sé solo il fatto storico della madre come colei che partorisce”*⁴⁶⁴.

Al riguardo, nonostante l'originaria intenzione del legislatore del 1975 – al quale si deve l'introduzione del secondo comma dell'art. 269 c.c., per il quale *“la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo”* – fosse quella di agevolare l'identificazione del legame tra la donna che aveva partorito e chi si voleva accertare essere la madre, possono tuttavia nutrirsi dubbi sul fatto che questo dato storicamente ineccepibile possa oggi assumere anche una valenza assiologica, sotto forma di divieto di utilizzare le prove cliniche per far emergere la mancanza di corrispondenza genetica tra la donna che ha proceduto al riconoscimento e il minore che è stato riconosciuto. Né questo rilievo sembra potersi ricavare implicitamente dal silenzio del legislatore della più recente riforma, sia per le considerazioni che sono già state espresse in precedenza, sia perché se avesse voluto escludere questa ipotesi dal campo di applicazione dell'art. 263 c.c. avrebbe potuto modificare in tal senso la norma restringendone la portata applicativa⁴⁶⁵.

⁴⁶³ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1762, nota 80, il quale sottolinea che *“tale proposta interpretativa è fondata nel sistema almeno quanto lo era il criterio della filiazione per consenso accolto dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale prima dell'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita”*.

⁴⁶⁴ M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 938.

⁴⁶⁵ In quel caso un discorso diverso sarebbe stato vagliare la legittimità costituzionale di una scelta legislativa del genere, che, in caso di conflitto, identificasse la madre esclusivamente in colei che partorisce: cfr. A. RENDA, *Lo scambio di embrioni*, cit., 215, nota 23.

7. LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO FILIALE DAL LATO PATERNO.

La posizione del padre intenzionale all'interno del fenomeno della maternità surrogata e, quindi, anche la sua aspirazione a costituire un legame di tipo genitoriale con il minore, rimane un tema spesso ignorato dalla dottrina, sia nazionale che internazionale, per lo più concentrata – ovviamente – sulla figura della madre, nonostante anch'esso presenti, almeno nel contesto italiano, delle problematiche di difficile risoluzione in mancanza di un apposito intervento legislativo.

Iniziamo con l'occuparci dell'ipotesi nella quale il padre intenzionale abbia fornito il proprio seme per la formazione dell'embrione. Anche rispetto alla posizione paterna occorre distinguere l'ipotesi in cui la partoriente decida di non essere nominata nell'atto di nascita dal caso opposto, dipendendo da ciò la diversità delle soluzioni prospettabili.

Soffermiamoci adesso sulla fattispecie più semplice, nella quale la gestante manifesti, ai sensi dell'art. 30, d.p.r. n. 396/2000, la volontà di non comparire nella dichiarazione di nascita. In questo contesto, occorre di nuovo distinguere a seconda se il padre intenzionale sia sposato oppure no.

Nell'eventualità in cui sia coniugato può agire insieme alla moglie con l'azione di reclamo, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 239, comma 2, c.c., tanto nel caso in cui entrambi siano i genitori genetici del minore quanto qualora il marito soltanto abbia fornito il seme per la formazione dell'embrione; le due situazioni si differenziano però in ordine al regime probatorio.

Nel primo caso, in cui entrambi i coniugi sono collegati geneticamente al minore, il marito ottiene automaticamente la menzione di paternità nei registri anagrafici una volta riconosciuta in giudizio la qualità di madre (genetica) della moglie, risultando non necessario fornire anche la prova del legame genetico paterno con il minore.

Mentre, nel secondo caso, in cui soltanto il marito è connesso geneticamente al nato, la prova della filiazione non può comunque reggersi sulla dimostrazione del collegamento genetico che lo lega al minore, atteso che il nostro sistema di attribuzione della genitorialità nell'ambito del matrimonio – compresa l'assegnazione della paternità al marito –, si basa esclusivamente sulla prova della

maternità della moglie⁴⁶⁶; prova che in questo caso non può contare sul dato di corrispondenza genetica tra la moglie e il minore, non avendo la madre intenzionale contribuito con i propri gameti alla formazione dell'embrione. In mancanza di un collegamento genetico, la prova della filiazione della madre intenzionale è da fondarsi sul consenso espresso ai sensi dell'art. 6 legge n. 40/2004, ossia un consenso legalmente espresso.

Pertanto, come si è già avuto modo di vedere, qualora in una coppia sposata soltanto il marito sia collegato geneticamente al minore, i genitori intenzionali devono comunque dimostrare nell'azione di reclamo di essere in possesso dei requisiti di cui agli artt. 4 e 5 legge n. 40/2004; di aver espresso un valido consenso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004; di aver fatto ricorso solidaristicamente ad una madre surrogata; e di aver formato un embrione con il seme del padre intenzionale.

Diversamente, il marito può decidere di riconoscere direttamente il minore di fronte all'ufficiale di stato civile, facendo valere il proprio legame genetico – e ciò anche se avesse fatto ricorso illecitamente alla surrogazione di maternità commerciale⁴⁶⁷. Tuttavia, occorre considerare che, al di fuori dell'azione di reclamo, la moglie non può ottenere in altro modo il riconoscimento della propria qualità di madre ai sensi e per gli effetti dell'art. 315 c.c., potendo avanzare al più domanda di adozione in casi particolari una volta consolidato il rapporto con il figlio del proprio consorte. Né indici in senso contrario emergono dalla giurisprudenza Cedu, la quale ha sì riconosciuto l'esistenza di un'unione di vita familiare tra il nato e i genitori intenzionali pur in presenza del solo collegamento genetico dal lato paterno, evidenziando, di conseguenza, l'obbligo per gli Stati di

⁴⁶⁶ Sul sistema di attribuzione della genitorialità nel matrimonio e sul ruolo della moglie\madre nella disciplina sulla filiazione v. A. RENDA, *L'accertamento della maternità, cit.*, 126.

⁴⁶⁷ In questo caso, come del resto accade ogniqualvolta avviene un riconoscimento da parte di persona sposata di un figlio nato fuori dal matrimonio non riconosciuto dall'altro genitore, l'ufficiale di stato civile trasmetterebbe comunicazione della sua dichiarazione al competente Tribunale per i minorenni per accertarne l'effettiva veridicità, in forza dell'art. 74, legge n. 184/1983. È noto che tale norma tende ad evitare che le disposizioni sulla adozione possano essere fraudolentemente aggirate mediante falsi riconoscimenti e pertanto disciplina un procedimento, il quale inizia d'ufficio in base ad una semplice segnalazione del fatto, all'interno del quale il Tribunale ha un ampio potere di indagine, allo scopo di accertare, in via preventiva e sommaria, se sussistono le condizioni per la nomina del curatore speciale che dovrà poi iniziare le dovute azioni di stato: v., tra le varie, Cass., 17.2.2006, n. 3563, in *www.italgiure.it*.

proteggere legami affettivi di questo tipo⁴⁶⁸, ma ha altresì rimesso agli Stati membri la scelta circa i mezzi più idonei a riconoscere il rapporto che lega la madre intenzionale non genetica al minore: i giudici europei hanno, infatti, ritenuto conforme alla Convenzione la costituzione del rapporto filiale anche se instaurata all'esito del ricorso ad altri istituti, quali l'adozione, purché venga assicurata la rapidità e l'effettività dell'attuazione del diritto alla vita privata del minore⁴⁶⁹.

Mentre, nell'eventualità nella quale non sia sposato, a differenza della propria convivente, il genitore intenzionale (genetico) può direttamente procedere al riconoscimento del figlio al fine di ottenere la menzione della paternità nell'atto di nascita.

Il padre intenzionale incontra, invece, molte più difficoltà a far emergere la verità del concepimento nel caso in cui la madre surrogata sposata decida al momento del parto di volere assumere su di sé la responsabilità genitoriale, dal momento che, in virtù della presunzione di paternità (art. 231 c.c.), per l'ordinamento padre è automaticamente il marito della partoriente⁴⁷⁰.

In questo contesto, occorre innanzitutto evidenziare che il padre intenzionale *de iure condito* non gode di alcuno strumento diretto a rimuovere la paternità del marito della gestante, giacché l'azione specificamente a ciò destinata, e cioè il disconoscimento di paternità, può essere proposto dal figlio, dalla madre e dal marito di lei, ma non da un terzo, anche ove costui sia il genitore biologico o genetico del bambino⁴⁷¹: anche dopo la recente riforma della filiazione, quindi,

⁴⁶⁸ Corte eur. dir. uomo, 26/06/2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, *cit.*, 561; Corte eur. dir. uomo, 21.7.2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 8.7.2014, *D e altri c. Belgio*, *cit.*

⁴⁶⁹ Corte eur. dir. uomo, 10.4.2019, *Advisory Opinion*, *cit.*, 757.

⁴⁷⁰ Difficoltà che allo stato attuale divengono insuperabili laddove il padre intenzionale non sia anche il padre genetico del minore, in quanto non sussistono spazi nel nostro ordinamento per riconoscere in forza del consenso espresso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004, la paternità al padre intenzionale in tale ipotesi, anche qualora il seme provenga da un donatore anonimo e non dal marito della gestante, stante, da un lato, la regola di cui all'art. 231 c.c. e, dall'altro lato, soprattutto la mancanza di collegamento genetico con il minore da parte del padre intenzionale: tale mancanza non consente nemmeno di ragionare su di un possibile superamento del principio per cui padre è il marito del figlio concepito o nato durante il matrimonio.

⁴⁷¹ A. VALONGO, *op. cit.*, 109. È già stato rilevato che rispetto alla paternità, i termini 'biologico' e 'genetico' "sono adoperabili sinonimicamente, a differenza che per la maternità": RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, *cit.*, 228, nota 62.

non è stato ritenuto prevalente il diritto del vero padre a far emergere la verità della filiazione sull'esigenza di proteggere la famiglia fondata sul matrimonio da possibili intrusioni esterne⁴⁷².

Il padre intenzionale non può nemmeno agire con l'azione di contestazione, visto il suo carattere di residualità, la quale non può essere utilizzata da colui che pretende essere il padre allo scopo di accertare la verità della paternità biologica, pena l'elusione della disciplina posta dall'art. 243 bis c.c. la quale consente la proposizione dell'azione soltanto alla madre, al marito e al figlio⁴⁷³.

Né può procedere al riconoscimento del nato quale suo figlio, stante l'impossibilità ex art. 253 c.c. di un riconoscimento da parte del padre biologico contrastante con lo stato di figlio nato nel matrimonio in cui la persona si trova⁴⁷⁴. Tuttavia, qualora il disconoscimento di paternità venga promosso dal marito della madre di parto ovvero da parte del figlio, per il tramite di un curatore ai sensi dell'art. 244, comma 6, c.c.⁴⁷⁵, il precedente riconoscimento del padre intenzionale acquisterà efficacia con la sentenza di disconoscimento, grazie alla retroattività della sentenza⁴⁷⁶. In ogni caso, anche se non avesse proceduto in

⁴⁷² Questione diversa è se tale scelta normativa sia coerente con i valori costituzionali, tanto alla luce del diritto del minore all'identità personale, quanto alla luce del principio di uguaglianza, data la disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio, rispetto ai quali l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità può essere esercitata da chiunque vi abbia interesse, compreso il padre biologico: anche sulla scorta di queste considerazioni, nel famoso caso romano dello scambio di embrioni, già più volte richiamato, la coppia di genitori genetici aveva per il lato paterno esercitato l'azione di disconoscimento, richiedendo al giudice di sollevare la controversa questione della legittimità costituzionale dell'art. 243 bis c.c., nella parte in cui non contempla il padre genetico tra i soggetti legittimati ad agire. Nel merito la questione è stata poi respinta dal giudice romano: Trib. Roma, sez. I civile, 08.08.2014, *cit.*, 197, il quale ha potuto contare su una lunga serie di precedenti che avevano finito col giustificare la scelta del legislatore, tanto della Corte costituzionale: Corte cost., 27.9.1991, n. 429, in *Foro.it*, 1992, I, 2908, quanto della Cassazione: Cass., 18.9.1986, n. 5661, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2068; Cass., 10.1.1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, 959.

⁴⁷³ Cass., 10.1.1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, c. 959; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 635, con nota di M. DI NARDO; Cass., 25.3.2000, n. 3529, in *Famiglia*, 2002, 533, con nota di E. VARANO; anche App. Catania, 7.5.1990, in *Giur. mer.*, 1992, 883, con nota di R. PIRRONE.

⁴⁷⁴ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 76.

⁴⁷⁵ M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, *cit.*, 91.

⁴⁷⁶ Riconoscimento reso però in una forma diversa dalla dichiarazione all'ufficiale di stato civile, quale ad esempio il testamento o più in generale un atto pubblico, ai sensi dell'art. 254 c.c. In altri termini, l'atto con il quale un figlio concepito durante il matrimonio sia stato in precedenza riconosciuto da altri come figlio naturale, se originariamente privo di effetti, perché inidoneo a contrastare il più favorevole stato di figlio legittimo, viene ad acquistare piena operatività a seguito della retroattiva caducazione di tale stato per il passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'azione di disconoscimento di paternità del suddetto figlio: Cass., 3.6.1978, n. 1782, in *Foro it.*,

precedenza a riconoscere il minore attraverso un atto pubblico, una volta accolto il disconoscimento promosso dal marito della madre surrogata, potrebbe procedere con il riconoscimento di fronte all'ufficiale di stato civile⁴⁷⁷, essendo venuto meno lo stato di figlio nato nel matrimonio⁴⁷⁸.

Nonostante risulti relativamente meno frequente, non si può escludere il caso che la maternità surrogata possa anche servire a superare i problemi di infertilità maschile, abbinati all'incapacità della donna – seppur potenzialmente fertile – di iniziare e/o portare a termine una gravidanza; in questo caso, l'embrione viene formato dall'unione del gamete della moglie/convivente con il seme di un donatore esterno, per poi essere impiantato nell'utero di una terza donna⁴⁷⁹.

In questo contesto, se il padre intenzionale è sposato – sempre che la madre di parto abbia in precedenza esercitato il proprio diritto di rimanere anonima nella dichiarazione di nascita – può agire congiuntamente alla moglie con l'azione di reclamo, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 239, comma 2, c.c., pur non essendo legato geneticamente al nato: in virtù della presunzione di paternità (art. 231 c.c.), che attribuisce direttamente al marito della partoriente la paternità, egli diviene automaticamente padre del nato una volta giudizialmente accertato il rapporto genetico tra la moglie e colui che si pretende essere il figlio: non viene in considerazione né il contesto della maternità surrogata all'esito della quale è sorto

1978, I, p. 1893 ss. con nota di C. JEMOLO, e in *Giust. civ.*, 1979, I, 151, con nota di A. FINOCCHIARO; Cass., 5.11.1997, n. 10838, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1043.

⁴⁷⁷ Una volta accolto il disconoscimento, il padre intenzionale può procedere con il riconoscimento di fronte all'ufficiale di stato civile anche se non è legato geneticamente al minore, in forza della rilevanza che assume il consenso legalmente espresso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004.

⁴⁷⁸ All'esito dell'accoglimento dell'azione di disconoscimento il minore avrebbe lo *status* di figlio nato fuori dal matrimonio riconosciuto dalla sola madre (surrogata): M. MORETTI, *op. cit.*, 253, nota 77. Una volta rimosso lo stato di figlio nato nel matrimonio, un ostacolo può ancora essere rappresentato, ove esistente, dal vincolo di parentela (in linea retta all'infinito o in linea collaterale fino al secondo grado) ovvero di affinità (in linea retta) fra il padre genetico e la madre surrogata, in quanto, pur essendo stato rimosso con la recente riforma della filiazione il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, il riconoscimento di quest'ultimi deve comunque tuttora essere preceduto dall'autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio: ostacolo questo che permane intatto nella sua portata anche quando la madre di parto non sia legata geneticamente al nato, dal momento che la disposizione normativa si preoccupa principalmente di scongiurare pregiudizi di natura psicologica per il minore, e non di natura medica, derivanti dalla sovrapposizione dei ruoli parentali: cfr. F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, *cit.*, 142; A. LA TORRE, *op. cit.*, 183.

⁴⁷⁹ Abbiamo già in precedenza escluso, per motivi principalmente legati alla possibile violazione della disciplina anche penale in materia d'adozione, che possano ricorrere alla maternità surrogata coppie del tutto irrelate geneticamente al minore.

il vincolo di filiazione, né la peculiare rilevanza costitutiva della genitorialità che ricopre il consenso all'interno della disciplina della procreazione medicalmente assistita⁴⁸⁰, in quanto già attraverso le ordinarie regole codicistiche è possibile per il padre intenzionale ottenere la menzione della paternità una volta riconosciuta la maternità alla moglie.

Il caratteristico rilievo costitutivo della genitorialità che assume il consenso all'interno della disciplina della procreazione medicalmente assistita viene invece in considerazione laddove non sia coniugato: in questo caso il padre intenzionale, al pari di colui il quale riconosce un figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa maschile, non commette il reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p., procedendo al riconoscimento del nato, proprio perché in forza del consenso legalmente espresso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004, risulta essere l'unico soggetto legittimato a rivendicare la paternità del minore, argomentando anche dal disposto di cui all'art. 9, comma 3, legge n. 40/2004, secondo il quale il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Sull'automaticità della presunzione di paternità, e su come il marito della gestante non possa in alcun modo sottrarsi al riconoscimento della propria paternità (finanche quando fosse convinto della propria estraneità all'atto procreativo) v. A. RENDA, *L'accertamento della maternità*, cit., 126.

⁴⁸¹ In pratica, tuttavia, la costituzione del rapporto filiale non trova, almeno formalmente, fondamento nell'atto di consenso espresso ai sensi dell'art. 6, legge 40/2004, dal momento che, come già sottolineato per l'ipotesi della fecondazione eterologa, il convivente, anche non legato biologicamente al nato, viene riconosciuto padre in virtù del riconoscimento, rispetto al quale non è richiesta l'allegazione di analisi cliniche dalle quali si ricavi la veridicità della dichiarazione, né, in assenza di corrispondenza genetica con il nato, è richiesta l'esibizione della documentazione attestante il ricorso della coppia alle pratiche di procreazione medicalmente assistita: lo stato viene considerato vero non perché corrisponde alla verità procreativa, ma perché "*è stato reso dalla persona astrattamente legittimata, accolto in quanto compatibile con le norme che regolano la filiazione naturale e reso pubblico attraverso l'atto di nascita*": S. PICCININI, *op. cit.*, 71. Diversamente, il rilievo che assume il consenso si rende anche esteriormente evidente nel caso in cui il riconoscimento del padre intenzionale venga impugnato per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c. – impugnazione possibile dacché la legge n. 40/2004 si è preoccupata di impedire a colui che abbia prestato il consenso alle tecniche di esercitare l'azione di impugnazione per difetto di veridicità (art. 9, comma 1, legge n. 40/2004), ma, allo stesso tempo, non si è curata di precludere a chiunque abbia interesse di esercitare la stessa azione. Si tratta di un'incongruenza del sistema che va corretta in via interpretativa, atteso che in assenza di collegamento genetico è sul consenso che si fonda l'accertamento della genitorialità, con il risultato che va escluso che il riconoscimento effettuato da colui il quale abbia prestato il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in forza degli artt. 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004 possa efficacemente essere impugnato ai sensi dell'art. 263 c.c.

In riferimento a quest'ultimo caso, quindi, il padre intenzionale può divenire legalmente il genitore del nato in virtù del riconoscimento⁴⁸², grazie alla rilevanza del consenso, mentre la convivente – la quale, seguendo questa prospettiva, deve essere la madre genetica del minore – ha comunque bisogno dell'intervento dell'autorità giudiziaria per essere apprezzata come tale dall'ordinamento, in sede di opposizione avverso il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di ricevere il suo riconoscimento, ovvero all'esito dell'accoglimento dell'azione per la dichiarazione giudiziale di maternità.

⁴⁸² Riconoscimento ovviamente proponibile anche nell'ipotesi in cui la gestante – non coniugata – abbia in precedenza già riconosciuto il minore, fattispecie rispetto alla quale non si pongono particolari problemi nella misura in cui il riconoscimento della madre surrogata non può che avere effetti solo nei suoi confronti, lasciando quindi aperta al padre intenzionale la possibilità di procedere ai sensi dell'art. 250 c.c. In questa circostanza, si potrebbero semmai porre difficili conflitti – da risolvere ai sensi dell'art. 250, comma 4, c.c. – nel caso in cui la madre gestante in un secondo momento rifiutasse il proprio consenso al riconoscimento del padre intenzionale del figlio infraquattordicenne (art. 250, comma 3, c.c.): cfr. C. LA FARINA, *Il caso "Baby M" alla luce dell'ordinamento italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, 477; M. MORETTI, *op. cit.*, 253; M. DOGLIOTTI, *Maternità 'surrogata', contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, *cit.*, 160. Osserva a proposito M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, *cit.*, 97, che "l'eventuale opposizione al riconoscimento da parte della donna partoriente, che appaia quindi come madre del nato, potrebbe, se del caso, risultare superabile in sede giudiziaria, sempre alla luce del prevalente interesse del minore, che di norma non sarà certo quello di non avere un padre"; *contra*, A.B. FARAONI, *op. cit.*, 285.

CAPITOLO TERZO

LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA VOLONTÀ NELLA GESTAZIONE PER ALTRI.

1. AUTONOMIA PRIVATA E SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.

Se ai diritti della personalità “morale” è permesso circolare secondo le regole del mercato, i diritti della personalità “fisica” sono informati alla logica della gratuità e della solidarietà⁴⁸³: indici in questo senso si rinvengono innanzitutto dal complesso della legislazione sovranazionale⁴⁸⁴ ed europea⁴⁸⁵, *in primis* dalla Carta di Nizza, la quale, se da un lato dispone il “*divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*” (art. 3, comma 2), dall’altro lato nulla di simile prevede “*in relazione agli altri attributi della persona e, in primo luogo, ai dati personali, i quali pure beneficiano, nell’art. 8, di un’ampia e incisiva garanzia di tutela*”⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Sull’utilità di differenziare i due sottosistemi dei diritti della personalità “fisica” e dei diritti della personalità “morale” v. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 139; G. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2013, 92.

⁴⁸⁴ Nel contesto internazionale spicca la Convenzione europea sulla biomedicina del 1996 (c.d. Convenzione di Oviedo), il cui art. 21 dispone che “*il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto*”; disposizioni simili si rinvengono nel Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana (artt. 21-22) e nel Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d’Europa sui diritti umani e la biomedicina, relativo alla ricerca biomedica e alla sperimentazione sull’uomo (art. 12).

⁴⁸⁵ Direttiva 2004/23/CE, relativa alla definizione di norme di qualità e sicurezza per la donazione, conservazione e distribuzione di cellule e tessuti umani, nella quale si stabilisce che gli Stati membri si adoperano “*per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule*” (art. 12, comma 1) e per garantire che “*l’approvvigionamento di tessuti e cellule in quanto tali avvenga su base non lucrativa*” (art. 12, comma 3); direttiva 2002/98/CE, concernente le norme di qualità e sicurezza per la raccolta e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti, che impone agli Stati membri di adottare “*le misure necessarie per incoraggiare le donazioni volontarie e gratuite di sangue per assicurare che il sangue e i suoi componenti siano forniti, per quanto possibile, mediante tali donazioni*” (art. 20, comma 1); direttiva 2001/20/CE, la quale esclude l’ammissibilità della pattuizione di un corrispettivo per la sperimentazione clinica, benché limitatamente all’ipotesi del minore e degli adulti incapaci di dare validamente il proprio consenso informato (artt. 4, lett. d e 5, lett. d).

⁴⁸⁶ G. RESTA, *op. ult. cit.*, 95.

Ignorato dalla disciplina codicistica⁴⁸⁷, soltanto con l'avvento della normativa di settore, tanto interna quanto sovranazionale, il principio di gratuità *“inizia ad essere configurato quale presupposto generale di liceità dell'atto”*, finendo con il rappresentare la manifestazione più significativa del processo di trasformazione (ancora in atto) del regime giuridico del corpo umano realizzato negli ultimi decenni dal concorrente operare di fonti di origine nazionale, europea e internazionale⁴⁸⁸.

In particolare, *“è nella legislazione speciale che il requisito della gratuità inizia ad essere configurato quale presupposto generale di liceità dell'atto”*⁴⁸⁹ e, nello specifico, nelle discipline dettate in materia di trapianti di organi tra viventi⁴⁹⁰, di trasfusioni⁴⁹¹, di sperimentazioni⁴⁹² e, infine, di procreazione medicalmente assistita⁴⁹³. Proprio rispetto alla materia della donazione di organi la gratuità rappresenta il mezzo per *“far entrare nel mondo giuridico ciò che altrimenti sarebbe destinato a rimanerne fuori, o perché vietato o perché ignorato*

⁴⁸⁷ Lo stesso art. 5 c.c. non subordina la liceità degli atti di disposizione del proprio corpo al presupposto della gratuità, né la dottrina più risalente desumeva la rilevanza della non corrispettività dalle clausole dell'ordine pubblico e del buon costume, anzi, predicava l'ammissibilità di contratti volti allo sfruttamento economico di parti del corpo o di prodotti dello stesso (si pensi al datore professionale di sangue o al contratto di baliatico): v. M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241; A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO – S. MAZZARESE, Milano, 2008, 74, per i quali l'art. 5 c.c. non escludeva, anzi intendeva ammettere, atti di scambio anche onerosi, purché entro i limiti fissati dallo stesso articolo; F. SANTOUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Roma, 2001, 163; D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995, 108; G. RESTA, *Doni non patrimoniali, cit.*, 520.

⁴⁸⁸ A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2012, 196; M. DELL'UTRI, *Sub art. 5 – Atti di disposizione del corpo*, in A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone. Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 470.

⁴⁸⁹ G. RESTA, *op. ult. cit.*, 97.

⁴⁹⁰ Nella legge sul trapianto del rene tra viventi si prevede che la dichiarazione di assenso al prelievo sia a titolo gratuito e non tolleri l'apposizione di elementi accidentali, né faccia sorgere *“diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente”* (art. 2, comma 4, legge n. 458/1967). Previsioni analoghe si rintracciano anche in altri testi di legge aventi ad oggetto: i prelievi e innesti di cornea (art. 1 legge n. 301/1993); il trapianto parziale di fegato (art. 1 legge n. 483/1999); i prelievi e i trapianti di organi e di tessuti (artt. 19 e 22 legge n. 91/1999); il riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo (art. 4 legge n. 52/2001).

⁴⁹¹ Artt. 1 e 2 legge n. 107/1990; artt. 2, 3, 4, 7 e 22, 3° co., legge n. 219/2005.

⁴⁹² Artt. 1, comma 5, e 5, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 211/2003.

⁴⁹³ Art. 12, comma 6, legge n. 40/2004.

dal diritto”⁴⁹⁴, in quanto esclude la mercificazione del corpo e garantisce uno scambio fondato sulla solidarietà al fuori dei meccanismi del mercato⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 63.

⁴⁹⁵ In questo contesto, occorre considerare che il principio di solidarietà investe aree ben più ampie di quelle in cui opera tradizionalmente la gratuità: S. RODOTA', *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 120. Infatti, se i contratti gratuiti, le donazioni e le promesse sono atti gratuiti in quanto privi di corrispettivo, “*ma giuridici e ‘giuridicizzati’, rilevanti per il diritto (statuale) in ogni momento e fase della loro ‘vita’*”, i comportamenti fondati esclusivamente sulla solidarietà – detti anche superetici – “*sono invece rilevanti per l’ordinamento statale solo in certe ipotesi e con limiti particolari*”: L. BOZZI, *op. cit.*, 211; sottolinea M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, cit., 848, che nel caso delle relazioni personali risulta “*più pertinente l’idea di una tendenziale irrilevanza per l’ordinamento giuridico delle scelte e degli assetti di interesse posti in essere da ciascuno/a; tuttavia, la possibile insorgenza di un conflitto e il valore costituzionale degli interessi coinvolti può richiedere una attenzione – preventiva, in certi casi (v. trapianti), o successiva, in altri (v. maternità surrogata) – dell’ordinamento in vista di un equilibrato componimento di diritti, valori, esigenze*”. Al riguardo si parla di “vecchie” e di “nuove” gratuità caratterizzate rispettivamente dal fatto che i primi sono negozi connotati dall’assenza di corrispettivo ma pur sempre aventi ad oggetto prestazioni suscettibili di valutazione economica (come, ad esempio, la donazione): v. G.B. FERRI, *Dall’economia della bontà all’economia del dolore*, Padova, 2005, 13, mentre i secondi sono atti fondati sulla solidarietà diretti ad attribuire a terzi determinati benefici di carattere ontologicamente non patrimoniale. Inoltre, la gratuità della donazione o di altri tipi di contratti in generale (si pensi al comodato o al mutuo a titolo gratuito) non è incompatibile con motivazioni tutt’altro che disinteressate e può financo coniugarsi con intenti remuneratori: G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione*, cit., 330, contrariamente alla logica che ispira gli atti superetici, inconciliabile con l’attesa di qualsiasi forma di contropartita per il disponente, non solo di tipo economico: A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, 18. Gli atti di disposizione del corpo e alcuni tipi di relazioni personali e familiari risultano perciò “eccentrici” proprio rispetto alla stessa distinzione tra atti onerosi e gratuiti, che trova applicazione ai soli negozi di attribuzione patrimoniale, in quanto la finalità solidaristica “*offusca gli elementi dello scambio e della patrimonialità*”: A. GALASSO – S. MAZZARESE, *op. cit.*, 62, emerge pertanto l’assenza di corrispondenza tra la categoria delle gratuità del diritto dei contratti e la gratuità come criterio regolatore delle relazioni personali e familiari. Se nell’ambito contrattuale la gratuità – costituendo una possibile (seppure eccezionale) “*alternativa al meccanismo dell’onerosità e/o della corrispettività che struttura i rapporti giuridici a contenuto patrimoniale*” – riguarda esclusivamente il profilo causale, esprimendo in sostanza “*il modo in cui le parti dispongono il proprio assetto di interessi in ordine a rapporti di natura patrimoniale*”, nell’ambito degli atti relativi al corpo la gratuità rappresenta invece anche “*una garanzia di integrità e libertà del consenso*”: M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, cit., 847. Proprio la considerazione di tali caratteristiche rende spesso inadeguati i riferimenti agli schemi giuridici tradizionali rispetto a queste “nuove forme di gratuità”, in quanto storicamente elaborati per esigenze legate all’acquisizione e alla circolazione della ricchezza e, pertanto, inadeguati a regolare comportamenti o situazioni che si collocano sovente nell’ambito della famiglia o delle relazioni personali e quindi funzionalmente differenti: v. G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., 514. Si tratta per altro verso di comportamenti che non possono essere ricondotti nel dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., dal momento che tra le prestazioni anche di natura personale che tale articolo “*impone in vista del pieno sviluppo della personalità in senso sociale non possono infatti ricomprendersi anche quelle prestazioni che vanno ad incidere su diritti fondamentali dell’individuo e che trovano parimenti nella Carta costituzionale la più ampia configurazione*”. Occorre pertanto marcare la differenza tra atti, quali compiere il servizio militare o pagare le tasse, che assumono la rilevanza di doveri sociali, e atti di solidarietà, quali la donazione di un organo, che non possono essere ricondotti nello stesso ambito del dovere sociale “*ma devono essere lasciati all’impulso umanitario, variabile da individuo a individuo, di arrecare beneficio ad altri*”: A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 17; concorda sul fatto che sia

Si inserisce appieno in questa serie di atti la maternità surrogata solidaristica, con i quali condivide la stessa logica, fondata sul presupposto che la gratuità tende a salvaguardare la spontaneità del gesto, escludendo il rischio di mercificazione del corpo umano e preservando il valore della dignità umana.

Una volta accolto l'assunto che i diritti della personalità "fisica" non possano circolare secondo una logica di scambio⁴⁹⁶, sarebbe conseguente escludere il contratto dalle figure all'interno delle quali è possibile inquadrare la gestazione per altri relazionale⁴⁹⁷.

Tuttavia, l'unica pronuncia avente ad oggetto un caso di maternità surrogata solidaristica realizzata in Italia prima dell'introduzione del divieto ha ricondotto la pratica in esame proprio all'interno della fattispecie contrattuale⁴⁹⁸ e, specificatamente, entro i confini del contratto atipico⁴⁹⁹, in tal modo richiamandosi al secondo comma dell'art. 1322 c.c. e al conseguente giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti⁵⁰⁰. Tale pronuncia è stata criticata su

errato il riferimento all'art. 2 Cost. rispetto ai comportamenti superetici: G.B. FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, cit., 130.

⁴⁹⁶ D. MESSINETTI, *Principio di gratuità e atti di disposizione del proprio corpo*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. BELVEDERE – C. GRANELLI, Padova, 2001, 5, per il quale "fuori dallo spazio regolativo, scandito dall'affermazione del principio di gratuità, non residua margine alcuno per la configurazione di contratti di disposizione, alienazione, o rinuncia, aventi ad oggetto il proprio corpo"; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2012, 248. Per una diversa prospettiva v. D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, cit., 8; C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, I, 777.

⁴⁹⁷ In questo senso, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 171; A. LA TORRE, *op. cit.*, 186; da ultimo, G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., 62; M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., 20.

⁴⁹⁸ Negli stessi termini si era espresso anche il Tribunale di Monza, 27.10.1989, cit., 298, ma in quel caso si trattava di una gestazione per altri commerciale, realizzata sulla base di un contratto in forza del quale la madre surrogata s'impegnava a sottoporsi ad inseminazione artificiale con il seme del committente, a portare avanti la gravidanza e ad affidare allo stesso e alla moglie di lui il nascituro, rinunciando a qualunque diritto nei suoi confronti e ricevendone in cambio un corrispettivo di L. 15.000.000 per la sua prestazione, da pagarsi alla compiuta esecuzione del contratto.

⁴⁹⁹ Tribunale di Roma, 17.2.2000, cit., 151. In realtà, da una lettura attenta delle motivazioni dell'ordinanza si scorge un uso promiscuo dei termini contratto e negozio, al punto tale che il giudice, pur riferendosi al contratto di maternità surrogata e al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., affermato che "laddove, come nel caso di specie, difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo stato concesso il consenso per spirito di liberalità" sarebbe preferibile parlare di negozio (spec. 154).

⁵⁰⁰ Nel merito, il Tribunale ritenne meritevole l'interesse perseguito, individuandolo nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori.

questo punto, sostenendosi che il richiamo allo schema contrattuale non sarebbe pertinente⁵⁰¹, dal momento che il contratto, ai sensi dell'art. 1321 c.c., è *“l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o modificare tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*. Ne discenderebbe, secondo tale orientamento critico verso la pronuncia del giudice romano, che la figura del contratto sarebbe richiamabile soltanto laddove l'accordo sottostante fosse caratterizzato dall'estremo della patrimonialità, rimanendo escluse quelle relazioni umane *“squisitamente personali e non venali”*⁵⁰².

Si potrebbe piuttosto ritenere che in presenza di un pagamento a favore della madre surrogata la “prestazione” assuma carattere patrimoniale e l'accordo possa configurarsi come contratto⁵⁰³. In questa prospettiva, la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione assunta dalla gestante – e posta alla base del contratto – assumerebbe natura patrimoniale in virtù della previsione di un corrispettivo, sulla base quindi della valutazione compiuta comunemente dalle parti⁵⁰⁴. Di contro, però, si sostiene che la previsione di un corrispettivo non trasformi la natura di

⁵⁰¹ Così I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 171.

⁵⁰² A. LA TORRE, *op. cit.*, 186, per il quale non sarebbe nemmeno sostenibile che *“per conferire a tale accordo la natura patrimoniale di cui è privo basta il costo economico dell'operazione chirurgica occorrente per attuarlo (impianto dell'embrione nell'utero). Che l'intervento sanitario, in sé considerato, formi oggetto di un contratto d'opera intellettuale (ex art. 2230 c.c.) è fuor di dubbio: ma questo intervento, seppure tecnicamente necessario per l'avvio della gravidanza surrogata, è e rimane giuridicamente estraneo al relativo accordo, che intercorre soltanto fra le parti interessate alla gravidanza stessa (donna o coppia genetica o coppia portatrice), per cui è soltanto entro quest'ambito soggettivo che deve essere valutato ai fini della (inesistente) patrimonialità”*.

⁵⁰³ Per una posizione favorevole alla configurabilità dei contratti di maternità surrogata v. R. LANZILLO, *op. cit.*, 635.

⁵⁰⁴ Tale prospettiva si fonda su di un orientamento che trae sostegno dalla Relazione al codice civile per il quale sarebbe sufficiente la previsione di un corrispettivo per trasformare la natura di una prestazione di per sé non suscettibile di valutazione economica in patrimoniale. In particolare, nella Relazione (n. 557) si afferma che *“la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale. Da ciò la necessità di valutare la pecuniarietà della prestazione considerando il rapporto nel suo complesso”*: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 78; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 256, il quale ritiene che a stabilire il carattere della patrimonialità di un'obbligazione possano servire svariati criteri, tra cui la comune volontà delle parti; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 8, il quale tra l'altro sottolinea come in giurisprudenza costituisca principio comunemente accettato *“che una prestazione in sé e per sé non patrimoniale possa dedursi in contratto, se a fronte di essa sia prevista una controprestazione patrimoniale (un prezzo di denaro, l'attribuzione di un bene); oppure se siano previste conseguenze economiche per la violazione dell'impegno (ad es. il pagamento di una somma a titolo di penale)”*.

una prestazione in sé non suscettibile di valutazione economica e, quindi, nello specifico, che “*il particolare coinvolgimento emotivo che, sul piano sociale, si reputa sussistere nella gravidanza e nella maternità*” escluda “*che si possa considerare suscettivo di valutazione economica, anche in presenza di un corrispettivo, la prestazione di una donna che accetta di surrogare la maternità*”⁵⁰⁵.

L’irriducibilità della maternità surrogata entro le logiche che governano la patrimonialità risulta rilevante anche per escludere la ricostruzione secondo la quale “*i successivi atti compiuti dalla gestante in osservanza di quanto dichiarato, non potendo qualificarsi come atti di adempimento di doveri giuridici, possano assimilarsi ad atti materiali di esecuzione di obbligazioni naturali ai sensi dell’art. 2034 c.c.*”⁵⁰⁶. Infatti, il richiamo all’obbligazione naturale – figura già evocata (seppure in forma di *obiter dictum*) dal giudice romano nel 2000⁵⁰⁷ – non sembra convincente dal momento che la fattispecie dell’obbligazione naturale resta “*ancorata a valori e interessi di carattere patrimoniale o, comunque, suscettibili di valutazione economica, che risultano incompatibili con le relazioni*

⁵⁰⁵ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1778, nota 17; cfr. anche I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 175; A. LA TORRE, *op. cit.*, 195; B. SALONE, *op. cit.*, 163. Tale impostazione trae argomento dalla concezione cd. oggettiva – attualmente maggioritaria in dottrina –, per la quale la patrimonialità costituisce un carattere obiettivo della prestazione: M. GIORGIANNI, *Obbligazioni*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 584; ID, *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, cit., 7; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 47; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato): nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 186, per il quale “*il giudizio sulla patrimonialità della prestazione deve esprimersi in termini obiettivi, adeguandolo alle convinzioni generalmente accettate nell’ambiente sociale con riguardo alla deducibilità in rapporto di un comportamento individuale. Occorre controllare se sotto il profilo sociale sia considerato ammissibile, e positivamente apprezzato che quel comportamento costituisca materia di un rapporto vincolante di fronte al diritto, giustificandosi così il sacrificio patrimoniale di un soggetto (il debitore, la cui libertà è limitata dal vincolo) e l’utilità di un altro soggetto (il creditore, cui viene attribuita la pretesa ed è garantita l’aspettativa)*”; M. BARCELLONA, *Attribuzioni normative e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, 676, per il quale “*il potere di obbligarsi è giuridicamente limitato a quanto può assumere rilevanza economica, ma l’assunzione di rilevanza economica è dal sistema fatta dipendere non dalla mera idoneità della prestazione a soddisfare un qualche bisogno bensì unicamente dalla circostanza che essa si presenti attualmente come ‘offerta’ e si giustapponga ad una potenziale ‘domanda’*”; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 5; L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, 27.

⁵⁰⁶ A. VALONGO, *op. cit.*, 177.

⁵⁰⁷ Trib. Roma, ord. 17.2.2000, cit., 151, spec. 154.

personali”⁵⁰⁸. Figura giuridica che, peraltro, non appare convincente neanche qualora il richiamo all’obbligazione naturale venga inteso in senso lato, a prescindere dalla considerazione per la quale la prestazione contemplata dall’art. 2034 c.c. rivesta carattere patrimoniale⁵⁰⁹, in quanto non si può escludere – anzi ci è sembrata la soluzione più corretta – che l’interesse superiore del minore giustifichi la richiesta della madre surrogata di riavere con sé il nato nonostante abbia in un primo tempo deciso di rinunciare al proprio ruolo di madre. È vero che, come già anticipato, una volta costituito il rapporto andrebbe tutelato nell’interesse del minore da ripensamenti della madre gestante. Tuttavia, risulta evidente la diversa rilevanza che può assumere un ripensamento manifestato giusto poco tempo dopo la scelta di esercitare il diritto di cui all’art. 30, d.p.r. n. 396/2000, da un pentimento emerso dopo anni dalla rinuncia a far valere il proprio titolo alla maternità, una volta consolidato il rapporto con i genitori intenzionali.

Per altro verso, dopo aver escluso che un accordo gratuito di gestazione per altri possa rientrare nella categoria del contratto, data l’assenza del carattere della valutabilità in termini economici⁵¹⁰, è stato ritenuto in concreto superfluo ogni

⁵⁰⁸ In questo senso, M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, cit., 845; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 183, per la quale il contesto nel quale è racchiusa la norma avvalorava l’orientamento per il quale tale disposizione sarebbe esclusivamente applicabile laddove si tratti di obbligazioni a contenuto patrimoniale.

⁵⁰⁹ P. MOROZZO DELA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., 103. Per approfondimenti riguardo al tema se è possibile configurare un’obbligazione naturale a contenuto non patrimoniale v. I. CORTI, *Maternità per sostituzione*, cit., 182, nota 27, ove si dà conto del dibattito in dottrina, all’interno della quale non mancano autori che ritengono che l’attribuzione a contenuto patrimoniale non sia l’unica forma di adempimento di un’obbligazione naturale: v., per tutti, E. MOSCATI, *op. cit.*, 821 e 823, per il quale l’atto di disposizione del rene può essere ricostruito come

adempimento di un dovere morale o sociale.

⁵¹⁰ Di per sé non costituirebbe invece un ostacolo alla riconduzione della maternità surrogata entro lo schema del contratto la diversa esigenza di riconoscere alla gestante la piena libertà di recesso. Libertà di recesso che, infatti, negli atti di disposizione del corpo non viene ritenuta incompatibile con la generale validità dello schema contrattuale: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 325 e 326, per il quale “l’autonomia si prospetta, nel suo minimo e costante denominatore, come atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione. Attuazione non soltanto di diritti soggettivi ma anche di doveri di solidarietà e a volte anche di specifici obblighi legali a contrarre (art. 2597 c.c.). Solidarietà non soltanto economica ma – come detta lo stesso art. 2 Cost. – anche sociale e familiare (art. 29 Cost.). Si pensi al vasto campo degli atti di disposizione del proprio corpo e particolarmente ai trapianti. Così, i dubbi sulla compatibilità tra l’adempimento di un dovere o di un obbligo e la natura negoziale dell’atto sono destinati a svanire. La negoziazione si prospetta sempre più in tecniche e forme diversificate, sì da escludere che si possa costruire una figura negoziale unitaria, rappresentata da una disciplina comune in realtà individuata esclusivamente

richiamo all'art. 1322 c.c. e, di conseguenza, ogni indagine diretta a valutare se persegua o meno interessi meritevoli di tutela⁵¹¹, giacché del giudizio di meritevolezza previsto dal secondo comma di tale disposizione verrebbe a mancare lo stesso presupposto legittimante⁵¹². Tuttavia, il riferimento alla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti attraverso la pratica della gestazione per altri non per forza intende impegnare la qualificazione dell'accordo in termini contrattuali, in quanto può essere invocato piuttosto al fine di selezionare quegli accordi che abbiano rilevanza per il diritto e possano godere di una qualche tutela giuridica in relazione alla giuridicità degli interessi perseguiti; del resto, le categorie della liceità e della illiceità vengono ordinariamente riferite

su quella dettata per il contratto e considerata compatibile con qualsiasi altro atto. Con la non accettabile conseguenza di escludere la natura negoziale per quegli atti che mostrano insofferenza o incompatibilità con una o più delle regole proprie del contratto; là dove la funzione dell'atto, pur sempre espressione di iniziativa privata e a volte diretta realizzazione della stessa personalità dell'uomo, non è suscettibile di valutazione patrimoniale e esige garanzie e tutele particolari che si traducono sul piano della disciplina nello ius poenitendi, nella rilevanza eccezionale della riserva mentale etc."; in questo senso anche S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Napoli, 2018, 101. In particolare, nel tentativo di spiegare come sia possibile conciliare la logica del contratto con la possibilità di recedere *ad libitum*, si sostiene che di fronte all'eventuale volontà contraria del disponente venga meno un presupposto condizionante del contratto ma rimanga intatto il principio di vincolatività dello stesso, in quanto il programma contrattuale presume la persistente intenzione di una delle parti di disporre della propria integrità fisica. In altri termini, la revoca del consenso rappresenterebbe un fatto impeditivo esterno al contratto che ha però l'effetto di "privare altri fatti dell'efficacia che altrimenti essi avrebbero": C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, cit., 810, spec. 816; diverso il ragionamento seguito da D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, cit., 7, il quale applica il modello del contratto reale – definito, nel contesto delle prestazioni attinenti al corpo, anche del contratto non consensuale – relativamente ad alcune prestazioni riguardanti il corpo (tra cui la maternità surrogata), le quali, seppure non illecite né incommerciabili non sono tuttavia nemmeno idonee – per un principio di incoercibilità della persona – ad essere dedotte in un'obbligazione. Tali prestazioni, pur non potendo essere assunte ad oggetto di un impegno, potrebbero però "fungere esclusivamente da momento perfezionativo del vincolo, in modo simile a come la consegna di una cosa segna il perfezionamento del contratto reale". Così ricostruiti, all'interno di tali contratti (leciti) la scelta di pentirsi verrebbe assicurata dalla possibilità di non consegnare il bene, e cioè, *mutatis mutandis*, dalla facoltà del promissario disponente di non assolvere all'impegno in precedenza assunto di disporre di parti del proprio corpo a favore di un interesse altrui.

⁵¹¹ Sul giudizio di meritevolezza, da ultimo, A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 253, al quale si rinvia per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁵¹² Così M. GIORGIANNI, *Intervento*, cit., 6, per il quale l'art. 1321, che richiama la nozione di contratto alla quale si richiama l'art. 1322, pretende, affinché vi sia un contratto, che questo regoli un rapporto giuridico patrimoniale, il che nel caso di specie non sembra presentarsi; A. LA TORRE, *op. cit.*, 186, per il quale "una volta escluso che un siffatto accordo sia giuridicamente configurabile come contratto (artt. 1321 c.c.) e tanto meno innominato o atipico (1322 c.c.), diventa perfettamente inutile ogni indagine diretta a stabilire se esso persegua o no interessi meritevoli di tutela"; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 171.

anche ai negozi non patrimoniali quali, ad esempio, quelli familiari⁵¹³. Né la circostanza che tale “prestazione” non sia suscettibile di valutazione economica e, quindi, non possa costituire oggetto di una obbligazione ai sensi dell’art. 1374 c.c. impedisce di riconoscere effetti a tale accordo e preclude un giudizio di meritevolezza degli interessi sottostanti: meritevolezza che dovrebbe essere riconosciuta almeno in presenza di un collegamento genetico tra i componenti della coppia intenzionale e il minore⁵¹⁴. Si tratta allora di verificare se, pur non rientrando nello schema di cui all’art. 1321 c.c., la fattispecie di maternità surrogata fin qui delineata possa configurarsi comunque quale negozio giuridico diverso da quello contrattuale.

Indici in senso diverso sembrano emergere dall’esame della disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo nel nostro ordinamento⁵¹⁵, fattispecie in relazione alle quali si tende ad escludere l’incontro di volontà del disponente e del destinatario, le cui dichiarazioni di intenti – di disposizione e di destinazione, da un lato, di consenso al trapianto del rene (ad esempio), dall’altro lato – “*sono difficilmente ricostruibili come volte a dar vita a un comune regolamento di interessi*”⁵¹⁶: vengono generalmente indicati infatti come atti unilaterali non negoziali⁵¹⁷. Seguendo questa prospettiva, si è sostenuto che la logica che muove

⁵¹³ G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., 62, esclude che “*le figure consuete del diritto di famiglia si prestino ad essere richiamate per la definizione delle relazioni che trovano fondamento nella g.p.a.*”; in questo senso già I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 180.

⁵¹⁴ In questo senso già F. MACIOCE, *op. cit.*, 107 e 108.

⁵¹⁵ Né indici in senso inverso si possono ricavare nell’ambito della famiglia e, in particolare, nel rilievo che l’art. 144 c.c. riconosce all’accordo quale fondamentale regola di organizzazione della stessa, in quanto il coinvolgimento di una terza persona – la quale rimarrebbe terza rispetto agli accordi ex art. 144 c.c. anche se fosse una parente, giacché l’articolo in questione riguarda esclusivamente i coniugi e i loro figli (la cd. famiglia nucleare) – rende di per sé irriducibile la maternità per sostituzione entro le logiche che sorreggono tale disposizione. Sembrano ritenere diversamente B. SALONE, *op. cit.*, 163, che si esprime in termini di negozio familiare atipico; A. VALONGO, *op. cit.*, 162, per la quale le manifestazioni di volontà finalizzate alla gestazione per altri si atteggierebbero quali “*dichiarazioni negoziali atipiche di natura familiare*”.

⁵¹⁶ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, cit., 98.

⁵¹⁷ La dottrina si esprime in termini di atti gratuiti non donativi: P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 322; G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., 325, la quale ritiene che i consensi non si fondano in un accordo nemmeno in caso di dono del seme ad una coppia o ad una donna sterile, laddove pertanto l’interesse sia quello di avere un figlio; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 100, per il quale la negoziabilità stessa delle donazioni di organi è esclusa “*dalla piena revocabilità dell’atto che attribuisce al disponente uno ius poenitendi senza limiti sino al momento dell’espianto*”;

la gestazione per altri “non è quella dell’impegnatività fondata sull’accordo, bensì quella della scelta unilaterale e liberale (da parte della madre gestante), che si concreta nella messa a disposizione del corpo secondo la causalità solidaristica”. Sono di conseguenza da considerare senz’altro fuori di questo quadro sia figure come l’affitto (poiché, oltre alla bilateralità della struttura, l’elemento decisivo è dato qui dal collegamento con un corrispettivo), sia dispositivi contrattuali, come il comodato, che possono sembrare molto prossimi, in quanto sono costituiti da una struttura essenzialmente gratuita (ma in essi la giuridicizzazione, che si innesta sulla gratuità della struttura, esige come dato essenziale la consegna del bene, da qui nascono pretese reciproche). L’atto in cui penetra il fine solidaristico non può, ovviamente, che essere essenzialmente unilaterale nella sua determinazione soggettiva, anche a livello empirico”⁵¹⁸.

Peraltro, la generale diffidenza del legislatore per gli atti unilaterali – basata sul timore che un riconoscimento generalizzato della loro efficacia, oltre ai casi tassativamente previsti, possa comportare un fenomeno di astrazione delle attribuzioni patrimoniali dalla loro causa – deve essere “revocata in dubbio nei casi in cui la promessa si caratterizzi per la particolare visibilità e apprezzabilità

diversamente L. DI BONA, *op. cit.*, 121, la quale ritiene compatibile con la figura del negozio a contenuto non patrimoniale la revocabilità dell’atto di destinazione, tuttavia, coerentemente con queste premesse, conclude sostenendo che la revoca, seppur libera, debba esercitarsi nel rispetto del dovere di correttezza posto a tutela dell’affidamento dei destinatari. È proprio nel rilievo dato all’affidamento del destinatario ove si scorge la difficoltà di configurare l’atto in termini negoziali nonostante la sua piena revocabilità. Indici in questo senso emergono anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di diritto all’immagine, la quale in prevalenza esclude che il diritto all’immagine possa formare oggetto di contratto, trattandosi di un diritto personalissimo ed inalienabile. Si ritiene piuttosto che “il consenso all’altrui utilizzo della propria immagine si configuri come un semplice atto unilaterale, una semplice dichiarazione di volontà senza contenuto patrimoniale il cui oggetto (il diritto all’immagine), si configura come un diritto assoluto ed inalienabile; da ciò deriva quindi la possibilità di revocare il consenso originariamente prestato: trattandosi di un diritto assoluto ed indisponibile, infatti, non è possibile lasciarlo indefinitamente alla mercé di altri, né tanto meno tollerarne l’altrui disposizione senza limiti di tempo”: V. DI NICOLA, *L’atto di disposizione del diritto all’immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 469; cfr. anche T.M. UBERTAZZI, *Dubbi sulla revocabilità del consenso all’utilizzazione dell’immagine*, nota a Cass., 19.11.2008, n. 27506, in *Foro it.*, 2009, I, 2729.

⁵¹⁸ D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 220. Dietro l’esigenza di ricondurre alla figura del negozio giuridico “determinati rapporti connotati solo socialmente” vi è forse “una non piena consapevolezza della possibilità di applicazione dei principi giuridici di correttezza, buona fede o lealtà; i quali non sono certamente costretti entro il solo ambito di efficacia costituito dal rapporto negoziale, ma paiono invece destinati ad assumere decisiva rilevanza in qualsiasi fattispecie di contatto sociale, vi sia o meno, all’origine di quest’ultimo, la stipula di un accordo giuridicamente rilevante”: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, 95 e 96.

del suo fondamento causale”⁵¹⁹. Ne discende che se la gratuità donativa necessita, per disposto normativo, del contratto in forma solenne, la gratuità solidale può prescindervi e servirsi più agevolmente dell’atto unilaterale⁵²⁰.

Ai diritti della personalità fisica, ai quali tendenzialmente non è permesso circolare secondo le regole del contratto, si applica tendenzialmente lo schema del consenso revocabile, come dimostra l’esame della normativa in materia di trapianti, trasfusioni e sperimentazione. In concreto, in tali casi si tratta di un consenso autorizzativo che *“da atto a struttura lineare e a rilievo tipicamente privatistico, si trasforma in elemento di una fattispecie procedimentale incentrata sull’interazione tra tecniche di natura privatistica e pubblicistica, la quale non si apre né si esaurisce con la semplice manifestazione di volontà autorizzativa”* ma passa anche attraverso il controllo sui requisiti di informazione, libertà e spontaneità del consenso e l’intervento di soggetti terzi in funzione di garanti della regolarità della procedura⁵²¹. Ciò posto, la circostanza che la gestazione per altri generalmente non implichi alcuna menomazione permanente dell’integrità – a differenza della fattispecie della donazione di organi tra vivi in cui il sacrificio dell’integrità del donante è certo – spiega perché 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. Alla luce di questo quadro, la maternità

⁵¹⁹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., 32; contra, A. LA TORRE, *op. cit.*, 191.

⁵²⁰ Al riguardo, si ritiene che l’art. 1324 c.c. avrebbe la funzione di escludere l’estensione della disciplina contrattuale al di là dell’ambito degli atti patrimoniali, determinando l’inapplicabilità in via diretta della disciplina del contratto agli atti unilaterali non patrimoniali o *mortis causa* in quanto non esplicitamente menzionati nella disposizione. Tuttavia, al contempo si ritiene che nulla escluda che agli atti non espressamente menzionati nell’art. 1324 c.c. si possa applicare in via analogica la normativa generale sul contratto. Tale soluzione si fonda sul piano testuale sul requisito di “compatibilità” espressamente richiamato nella disposizione, poi declinato nel più ampio significato di adeguatezza delle norme richiamabili attraverso il procedimento analogico: cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 469; più recentemente, S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, 188; L. DI BONA, *op. cit.*, 60, per la quale *“se può convenirsi sull’esclusione dell’applicabilità in via immediata della normativa contrattuale agli atti non menzionati nell’art. 1324 c.c. (atti mortis causa e atti a contenuto non patrimoniale), altrettanto non può farsi rispetto all’estensione in via analogica, la cui operatività non postula, di volta in volta, un espresso richiamo né può aprioristicamente negarsi per ragioni diverse dalla violazione dell’art. 14 preleggi o dal difetto dei suoi presupposti”*.

⁵²¹ A. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, cit., 100.

surrogata solidaristica può essere ricostruita, piuttosto che come accordo di natura non patrimoniale ovvero come obbligazione naturale, come l'incontro di due distinti atti di consenso la cui diversa rilevanza trova fondamento nelle differenti logiche che sorreggono tali atti, ai quali, infatti, si applicano discipline distinte⁵²²: il consenso dei genitori intenzionali, la cui revocabilità, come meglio si vedrà oltre, cede di fronte all'esigenza di assicurare l'interesse del nascituro, può essere ricostruito quale atto di assunzione della responsabilità genitoriale, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 6 e 8 legge n. 40/2004; mentre, l'atto di consenso della gestante non sembra avere nel nostro ordinamento, *de iure condito*, altra funzione se non quella del consenso autorizzativo, mediante il quale la donna accetta un determinato trattamento invasivo medico-chirurgico.

2. L'ATTO DI CONSENSO DEI GENITORI INTENZIONALI E L'ASSUNZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEL NATO.

L'atto di consenso dei genitori intenzionali, espresso ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004, ha il valore di consapevole assunzione della responsabilità genitoriale.

⁵²² A questo punto, ci si potrebbe al più chiedere se tali distinti atti di consenso abbiano natura negoziale o meno. Tuttavia, per quanto affascinante, tale interrogativo sul piano pratico assume un rilievo alquanto marginale, *“una volta ammesso, come ormai riconosce la prevalente dottrina, che l'affermazione della natura negoziale dell'atto non sia affatto incompatibile con la definizione di un regime differenziato quanto, ad esempio, alla capacità, ai vizi del consenso o alla stessa revocabilità, propendere per l'una o per l'altra opzione ricostruttiva risulterà, sul piano pratico, sostanzialmente indifferente”*: G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2000, 305. Inoltre, l'inesistenza di una disciplina del negozio giuridico e la difficoltà di individuare quali regole del contratto possano estendersi o meno in base alla natura negoziale dell'atto, scoraggia dall'affidarsi ad una teoria unitaria e dall'enunciare regole generali; *“più persuasivo appare un approccio, per così dire, tipologico che in riferimento ai vari profili di qualificazione della fenomenologia ricerchi nell'ordinamento i dati normativi da sviluppare”*: D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, cit., 11.

La particolare funzione che svolge il consenso nell'ambito dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita emerge, oltre che nel collegamento che la legge stessa pone tra l'espressione della volontà e la disciplina prevista in materia di costituzione e di salvaguardia dello *status filiationis* (artt. 8 e 9), nello stesso articolo 6, rubricato appunto "*Consenso informato*", nel quale è previsto che il medico, oltre ad informare i soggetti che intendono fare ricorso alla procreazione medicalmente assistita, "*sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti*", debba prospettare alla coppia anche le "*relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro*".

Previsione rafforzata nella sua portata dal disposto dell'ultimo comma dello stesso articolo, il quale impone un onere di forma per le sole informazioni sulle conseguenze giuridiche di cui agli artt. 8 e 9 delle legge derivanti dalla scelta di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali "*devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione*"⁵²³.

Si inserisce in questo contesto inoltre sia la regola, contenuta nella stessa disposizione, per la quale "*tra la manifestazione della volontà e l'applicazione delle tecniche deve intercorrere un tempo non inferiore a sette giorni*"; sia soprattutto la norma secondo la quale la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti fino al momento della fecondazione dell'ovulo, fecondato il quale non è più possibile revocare il consenso (art. 6, comma 3, legge n. 40/2004)⁵²⁴: tale

⁵²³ Sono risalenti le critiche in dottrina alla scelta del legislatore di affidare al medico responsabile della struttura autorizzata l'onere di informare i genitori intenzionali non solo delle possibili conseguenze mediche, ma anche dei risvolti giuridici derivanti dalla pratica: L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita, cit.*, 711. Tuttavia, tale scelta sembra rafforzarsi all'indomani del d.m. 28.12.2016, n. 265, dal quale emerge la volontà di affidare esclusivamente al medico il compito di informare i soggetti interessati sui vari profili presi direttamente in considerazione dall'art. 6, legge n. 40/2004: v. A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 40. Pertanto, nonostante possano continuare a manifestarsi perplessità in proposito, non sembra che le peculiarità della gestazione per altri possano costituire un ostacolo all'estensione della *ratio* della norma anche al di là delle ipotesi di fecondazione artificiale espressamente consentite nel nostro ordinamento.

⁵²⁴ Recentemente, v. Cass., 18.12.2017, n. 30294, in *Foro it.*, 2018, I, 6, con nota di G. CASABURI; anche in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 823, con nota di S.P. PERRINO, la quale ha

disposizione dimostra ulteriormente che nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, oltre a permettere il trattamento medico che altrimenti risulterebbe vietato⁵²⁵, il consenso è volto soprattutto a responsabilizzare i soggetti sui rischi e sulle conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione delle tecniche di procreazione artificiale⁵²⁶.

Anche in questo caso la coppia, dopo aver ricevuto le informazioni di cui all'art. 6, legge n. 40/2004, deve esprimere per iscritto, congiuntamente al medico responsabile della struttura, la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e non può revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo⁵²⁷.

2.1. LA REVOCA DEL CONSENSO DEI GENITORI INTENZIONALI.

Nonostante l'interesse mostrato nel divenire genitori, non si può escludere l'ipotesi che i genitori intenzionali decidano di revocare il proprio consenso all'accesso alla procreazione medicalmente assistita ovvero, una volta nato il bambino, scelgano di non prendersene cura⁵²⁸.

A tal proposito, occorre evidentemente distinguere la revoca del consenso intervenuta prima della fecondazione dell'ovulo ovvero dell'impianto

rigettato l'azione di disconoscimento di paternità, promossa in un caso di fecondazione eterologa, essendo intervenuta la revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo.

⁵²⁵ Alla donna è comunque riconosciuta la possibilità di rifiutare il trasferimento in utero degli ovuli fecondati e, una volta iniziata la gestazione, può comunque sempre fare ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, come espressamente previsto dall'art. 14, commi 1 e 2, della legge: v. per tutti M. SESTA, *La filiazione, cit.*, 353; 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, cit.*, 92.

⁵²⁶ In questo senso, F.D. BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno di Roma, 30 maggio 2010, a cura di A. BARENGHI, Milano, 2011, 38; U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, cit.*, 1724; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 242.

⁵²⁷ Sul consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si rinvia a M. D'AURIA, *op. cit.*, 1005; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, 93.

⁵²⁸ Si tratta di un problema affrontato anche nella letteratura straniera ovviamente, soprattutto nei Paesi nei quali vige una disciplina autorizzativa, ove viene solitamente regolato dalla legge: cfr. L. VAN ZYL, *Intentional parenthood: responsibilities in surrogate motherhood*, in *Health care analysis*, 2002, 10, 165.

dell'embrione nell'utero della madre surrogata, dall'ipotesi in cui i genitori intenzionali mostrino disinteresse nei confronti del minore all'indomani della sua nascita.

Nel primo caso trova applicazione la previsione di cui all'ultimo periodo dell'art. 6, comma 3, il quale dispone che *“la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo”*.

Si è dibattuto a lungo in dottrina sia sulla portata, sia sulla concreta attuabilità di tale norma, la quale, se interpretata nel senso che successivamente alla fecondazione dell'ovulo si configurerebbe l'obbligatorietà dell'impianto dell'embrione, sembrerebbe porsi in contrasto con il dettato costituzionale, con quanto previsto dalla Convenzione di Oviedo⁵²⁹ e, da ultimo, con l'art. 5, legge n. 219/2017, il quale espressamente dispone che *“ogni persona capace di agire ha (...) il diritto di revocare in qualsiasi momento, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento”*⁵³⁰. Nonostante ciò, parte della dottrina, pur escludendo che si configuri quale trattamento medico

⁵²⁹ *“La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso”*: art. 5, comma 3, Convenzione di Oviedo. Si rammenta però che la forza giuridica della Convenzione di Oviedo in Italia è attenuata dalla circostanza che la ratifica, avvenuta con legge n. 145/2001, non ha trovato ancora attuazione. Tuttavia, *“la circostanza che la Convenzione non possa esplicare effetti su un piano strettamente precettivo non ha escluso che essa potesse svolgere un'importante funzione di orientamento dell'interpretazione del giudice”*: A. LO CALZO *Il consenso informato “alla luce della nuova normativa” tra diritto e dovere alla salute*, in *Riv. GdP*, 2018, 3, come dimostra Cass., 16.10.2007, n. 21748 in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI, relativa al noto caso Englaro, per la quale il mancato deposito della ratifica non implica *“che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione delle norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme”*. Sull'influenza della Convenzione di Oviedo sull'interpretazione dei giudici v. F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811.

⁵³⁰ Peraltro, la questione è stata sottoposta all'esame della Corte costituzionale, la quale l'ha dichiarata inammissibile per il suo difetto di rilevanza, dato il suo carattere meramente ipotetico: Corte cost., 13.4.2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509, con nota di G. CASABURI. In concreto, una donna che inizialmente aveva espresso la propria intenzione di non continuare con l'impianto dell'embrione aveva in un secondo momento poi deciso di portare a termine il trattamento di procreazione medicalmente assistita, accettando di accogliere l'embrione. Dato l'esito negativo del trattamento, non conclusosi con la nascita del bambino, la coppia aveva mostrato l'intenzione però di ripetere il ciclo di procreazione medicalmente assistita. Per la Corte, tuttavia, si sarebbe trattato di un intento soltanto futuro, che non rendeva attuale nel giudizio *a quo* la questione della revoca del consenso, oramai superato dal corso degli eventi.

obbligatorio, ha ritenuto si tratti di un obbligo giuridicamente rilevante, anche se non coercibile contro la volontà della donna e dalla cui violazione non deriva alcuna diretta sanzione⁵³¹, compatibile peraltro con il sistema di cui alla Convenzione di Oviedo, all'interno della quale è riconosciuta agli Stati la facoltà di restringere l'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella Carta se *“costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute pubblica o alla protezione dei diritti e libertà altrui”* (art. 26, comma 1)⁵³².

La maggior parte della dottrina, tuttavia, ha sostenuto l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, la quale maschererebbe un trattamento sanitario obbligatorio illegittimo in assenza di una esplicita previsione di legge⁵³³. Stante il contrasto con il valore della dignità, si tende ad interpretare la norma in senso antiletterale, ritenendo che, almeno per la donna, sia possibile revocare il consenso anche successivamente alla fecondazione: tale soluzione trae argomento peraltro dall'incoerenza di una diversa soluzione rispetto alla disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza⁵³⁴.

In realtà, come è già stato evidenziato, la norma si giustifica in ragione del fatto che il consenso alla procreazione medicalmente assistita non si riferisce soltanto al consenso alla terapia, *“ma è specificamente rivolto alla responsabilizzazione di*

⁵³¹ È stato sostenuto però che la violazione di tale obbligo possa rilevare sotto il profilo dell'inadempimento dell'obbligo contrattuale e dell'obbligo coniugale e, inoltre, quale illecito extracontrattuale verso il convivente al fine di un eventuale risarcimento dei danni prodotti dalla decisione di non proseguire con il trattamento di p.m.a: C. CASINI – C. CASINI. M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 139. In questa prospettiva, G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita, cit.*, 330, il quale sottolinea come la revoca del consenso possa costituire ragione per l'addebito della separazione coniugale in capo al soggetto che non ha inteso portare a termine il procedimento di procreazione medicalmente assistita.

⁵³² C. CASINI – C. CASINI – M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 127; L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: rilessi sulla fecondazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Brindisi, 2005, 470; A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 52. In giurisprudenza, v. Trib. Catania, 3.5.2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3497, con nota di G. CASABURI, per il quale dalla mancata coercibilità di tale obbligo non potrebbe trarsi l'irragionevolezza o, peggio, l'incostituzionalità della norma.

⁵³³ L'art. 32, comma 2, Cost., prevede che *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*.

⁵³⁴ M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 457; P. VERONESI, *op. cit.*, 6; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti, cit.*, 671; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 1061; F. NADDEO, *op. cit.*, 113; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 361.

entrambi i componenti della coppia sui rischi e sulle conseguenze dell'applicazione delle tecniche di procreazione assistita, anche nell'ipotesi in cui tali rischi o conseguenze, ad esempio di ordine sanitario o psicologico, riguarderebbero soltanto il destinatario dell'applicazione della singola tecnica"⁵³⁵. Si delinea pertanto un sistema nell'ambito del quale all'uomo non è concesso revocare il consenso una volta fecondato l'ovulo⁵³⁶, mentre la donna può "revocare il proprio consenso procreativo sino all'effettivo trasferimento dell'embrione in utero"⁵³⁷: in sostanza, la norma di cui al comma 3 dell'art. 6, legge n. 40/2004, va intesa "nel senso che il consenso non è revocabile dopo la fecondazione dell'embrione nelle ipotesi in cui il soggetto che lo ha espresso non debba subire ulteriori interventi medici invasivi"⁵³⁸.

Se è questa la logica che muove la disposizione in parola se ne ricava che la madre intenzionale, al pari del padre intenzionale, non può revocare – almeno non efficacemente – il proprio consenso, visto che la stessa non deve subire alcun ulteriore intervento invasivo dopo la fecondazione dell'ovulo⁵³⁹: la sola persona legittimata a rifiutare l'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo è la potenziale madre surrogata, come meglio si vedrà oltre. Dall'impossibilità di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo deriva nella disciplina della legge n. 40/2004 la conseguenza che, nel caso in cui la donna abbia inteso comunque portare a termine il trattamento di procreazione medicalmente assistita, accettando l'impianto dell'embrione, una volta nato il bambino il marito non può agire al fine di disconoscerne la paternità né il convivente può impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità⁵⁴⁰.

⁵³⁵ U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1724; F.D. BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, cit., 38.

⁵³⁶ Come ancora recentemente ribadito da Cass., n. 30294/2017, cit., 6, v. nota 468. Già G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 106.

⁵³⁷ M. SESTA, *La filiazione*, cit., 353.

⁵³⁸ U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 503, nota 23.

⁵³⁹ Nel caso in cui la madre intenzionale abbia già fornito l'ovulo da fecondare.

⁵⁴⁰ È evidente che laddove si accedesse alla tesi per la quale non basta l'esibizione della documentazione attestante il ricorso della coppia alle pratiche di procreazione medicalmente assistita a permettere all'ufficiale di stato civile di costituire automaticamente il rapporto di filiazione con entrambi i soggetti, rendendosi necessario comunque un formale atto di

Tali considerazioni ci conducono a trattare del secondo modo attraverso il quale i genitori intenzionali potrebbero manifestare all'esterno la propria perdita d'interesse verso il progetto di diventare genitori, scegliendo di non esercitare i propri diritti nei confronti del nato al fine di assumerne la responsabilità genitoriale⁵⁴¹. Rispetto alle pratiche espressamente ammesse dalla legge, tale possibilità nella gestazione per altri, in assenza di una disciplina specifica, è facilmente realizzabile, dal momento che nella ricostruzione della disciplina fin qui tratteggiata è rimessa alla volontà dei genitori intenzionali la scelta di assumere o meno la responsabilità del minore, procedendo attraverso il riconoscimento del nato di fronte all'ufficiale di stato civile ovvero esercitando le opportune azioni di stato⁵⁴². Cionondimeno, risulta utile chiedersi se di fronte ad un tale atteggiamento dei genitori intenzionali il nostro ordinamento conosca degli

riconoscimento da parte del padre intenzionale ai sensi dell'art. 250 c.c., si attenuerebbe fortemente l'intrinseco valore responsabilizzante contenuto nella disposizione di cui all'art. 9, comma 1, legge n. 40/2004.

⁵⁴¹ È noto alle cronache il caso Baby Gammy di una coppia intenzionale australiana che avrebbe rifiutato di riconoscere il bambino nato da una gestante thailandese perché affetto da sindrome di down. In realtà, nonostante alle cronache nazionali e internazionali la notizia sia giunta in questi termini, il caso si presenta estremamente complesso, dovuto anche al fatto che il padre intenzionale era stato condannato in passato per reati contro i minori. Inoltre, da un lato, la giustizia australiana ha escluso che la coppia abbia inteso abbandonare il bambino e ha ammesso che la gemella (sana) di Gammy, con la quale la coppia era tornata in Australia, potesse continuare a vivere con loro, non riscontrando un possibile pregiudizio per la bambina da questa convivenza, mentre, dall'altro lato, le autorità thailandesi hanno ritenuto contrario alla legge e agli accordi presi con la madre surrogata il comportamento posto in essere dalla coppia intenzionale e, come risposta a questa violazione, hanno innanzitutto vietato alle coppie straniere di fare ritorno nei loro rispettivi Paesi con bambini nati in Thailandia da madri surrogate e, successivamente alla controversia, hanno introdotto una normativa con la quale hanno vietato i contratti di maternità surrogata commerciale stipulati da stranieri con madri locali: sulla legislazione thailandese si rinvia a A. STASI, *op. cit.*, 1; sul caso baby Gammy cfr., per un quadro d'insieme, <https://www.abc.net.au/news/2017-06-29/baby-gammy-starts-kinder-amid-tensions-over-donations/8585596>; <https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196>; <https://www.bbc.co.uk/news/world-australia-36012320>; <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/14/baby-gammys-twin-sister-stays-with-western-australian-couple-court-orders>; <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/14/baby-gammys-twin-sister-stays-with-western-australian-couple-court-orders> (ultima consultazione 15.6.2019).

⁵⁴² G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., 68, la quale, in una prospettiva *de iure condendo*, esclude “in ogni caso l'ammissibilità di un ripensamento da parte dei genitori intenzionali rispetto alla determinazione presa azionando la g.p.a.. La certezza dell'assunzione della responsabilità genitoriale in capo alla coppia che dà inizio al progetto procreativo è una garanzia per la madre biologica che mette a disposizione la propria persona per consentire ad altri di avere un figlio, sapendo che in conseguenza del proprio atto, solidale e altruistico, è apprestata una idonea tutela giuridica al/la bambino/a che nascerà”.

strumenti al fine di tutelare i diritti personali e patrimoniali del minore in questa evenienza.

La madre surrogata potrebbe essere stata indotta ad instaurare il rapporto con il minore a fronte della volontà dei coniugi di non assumerne la responsabilità genitoriale; in tal caso si potrebbe ritenere che la gestante possa agire in giudizio vantando una lesione dell'affidamento riposto in un diverso atteggiamento da parte dei genitori intenzionali⁵⁴³.

Nel caso in cui, invece, la madre gestante tenga ferma la volontà di rinunciare al rapporto filiale con il partorito – anche a fronte dell'atteggiamento di abbandono del minore da parte dei genitori intenzionali – il bambino, in assenza di un atto di riconoscimento del padre intenzionale che impedisca il consolidarsi di una situazione di abbandono, deve essere dichiarato in stato di adottabilità dal Tribunale per i minorenni, in quanto privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, ai sensi dell'art. 8, legge n. 184/1983.

Nelle more del procedimento ovvero successivamente al provvedimento di adottabilità, al minore viene nominato un tutore, ai sensi del combinato disposto degli artt. 343 ss. c.c. e 19, legge n. 184/1983. Risulta legittimo chiedersi allora se il tutore, autorizzato appositamente dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 374, comma 1, n. 5, c.c., possa promuovere le azioni di stato volte ad attribuire la genitorialità ai genitori intenzionali e/o eventuali azioni risarcitorie nei loro confronti, al fine di tutelare i diritti personali e patrimoniali del minore⁵⁴⁴.

Per quanto concerne la promozione delle azioni di stato, occorre innanzitutto evidenziare che la valutazione del giudice prescinde dal giudizio di liceità o meno

⁵⁴³ Quale che sia la motivazione che lo sorregga, il disinteresse dei genitori intenzionali risulta ingiustificato alla luce dei principi che presidiano l'assunzione della responsabilità genitoriale nella disciplina della procreazione medicalmente assistita – nella quale non è riconosciuto spazio al ripensamento dei genitori intenzionali una volta intervenuta la fecondazione dell'ovulo – e, inoltre, sembra ledere un interesse – quello della madre surrogata a non avere figli (almeno non legalmente) – giuridicamente tutelato nel nostro ordinamento giuridico. Né varrebbe replicare che la madre surrogata avrebbe potuto esercitare il diritto di anonimato di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000, in quanto a tale scelta potrebbe essere stata indotta proprio dal comportamento dei genitori intenzionali, al fine di scongiurare il rischio che il minore venisse dichiarato in stato di abbandono.

⁵⁴⁴ È appena il caso di precisare che nell'ipotesi qui considerata supponiamo che il tutore e/o il giudice tutelare vengano a conoscenza che il minore sia nato all'esito di un accordo di maternità surrogata e che si conoscano i genitori intenzionali.

della gestazione per altri posta in essere dai genitori intenzionali e dalla madre surrogata; infatti, anche laddove il giudice tutelare dovesse giungere alla conclusione che tale fattispecie abbia realizzato un'ipotesi vietata dalla legge può ugualmente ritenere importante assicurare il diritto del minore all'identità personale, di cui l'identità genetica costituisce un aspetto fondamentale, data l'importanza di questo tipo di legame nella costruzione dell'identità di ciascun individuo.

A tal proposito, si può agire attraverso l'azione di reclamo, ricorrendo la fattispecie di cui all'art. 239, comma 2, c.c. In questa ipotesi l'azione verrebbe promossa da un curatore speciale nominato dal giudice su istanza del figlio ultraquattordicenne ovvero su istanza del pubblico ministero o del tutore quando si tratti di figlio infraquattordicenne (artt. 249, comma 6, 244, comma 6, e art. 245, comma 2, c.c.). Mentre, nel caso in cui i genitori intenzionali non siano coniugati, e sempre che il giudice tutelare escluda l'eventualità che al minore possa derivare un pregiudizio dall'accertamento della filiazione, si agirebbe attraverso l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità. In particolare, tale azione può essere promossa nell'interesse del minore anche dal tutore, ai sensi dell'art. 273, comma 1, c.c., previa autorizzazione del giudice tutelare, il quale può anche nominare un curatore speciale⁵⁴⁵.

Il giudice tutelare può viceversa stimare contrario al superiore interesse del minore instaurare una genitorialità con dei soggetti che hanno mostrato un così scarso interesse nei confronti del nato, ritenendo prevalente, sull'interesse ad instaurare un legame giuridico con i genitori genetici, l'esigenza di assicurare il diritto del minore ad essere allevato da genitori di cui sia stata accertata l'idoneità ad assistere ed educare un bambino durante la crescita.

⁵⁴⁵ È importante sottolineare tuttavia che occorre il consenso del minore per promuovere o per proseguire l'azione una volta che questi abbia compiuto quattordici anni (art. 273, comma 2, c.c.).

3. L'ATTO DI CONSENSO DELLA MADRE SURROGATA.

Maggiori incertezze circondano l'ipotesi del consenso mediante il quale la potenziale madre portante manifesta la propria volontà di contribuire alla realizzazione del progetto genitoriale della coppia intenzionale accettando il trasferimento in utero dell'embrione, dacché, al pari di quanto avviene per il consenso alla donazione di ovociti, manca una disciplina specifica che regolamenti tale atto.

In questo contesto, la circostanza che la gestante non intenda assumere su di sé la responsabilità genitoriale del futuro nato conduce a ritenere inapplicabili – almeno nella parte in cui ricollegano al consenso l'attribuzione dello *status* di figlio (art. 8, legge n. 40/2004) –, le norme che regolano l'accesso alle tecniche di procreazione assistita (artt. 6, 8, 9, legge n. 40/2004), almeno laddove si ritenga che tali regole si fondino sul presupposto che coloro che fanno ricorso alla fecondazione artificiale siano mossi dalla volontà di divenire genitori del frutto del concepimento.

Sembra, piuttosto, possibile ricostruire la disciplina astrattamente applicabile alla fattispecie *de quo* a partire dalla considerazione secondo la quale la donna che accetta il trasferimento in utero dell'embrione mostra di consentire un trattamento medico, caratterizzato inevitabilmente da un certo grado di invasività, il quale, in quanto tale, deve essere previamente autorizzato dal beneficiario: di conseguenza, a fronte del consenso della coppia intenzionale, espresso sulla base della disciplina contenuta nella legge n. 40/2004, la madre surrogata può manifestare la propria volontà negli stessi termini mediante i quali si esprime comunemente l'intenzione di sottoporsi ad un trattamento medico-chirurgico, ferme restando le peculiarità di cui si dirà conto.

Per quanto concerne la disciplina in concreto applicabile all'atto di consenso, con la legge 22 dicembre 2017, n. 219, è stata introdotta anche in Italia – sul modello tedesco⁵⁴⁶ – una normativa generale dell'istituto, non legata a specifiche ipotesi di malattia o di trattamento di volta in volta prese in considerazione dal

⁵⁴⁶ S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. success.*, 2009, 964; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 488; anche V. DENARD, *La legge tedesca sul consenso informato: interpretazione delle corti tedesche e comparazione con la normativa italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 403.

legislatore⁵⁴⁷, dalla quale è possibile trarre la disciplina di riferimento per ogni ipotesi anche non direttamente regolamentata nell'ordinamento: è stato così superato il possibile ostacolo rappresentato dall'assenza di un'essenziale cornice normativa di base⁵⁴⁸, che in passato ha posto seri problemi alla giurisprudenza, chiamata a far fronte alle gravi lacune normative proprio relativamente a quelle ipotesi non regolate dal legislatore⁵⁴⁹.

Anche la Corte costituzionale ha affrontato il tema, aderendo alla tesi secondo la quale il fondamento del consenso informato si ritroverebbe nel combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.⁵⁵⁰. In questo contesto il richiamo all'art. 13

⁵⁴⁷ A. LO CALZO, *op. cit.*, 2.

⁵⁴⁸ G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in www.forumcostituzionale.it, 8.4.2010, 8. Prima dell'introduzione della l. n. 219/2017, l'interprete, in assenza di un organico complesso legislativo, deduceva la rilevanza generale del principio del consenso informato nell'ambito della medicina e della biologia da una serie di fonti eteronome ovvero interne. In particolare, per quanto concerne le prime, il valore del consenso informato viene affermato sia dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 (c.d. Convenzione di Oviedo corredata nel 1998 da un Protocollo aggiuntivo) – la quale dedica al consenso del paziente il secondo capitolo (artt. 5-9), stabilendo, da un canto, che *“un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato”* (art. 5), e, dall'altro canto, occupandosi di contenuto, limiti ed effetti di tale consenso – sia dalla c.d. Carta di Nizza, il cui art. 3, comma 2, prevede espressamente che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato *“(…) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”*. Tuttavia, da un lato, la forza giuridica della Convenzione di Oviedo in Italia è attenuata dalla circostanza che la ratifica, avvenuta con legge n. 145/2001, non ha trovato ancora attuazione, dall'altro lato, la Carta di Nizza – che, in quanto incorporata nel Trattato di Lisbona entrato in vigore nel dicembre 2009, ne ha assunto la medesima vincolatività – si limita a stabilire l'importanza del consenso informato, senza precisare però i contorni né gli effetti di tale principio. Per quanto concerne le fonti interne, si faceva riferimento alla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (legge n. 833/1978), che si limita a stabilire che *“gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari”* (art. 33, comma 1, che riproduce l'art. 1 della legge n. 180/1978 sulla riforma dei manicomi), e alle leggi speciali sul trapianto del rene (legge n. 458/1967, art. 41), sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge n. 194/1978, art. 14), sulla rettificazione in materia di attribuzione di sesso (legge n. 164/1982, art. 2), sulla prevenzione e lotta contro l'aids (legge n. 135/1990, art. 5, commi 3 e 4), sulla donazione di sangue (legge n. 107/1990 e D.M.S. 15/1/1991), sulla radioprotezione (D.lgs. 230/1995), sulla donazione di fegato da donatore vivente (legge n. 483/1999) e sulla procreazione medicalmente assistita (art. 6, legge n. 40/2004).

⁵⁴⁹ Cfr. Cass., 16.10.2007, n. 21748, secondo la quale, *“pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”*.

⁵⁵⁰ Corte cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4947. In particolare, da un lato è stata criticata la scelta di voler fondare il diritto al consenso informato, oltre che sull'art. 32, anche su altri articoli della Costituzione e, in particolare, sull'art. 2 e sull'art. 13 Cost. Per quanto concerne il primo di questi due articoli, si è parlato di una *“irrefrenabile tendenza a coinvolgere l'art. 2 Cost. quale parametro di costituzionalità anche nelle ipotesi in cui (...) sussistono specifiche disposizioni costituzionali alle quali ancorare il riconoscimento di un diritto. L'impressione è che*

Cost. ha la funzione di valorizzare il principio di autodeterminazione nel consenso informato, “ponendo l’accento sul profilo attivo della libertà di scelta”⁵⁵¹. Pertanto, “il fatto (...) che la Corte abbia individuato come matrici del consenso informato non solo il diritto alla salute, ma anche il diritto di autodeterminazione, amplia l’ambito applicativo del principio che abbraccia non soltanto le decisioni relative alla salute, ma più in generale tutte quelle relative al corpo, anche con finalità diversa da quella terapeutica”⁵⁵². Indici in questo senso si rintracciano anche nella normativa sovranazionale e, in particolare, nella Carta di Nizza, il cui art. 3 stabilisce che “ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica” e che nell’ambito della medicina e della biologia, deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, “il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”. Del resto, “non è casuale che la Carta utilizzi l’espressione ‘persona interessata’ e non quella di ‘paziente’” atteso che “il consenso al trattamento medico è strumento di attuazione della libertà, riconosciuta in capo a ciascun individuo, di autodeterminarsi”⁵⁵³: in altri termini, il consenso informato rappresenta uno strumento il cui valore trascende i limitati confini delle decisioni strettamente attinenti la sfera della salute, per abbracciare l’intera gamma di scelte e risoluzioni individuali concernenti più in

si senta il bisogno di ricorrere all’“appoggio” dell’art. 2 Cost. ogni qual volta il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva non sia espressamente “nominato” in una disposizione costituzionale”: D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4972. Per quanto riguarda invece l’art. 13, si è detto, sempre in una prospettiva critica, che “il consenso al trattamento non è (...) il contenuto di un diritto autonomo, distinto e distinguibile da quello alla salute” ma, al contrario, al diritto alla salute “è immanente l’espressione di un consenso – e quindi, specularmente, di un eventuale dissenso – ai percorsi terapeutici proposti dal medico”: D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 109. Inoltre, si è sostenuto che solo laddove i trattamenti sanitari avessero assunto il carattere di misure coercitive, da attuare anche contro la volontà dell’interessato, si sarebbe potuto giustificare il richiamo al parametro di cui all’art. 13 Cost: D. MORANA, *op. ult. cit.*, 116; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, 31.

⁵⁵¹ A. LO CALZO, *op. cit.*, 5; G. GRASSO, *op. cit.*, 44. Già R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso in-formato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4963.

⁵⁵² G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 9.

⁵⁵³ A. RICCI, *op. cit.*, 47.

generale gli aspetti più intimi e riservati della sfera dell'esistenza di ogni essere umano⁵⁵⁴.

Una volta individuato il quadro normativo di riferimento, occorre mettere in luce le peculiarità del caso di specie, le quali si evidenziano innanzitutto relativamente al profilo delle informazioni da fornire alla madre surrogata. Precisare il contenuto delle informazioni che il sanitario deve rendere alla donna serve anche a stabilire la consapevolezza del consenso espresso dalla potenziale gestante: la stretta relazione fra informazione e consenso è stata sottolineata proprio dalla Corte costituzionale, secondo la quale se *“ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione”*⁵⁵⁵.

La versione aggiornata al 2018 del Codice di deontologia medica sottolinea agli artt. 33 e 35 la necessaria e stretta relazione che deve legare il consenso al suo essere informato; informazione che deve tener conto anche della necessaria adeguatezza alle capacità di comprensione della persona assistita⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Sul rilievo secondo il quale il consenso sia diventato il fulcro intorno al quale ruotano i diritti della persona e la sua libertà di autodeterminarsi: v. diffusamente G.M. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del Biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, cit., 361.

⁵⁵⁵ Corte cost., n. 438/2008, cit., 4947.

⁵⁵⁶ La prima disposizione stabilisce che *“Il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esauritiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza. Il medico rispetta la necessaria riservatezza dell'informazione e la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione, riportandola nella documentazione sanitaria. Il medico garantisce al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale”*.

La seconda disposizione recita: *“L'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile. Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato. Il medico acquisisce, in forma scritta e sottoscritta*

Non ultimo, la recente legge n. 219/2017 sottolinea in due articoli l'importanza del collegamento tra informazione e consenso, nell'art. 1, comma 3, ove si mette in luce che ogni persona ha il diritto *“di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi”* e nell'art. 1, comma 9, laddove si evidenzia che *“ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti”*⁵⁵⁷.

In questo contesto, non si può ignorare la circostanza che la potenziale gestante intenda sottoporsi non ad un generico trattamento chirurgico o sanitario, bensì manifesti la volontà di accogliere un embrione, formato possibilmente anche grazie ai propri gameti⁵⁵⁸, al fine di portare avanti la gravidanza e di partorire un bambino da “affidare” alle cure della famiglia di genitori intenzionali: ne

o con altre modalità di pari efficacia documentale, il consenso o il dissenso del paziente, nei casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico-fisica. Il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano”.

⁵⁵⁷ Il comma continua sottolineando che la persona *“può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico”.*

⁵⁵⁸ Possibilità questa esclusa da molte delle leggi straniere che hanno ammesso la maternità surrogata: a titolo esemplificativo, la legge portoghese 22.08.2016, n. 25, cui ha fatto seguito il *decreto regulamentar* n. 6\2017, consente solo la surrogazione di maternità gestazionale, con ovuli della madre intenzionale o di una donatrice terza; in Grecia similmente la pratica è consentita solo nel caso in cui non ci siano legami genetici tra gestante e nato (art. 3, comma 9, legge n. 3305/2005); anche in Russia, ad esempio, l'art. 51, comma 4, parte 2 del codice di diritto di famiglia russo prescrive esplicitamente che una madre surrogata non deve essere donatrice di ovociti; diversamente, in Inghilterra il *Surrogacy Arrangements Act* non dispone nulla al riguardo, ed è quindi praticata anche la maternità surrogata con seme della gestante. Nella dottrina italiana escludono l'ammissibilità della pratica nella sua veste tradizionale, in quanto contraria all'interesse del nato a non separarsi da colei che ha realizzato entrambe le funzioni procreative: R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, 1988, 143; G. BALDINI, *Volontà e procreazione*, cit., 754; da ultimo, A. VALONGO, *op. cit.*, 173. Si tratta tuttavia di una scelta fondamentale sottratta al giudizio dell'interprete e rimessa alla discrezionalità legislativa, anche perché in un ordinamento come il nostro nel quale è riconosciuta la facoltà della gestante di non comparire nell'atto di nascita rimarrebbe del tutto ignota la circostanza che la madre di parto abbia concorso con i propri gameti alla formazione dell'embrione.

discende, che sarebbe insufficiente prospettarle solamente i rischi propriamente medici derivanti sia dal prelievo degli ovociti – qualora fornisca anche il seme – sia, soprattutto, dall’impianto dell’embrione in utero, dalla gestazione e dal parto. Emerge l’esigenza di informarla anche sulle conseguenze bioetiche, psicologiche e giuridiche della propria scelta⁵⁵⁹.

A tal proposito, la disciplina di riferimento non può rinvenirsi nella legge n. 219/2017, bensì nella stessa legge n. 40/2004 e, in particolare, nell’art. 6, comma 1, del *corpus* normativo, il quale dispone che *“prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all’art. 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all’applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l’uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell’uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa”*. Sebbene il comma in questione concerna informazioni da rendere agli aspiranti genitori e sebbene alcune parti dello stesso non possano trovare applicazione rispetto alla potenziale madre surrogata – si pensi al riferimento alla possibilità di ricorrere alternativamente all’adozione o all’affidamento –, l’impianto della norma sembra estensibile anche alla posizione della gestante. In particolare, alla stessa devono essere prospettati i dilemmi bioetici che circondano la maternità per sostituzione, le possibili ricadute psicologiche derivanti dalla propria scelta e le relative conseguenze giuridiche.

⁵⁵⁹ Indici in questo senso si rintracciano già in A. FIORE, *op. cit.*, 76, il quale sottolinea l’importanza di informare la madre surrogata sulla *“natura dei rapporti biologici e psichici che vengono a stabilirsi tra la madre surrogante ed il prodotto del concepimento”*, anche in forza delle acquisizioni scientifiche più recenti, dalle quali emerge il profondo legame anche fisico che si instaura tra la partorientente e il concepito.

In questo contesto, nonostante la circostanza che anche in assenza di qualsiasi informazione sul punto la madre surrogata resterebbe assolutamente libera di abortire o di assumerne la responsabilità genitoriale, alla donna deve essere prospettata la facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza nei termini di cui alla legge n. 194/1978 e di esercitare liberamente il proprio diritto di essere nominata nell'atto di nascita o di riconoscere il nato quale suo figlio al momento del parto.

Ne risulta, dunque, una disciplina composita, ricavata dal combinato disposto della recente legge n. 219/2017 e dalla legge n. 40/2004⁵⁶⁰, modellata sulle caratteristiche proprie di un atto di consenso sconosciuto dal nostro ordinamento, ma non per questo impossibile da regolamentare, dal momento che le norme giuridiche sono comunemente dotate di un certo grado di elasticità che permette loro di essere applicate anche al di là della fattispecie in relazione alla quale sono state dettate⁵⁶¹.

3.1. (SEGUE). LA REVOCA DEL CONSENSO DELLA MADRE SURROGATA.

Il tema della revoca del consenso della madre surrogata è senz'altro una delle questioni più complesse e articolate della gestazione per altri, *in primis* per gli interrogativi etici che suscita: anche nei Paesi nei quali la maternità surrogata è ammessa, la legislazione sul punto viene spesso criticata dalla dottrina, in quanto eccessivamente protettiva nei confronti delle prerogative della madre di parto ovvero, al contrario, perché ritenuta carente dal punto di vista della tutela dei diritti della partorientente⁵⁶².

⁵⁶⁰ Del resto, l'ultimo comma dell'art. 1, legge n. 219/2017 prevede espressamente che sia “*fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari*”.

⁵⁶¹ Ampi riferimenti riguardo al concetto di “norma elastica” in E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558.

⁵⁶² Cfr. in generale sul tema D.L. FORMAN, *op. cit.*, 29; S.F. APPLETON, *op. cit.*, 256. Le istanze di riforma muovono spesso in direzioni opposte, come dimostra l'esperienza inglese, ad esempio, all'interno della quale si vorrebbe anticipare, finanche a prima della nascita, il rilascio del *Parental order*, mediante il quale l'autorità giudiziaria determina la genitorialità a favore dei genitori intenzionali. Si intende così evitare che tra la madre di parto e il minore si instauri una relazione nei mesi successivi dalla nascita talmente forte da indurre la puerpera a negare il proprio consenso all'affidamento del minore alla coppia intenzionale, necessario al fine del rilascio del provvedimento giudiziario: AA.VV., *Surrogacy in the UK: Further evidence for reform*, Second

In un ordinamento come il nostro nel quale vige il divieto di surrogazione di maternità commerciale e nel quale l'ammissibilità stessa della gestazione per altri si fonda sulla spontanea attuazione dell'impegno altruisticamente assunto dalla madre surrogata, il tema della revoca del consenso inevitabilmente assume una rilevanza secondaria, dal momento che in assenza di una disposizione normativa specifica non si può dubitare del fatto che la madre gestante resti assolutamente libera di riconoscere ovvero di denunciare il bambino come proprio figlio all'atto del parto⁵⁶³: spetterà poi ai genitori intenzionali eventualmente agire in giudizio al fine di vedere accertata la propria genitorialità genetica.

Risulta, invece, più interessante chiedersi se i genitori intenzionali possano articolare dei rimedi risarcitori o indennizzatori a fronte della scelta della madre surrogata di esercitare i propri diritti di madre biologica.

Prima di affrontare questo dubbio, occorre premettere che la revoca del consenso potrebbe intervenire – *di fatto* – non soltanto all'indomani della nascita del minore, bensì in un momento anche precedente, ossia successivamente alla fecondazione dell'ovulo, sotto forma di rifiuto di accogliere l'embrione formato, e durante la gestazione, mediante la scelta di interrompere la gravidanza⁵⁶⁴.

Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, December 2018, 63. Di contro, si prenda ad esempio la legislazione portoghese, all'interno della quale si vorrebbe introdurre – sul modello inglese – un controllo giudiziario sull'affidamento del minore alla coppia intenzionale: in questa prospettiva, l'autorità giudiziaria potrebbe ratificare l'accordo soltanto laddove il nato fosse già stato spontaneamente affidato dalla madre di parto ai genitori intenzionali: R. VALE e REIS, *Procriação medicamente assistida: a gravitas da jurisprudência*, cit., 50; per una prospettiva parzialmente diversa cfr. V.L. RAPOSO, *Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*, in *Revista do Ministério Público*, 2017, 149, 9.

⁵⁶³ *Contra*, P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, cit., 417, per il quale anche di fronte ad un ripensamento della madre di parto la maternità andrebbe attribuita alla madre genetica, per iniziativa della quale ha avuto origine l'intera vicenda procreativa. Sostiene Vercellone che “quello che conta è l'accertamento della situazione iniziale per cui il conferimento del gamete o dell'embrione proprio non è stato abbandono di esso ma momento dell'operazione più complessa voluta solo dalla madre genetica al suo fine, esclusivamente suo, di avere un figlio proprio, e la messa a disposizione dell'utero da parte di altra donna è stato dichiaratamente funzionale al raggiungimento di quello scopo”. Si tratta tuttavia di un approccio che non trova riscontro nel nostro ordinamento, improntato all'essenzialismo genetico, che rischia di ridurre al ruolo di “incubatrice” colei che ha contribuito con la gestazione al formarsi di una nuova vita: ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 400; CASSANO, *Commento a Trib. Roma 17.2.2000*, in *Fam. dir.*, 2000, 177; approccio che ignora peraltro il rilievo che assume l'apporto gestazionale nella vita prenatale del bambino.

⁵⁶⁴ Dal punto di vista anche terminologico sembra opportuno precisare che “non si tratta, a vedere bene, di una vera e propria revoca, che presuppone un consenso all'origine di un vincolo obbligatorio. Il potere della persona sulla vita è per sua natura libero da costrizioni e può

Nonostante il consenso inizialmente prestato, al quale ha anche potuto fare seguito il prelievo degli ovociti e la fecondazione dell'ovulo, non si può escludere l'ipotesi che la madre surrogata si rifiuti di accogliere l'embrione formato. Se, come visto, la norma di cui all'art. 6, comma 3, legge n. 40/2004 va intesa nel senso che il consenso non è revocabile successivamente alla fecondazione dell'ovulo soltanto laddove il soggetto che lo ha espresso non debba sopportare ulteriori interventi invasivi al fine di portare a termine il trattamento di procreazione medicalmente assistita⁵⁶⁵, allora la potenziale madre surrogata può senz'altro decidere di non accettare l'impianto dell'embrione: del resto, una diversa soluzione, anche ove fosse prevista dalla legge, difficilmente risulterebbe compatibile con i principi costituzionali di tutela della dignità e libertà individuale⁵⁶⁶. Inoltre, tale possibilità è oggi espressamente garantita dall'art. 5, legge n. 219/2017, il quale espressamente dispone che *“ogni persona capace di agire ha (...) il diritto di revocare in qualsiasi momento, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento”*. Peraltro, in questo caso il consenso non è volto a responsabilizzare i soggetti sui rischi e sulle conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione delle tecniche di procreazione assistita, dunque non si pongono rispetto alla madre surrogata gli stessi vincoli che sussistono in relazione al consenso espresso dai genitori intenzionali. Resta, tuttavia, il problema della tutela dell'embrione⁵⁶⁷, anche se la qualificazione soggettiva del concepito operata dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita non consente di *“superare il principio, costituzionalmente rilevante, di intangibilità del corpo umano senza consenso dell'avente diritto”*⁵⁶⁸.

esprimersi in determinazioni anche di segno contrario rispetto a quelle precedenti”: G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 322.

⁵⁶⁵ U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 503, nota 23.

⁵⁶⁶ A. RICCI, *op. cit.*, 67; già P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, cit., 416,

⁵⁶⁷ Con il termine concepito l'art. 1, legge n. 40/2004, si ritiene faccia riferimento anche all'embrione *in vitro* non impiantato: F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., 361.

⁵⁶⁸ Si tratta di questioni che hanno impegnato la dottrina a lungo all'indomani dell'approvazione della legge n. 40/2004, le quali tuttavia non presentano differenze nel contesto della gestazione per altri: per approfondimenti si rinvia a U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 1666, spec. 1674; M. SESTA, *La filiazione*, cit., 339; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, cit., 674; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 149.

Per quanto concerne gli accennati eventuali profili risarcitori va innanzitutto ribadito che il rifiuto della gestante di ricevere l'ovulo fecondato costituisce espressione del più ampio diritto di revocare in ogni tempo il consenso prestato in precedenza ad un trattamento sanitario, diritto che ritrova il proprio fondamento in primo luogo nell'art. 32, comma 2, Cost., e, in secondo luogo, anche nella normativa internazionale e, in particolare, nell'art. 5, comma 3, della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina. Pertanto, l'esercizio di un tale diritto, per quanto possa porsi in contrasto, da un lato, con gli interessi dei genitori intenzionali e, dall'altro lato, con l'interesse alla vita del concepito – arg. dalla soggettività giuridica dell'embrione (art. 1, legge n. 40/2004) – genera un danno privo del carattere dell'ingiustizia, requisito necessario ai fini della risarcibilità⁵⁶⁹.

4. MATERNITÀ SURROGATA E INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA.

Nonostante abbia accettato l'impianto dell'embrione la madre surrogata potrebbe tuttavia decidere di interrompere la gravidanza iniziata, ritenendo intollerabile la prosecuzione della stessa. Si tratta di un tema alquanto delicato, al centro del dibattito in quei Paesi nei quali la pratica è ammessa, in particolari in quegli ordinamenti nei quali è consentita anche la surrogazione di maternità surrogata commerciale.

I problemi si pongono dal momento che occorre conciliare il diritto all'autodeterminazione della donna con le aspettative dei genitori intenzionali, spesso entrambi geneticamente legati al nascituro. Al fine di assicurare tali aspettative vengono predisposte delle c.d. “*abortion clauses*” all'interno dei contratti di gestazione per altri, nelle quali è previsto che i genitori intenzionali debbano poter partecipare al processo decisionale che conduce all'interruzione della gravidanza, in forza delle quali possono finanche chiedere che la madre di parto ponga fine alla gestazione⁵⁷⁰ ovvero, al contrario, possono chiedere che porti

⁵⁶⁹ Tra i pochi ad essersi occupati del tema cfr. B. SALONE, *op. cit.*, 169.

⁵⁷⁰ Ad esempio, si può citare il caso Kelly, dal nome della partorientente, nel quale una coppia di genitori intenzionali pretendeva che la madre surrogata abortisse all'indomani dei risultati medici che attestavano i gravi problemi di salute del nascituro. Dal rifiuto della madre surrogata di accettare la richiesta – nonostante i genitori committenti avessero offerto un aumento di 10000 \$ se avesse deciso di portare a termine la gravidanza – ne è scaturita una *querelle* legale tra le parti, all'esito della quale la gestante decise di abbandonare il Connecticut in favore del Michigan, dove

a termine la gravidanza; clausole la cui violazione impone il pagamento di onerose penali di cui si discute la vincolatività giuridica⁵⁷¹.

Seppure in forma diversa, il tema dell'interruzione della gravidanza e della possibilità che i genitori intenzionali partecipino alla decisione della madre surrogata ovvero ricevano un indennizzo o un risarcimento in ragione della scelta adottata dalla gestante si pone anche in quegli ordinamenti nei quali la surrogazione materna è ammessa solo nella forma gratuita⁵⁷²; ed è un tema che anche in Italia è stato affrontato dalla dottrina precedentemente l'introduzione del divieto di surrogazione materna commerciale⁵⁷³.

i contratti di maternità surrogata sono vietati e considerati in contrasto con l'ordine pubblico, Stato nel quale ha poi partorito: cfr. E. COHEN, *Surrogate Offered \$10,000 to Abort Baby*, CNN (Mar. 6, 2013), <http://www.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle/index.html?hpt=hp-cl> (ultima consultazione 16.6.2019). Nel caso Kelly alla gestante era proibito abortire, a meno che lo richiedessero i genitori intenzionali ovvero si fosse in presenza di un rischio per l'incolumità della sua stessa vita.

⁵⁷¹ Il dibattito negli Stati Uniti è molto variegato, anche se molti autori sostengono che “*it cannot be stressed enough that any ART practitioner must ensure that all parties are in agreement about decision making, while understanding that a woman has the constitutional right to choose and any final decision is hers, even though in any gestational surrogacy case the baby is not genetically hers*”: M.L. ROSEMBERG, *Critical legal considerations for all parties to surrogacy arrangements*, in *Fam. Adv.*, 2011, 34, 23; S.L. CROCKIN & H.W. JONES, JR., *The evolving law and policy of assisted reproductive technologies*, Johns Hopkins University Press, 2010, 369; A.W. VORZIMER, *The egg donor and surrogacy controversy: legal issues surrounding representation of parties to an egg donor*

and surrogacy contract, in *Whittier L. Rev.*, 1999, 21, 415; S. LOLLO, *Our baby, her choices: the need for enforcement of gestational surrogate contracts*, in *Family Court Review*, 2018, 182. Per una prospettiva parzialmente diversa cfr. D.L. FORMAN, *op. cit.*, 45, per la quale “*A rule that would prohibit specific enforcement but allow a claim for damages might strike the right balance between the competing interests here. It would protect the surrogate from the physical and emotional burdens of terminating the pregnancy over her objections and avoid compelling her to violate her religious or moral principles. At the same time, it would protect the intended parents against exploitation by allowing some damages for the breach. It would also signal to all parties the significance of this provision*”.

⁵⁷² Nell'ordinamento portoghese, il quale ammette solo la maternità surrogata gratuita, alcuni autori hanno sostenuto che, nonostante la gestante non possa essere indotta ad abortire contro la sua volontà, sia configurabile la possibilità che la stessa venga “*condenada a pagar aos pais contratantes uma indemnização por danos patrimoniais e uma compensação por danos não patrimoniais*”. In questo contesto, viene operata una distinzione a seconda del fatto che la gestante porti a termine la gravidanza nonostante il contrario avviso dei genitori intenzionali ovvero termini la gravidanza contro l'opinione dei genitori intenzionali: nel primo caso, saranno dovuti solo danni patrimoniali, perché la nascita di una nuova vita “*não pode fundar danos morais ressariveis*”; mentre nel secondo caso, saranno dovuti danni sia patrimoniali che extrapatrimoniali: V.L. RAPOSO, *op. cit.*, 34.

⁵⁷³ V. E. GIACOBBE, *Dall'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 596, la quale si interroga – sembrerebbe a mo' di paradosso – se, di fronte alla volontà della madre surrogata di portare a termine comunque la gravidanza nonostante sia a conoscenza del fatto che il feto sia malato, i committenti possano “*invocare la garanzia per vizi della cosa, di cui all'art. 1490 cod. civ., o la mancanza delle qualità promesse, di cui all'art.*

Tuttavia, prima di affrontare questa serie di questioni, è necessario innanzitutto analizzare la fattispecie, confrontandosi sia con la disciplina di cui alla legge n. 40/2004 sia con la disciplina delle legge 22 maggio 1978, n. 194, per poter alla fine trarre alcune considerazioni sul punto.

È solo il caso di precisare che non pongono questioni né l'aborto c.d. spontaneo né il c.d. aborto indiretto, ossia *“quell'atto chirurgico o altra applicazione terapeutica che, indipendentemente dallo stato di gravidanza, fosse richiesto per la salvezza della madre e avesse come conseguenza accessoria la morte del feto”*⁵⁷⁴, né, infine, *“il diretto intervento demolitore, quante volte la interruzione della gravidanza venga compiuta per la necessità di salvare la donna da un danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, determinato o dalla gravidanza o dal parto”*⁵⁷⁵, trattandosi di ipotesi nelle quali l'interruzione volontaria della gravidanza non dipende certo da una scelta volontaria della gestante. Mentre, i dubbi si pongono laddove la gestante decida di abortire data la presenza di *“circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute (...) psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito”* (art. 4, legge n. 194/1978). Anche la previsione per la quale la gestante può interrompere la gravidanza dopo i primi novanta giorni *“quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”* pone questioni di difficile risoluzione se applicata al contesto della gestazione per altri.

A tal proposito, già nel contesto della procreazione medicalmente assistita è stata sostenuta la necessità di operare una rilettura delle norme della legge n. 194/1978, secondo la quale *“la valorizzazione del consenso non consente più di ragionare nei termini di libertà assoluta della donna”* e pertanto *“la facoltà di*

1497 cod. civ.? Entrambe le disposizioni, ai fini dell'operatività della garanzia o del sorgere del diritto di ottenere la risoluzione del contratto, richiedono che vizi o mancanza di qualità rendano la “cosa” inidonea all'uso cui è destinata. È ipotizzabile che un bambino malato sia inidoneo all'uso per il quale è stato voluto, vale a dire soddisfare il desiderio di genitorialità?”.

⁵⁷⁴ G. DI ROSA, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Tratt. Diritto e Bioetica*, cit., 499.

⁵⁷⁵ G. ZUCALÀ, *Aborto*, b) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 135.

interrompere la gravidanza, per essere lecita, e non costituire inattuazione di un accordo, dovrà essere giustificata unicamente con il pericolo di grave danno alla salute della gestante". Di conseguenza, la donna non potrebbe "addurre questioni riguardanti problemi economici e sociali e culturali in senso lato" né la decisione di interruzione della gravidanza potrebbe essere "motivata dalla malformazione del bambino"⁵⁷⁶.

Si tratta tuttavia di posizioni che non trovano riscontro nel nostro ordinamento e, in particolare, nella legge n. 40/2004, la quale consente il ricorso all'interruzione della gestazione anche qualora l'embrione sia stato formato mediante l'ausilio delle tecniche di fecondazione artificiale, peraltro non limitandone il ricorso solo all'ipotesi nella quale l'aborto sia motivato dall'esigenza di evitare un grave danno alla salute della partorientente⁵⁷⁷.

La valorizzazione del consenso all'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale condurrebbe a ritenere estranee tali questioni dal contesto della surrogazione materna, data la specificità della gestazione per altri, nella quale, come visto, la madre surrogata rilascia un atto di consenso con il quale non assume su di sé la responsabilità del futuro nato bensì autorizza esclusivamente un trattamento medico invasivo altrimenti illecito. Al contrario, però, la stessa circostanza costituisce un elemento per riconsiderare l'autonomia della decisione della gravida nella scelta di abortire, in quanto il fatto che la madre surrogata porti avanti la gestazione al fine di dare alla luce un bambino da inserire nella famiglia della coppia intenzionale potrebbe giustificare regole diverse da quelle contenute nella legge n. 194/1978: da un canto, non si legittima il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza in presenza di problemi legati alle condizioni

⁵⁷⁶ M. D'AURIA, *op. cit.*, 1039.

⁵⁷⁷ Si tratta di un'opinione che avrebbe invece trovato riscontro se fosse stato approvato senza emendamenti il testo unificato Bianchi; nel quale era infatti previsto sia che "nell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la presente legge assicura il diritto di nascere del concepito" (art. 1, comma 2) sia che "ai fini della presente legge è vietato l'aborto selettivo di gravidanze plurigemellari" (comma 5). Si intendeva appunto valorizzare l'assunzione di responsabilità del consenso, distinguendo la filiazione da procreazione assistita dalla filiazione da procreazione naturale. Come è stato evidenziato, tuttavia, se fosse stata adottata questa soluzione sarebbe risultata incostituzionale, giacché "la disciplina sull'interruzione della gravidanza è posta infatti a tutela della salute della donna, la quale può essere posta in pericolo anche a seguito di pratiche procreative assistite": U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, cit.*, 1793.

economiche, o sociali o familiari, visto che la responsabilità, anche finanziaria, del nato non sarebbe della gestante bensì dei genitori intenzionali⁵⁷⁸; dall'altro lato, se i genitori intenzionali fossero disposti ad accogliere il minore anche laddove affetto da malformazioni o comunque infermo si impedirebbe il ricorso all'interruzione di gravidanza, dal momento che, anche in questo frangente, la responsabilità del nato non sarebbe della partoriente bensì di coloro i quali hanno espresso il consenso alla procreazione medicalmente assistita⁵⁷⁹.

Tuttavia, una soluzione giuridica che dovesse ritenere prevalente l'interesse dei genitori intenzionali non sarebbe compatibile con l'attuale assetto normativo, in quanto determinerebbe una gravidanza forzata⁵⁸⁰: nonostante la rilevanza dell'interesse del genitore o dei genitori genetici a che la gestazione prosegua, *“non pare che tale interesse sia tutelato al punto da obbligare la donna a proseguire la gravidanza, nonostante la sua decisione di abortire”*⁵⁸¹. Ciò considerato, si può al più riconoscere un ruolo consultivo ai genitori intenzionali, i quali verrebbero sentiti dalla struttura sociosanitaria o dal medico incaricato al *“solo al fine di meglio responsabilizzare la donna incinta ai fini della decisione finale che spetta però solo a lei”*⁵⁸². Tale soluzione risulta peraltro compatibile con l'attuale assetto della disciplina che regola l'interruzione volontaria della gravidanza, la quale, pur considerando ininfluyente ogni volontà diversa da quella

⁵⁷⁸ In questo senso, T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., 58, per il quale *“riguardo alla possibilità per la donna, che ha assunto l'impegno di generare il frutto del concepimento altrui, di ricorrere all'aborto essa non può negarsi a priori in conformità alla legge in materia. Tuttavia, nel valutare la fondatezza delle ragioni che inducono la donna a formulare la richiesta di interruzione della gravidanza deve tenersi conto delle peculiarità del caso. Non può accogliersi, a nostro avviso, una richiesta fondata su ragioni economiche o familiari perché non sembra prospettabile il pericolo per la salute psichica della donna, potendo provvedere al nascituro i genitori genetici”*.

⁵⁷⁹ A. FIORE, *op. cit.*, 75.

⁵⁸⁰ M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 199.

⁵⁸¹ A. FIORE, *op. cit.*, 75. Nello stesso senso A. VALONGO, *op. cit.*, 177, per la quale *“nel periodo in cui l'embrione è dentro il corpo della donna, ogni decisione deve spettare alla medesima, in quanto il rapporto derivante dalla gravidanza è tale che ogni intervento sul feto è intervento anche sulla gesta, la quale, dunque, deve sempre mantenere il controllo su di sé, restando libera di decidere di ricorrere all'interruzione della gravidanza in presenza dei presupposti di legge”*.

⁵⁸² G. IADECOLA – M. FARINACCI, *L'inseminazione artificiale umana. Aspetti medici, medico-legali e giuridici*, Padova, 1987, 61; A. FIORE, *op. cit.*, 75.

della donna incinta⁵⁸³, permette al padre del concepito – sempre che lo consenta la gravida – di essere presente sia dinanzi al consultorio e alla struttura sociosanitaria sia dinanzi al medico di fiducia della gestante nell'ipotesi di aborto entro i primi novanta giorni (art. 5, legge n. 194/1978). Cionondimeno, è importante sottolineare che, anche in presenza del consenso della gestante alla partecipazione del padre del concepito, la figura paterna “*non assume mai un ruolo codecisionale in ordine alla scelta se interrompere o meno la gravidanza, che è e rimane di esclusiva spettanza della donna*”⁵⁸⁴: negli stessi termini va *a fortiori* escluso che possa assumere un ruolo codecisionale la figura dei genitori intenzionali, i quali possono essere ascoltati nella misura in cui la gestante lo consenta.

Sorge spontanea la domanda se i genitori intenzionali siano successivamente legittimati a chiedere il risarcimento del danno sofferto a causa della scelta della gestante di interrompere la gravidanza. Una questione assimilabile si è posta in giurisprudenza con riguardo al padre del concepito, la cui domanda di risarcimento del danno per lesione del diritto alla paternità avanzata nei confronti della moglie per aver abortito è stata però respinta sulla base della considerazione che la legge n. 194/1978 attribuisce alla donna il diritto di decidere in via esclusiva circa la prosecuzione o l'interruzione della gravidanza⁵⁸⁵. Nello stesso senso già i giudici di merito avevano escluso che ai fini dell'addebito della separazione personale potesse assumere rilievo l'intervenuta interruzione volontaria della gravidanza da parte della moglie alla quale il marito era contrario⁵⁸⁶, “*atteso che, laddove l'esercizio di tale facoltà, riconosciuta dalla legge esclusivamente in favore della donna, avvenga in modo legittimo, non è possibile poi applicare nei suoi confronti una sanzione (come è quella dell'addebito della separazione) per la (insindacabile) scelta (autonomamente)*

⁵⁸³ G. IADECOLA – M. FARINACCI, *op. cit.*, 61.

⁵⁸⁴ G. DI ROSA, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Tratt. di Diritto e Bioetica*, cit., 512.

⁵⁸⁵ Il riferimento è Cass., 5.11.1998, n. 11094, in *Fam. dir.*, 1999, 125, con nota di G. FERRANDO; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 708, con nota di M. GRONDONA; Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 69.

⁵⁸⁶ Trib. Monza, 26.1.2006, in *Fam. dir.*, 2006, 198, con nota di G. DE MARZO; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 256, con nota di M. MONTANARI.

effettuata in quanto coniugata”⁵⁸⁷. Anche a fronte di questa giurisprudenza consolidata sembra difficile sostenere la possibilità per i genitori intenzionali di agire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno morale sofferto⁵⁸⁸.

Affrontiamo, adesso, l’ipotesi nella quale siano i genitori intenzionali a richiedere che la madre surrogata interrompa la gravidanza, ad esempio perché il feto risulta affetto da malformazioni o da anomalie genetiche. A tal riguardo, di particolare rilevanza risulta la questione dell’interpretazione dell’art. 6, comma 2, lett. b), laddove le malformazioni fetali o le anomalie genetiche, il cui accertamento potrebbe aprire la strada alle procedure abortive, rilevano non in quanto tali, ma nella misura in cui determinano *“un grave danno alla salute della donna”*. In questo contesto, può avanzarsi il dubbio che per una madre gestante, la quale abbia già deciso di esercitare all’atto del parto il diritto di non essere nominata nell’atto di nascita, al fine di consentire l’assunzione di responsabilità genitoriale nei confronti del bambino da parte della coppia intenzionale, *“la conoscenza di eventuali anomalie fetali non possa comprometterne lo stato psichico al punto da costituire un grave danno alla propria salute, dal momento che è bene consapevole del fatto che non dovrà occuparsi di quel figlio ormai destinato ad altri”*⁵⁸⁹. Il problema psicologico, invece, potrebbe affliggere in tutta la sua gravità la madre genetica, chiamata successivamente ad esercitare i propri doveri di madre (legale) insieme al marito o al convivente. Tuttavia, nonostante la prospettiva aperta possa anche condurre ad esiti opposti, non sembra possibile attribuire in via interpretativa rilievo giuridico ai possibili pregiudizi alla salute psicofisica della coppia intenzionale, sia perché, come detto, la natura solidale e non vincolante del consenso esclude che i genitori intenzionali di fronte alla scelta della madre surrogata di portare a termine la gravidanza possano esercitare alcun diritto contrattuale, sia perché non potrebbero influenzare una decisione così

⁵⁸⁷ G. DI ROSA, *L’interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 513.

⁵⁸⁸ Esclude anche che possa sorgere alcuna responsabilità a carico in caso di ricorso all’aborto dalla parte della madre surrogata per *“l’affidamento prima ingenerato e poi frustrato”*: U. RUFFOLO, *op. cit.*, 31.

⁵⁸⁹ A. FIORE, *op. cit.*, 75.

intima e invasiva della sfera personale e corporea rimessa esclusivamente alla gestante⁵⁹⁰.

Risulta legittimo, invece, ragionare su possibili azioni risarcitorie da esercitare nei confronti della madre surrogata una volta nato il minore, sempre che il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali sia stato istaurato su impulso della stessa coppia intenzionale o, in alternativa, del tutore nominato dal giudice.

La risposta negativa si potrebbe imporre in forza dell'argomento per il quale la nascita di un essere umano, ancorché non desiderato dai genitori, non può di per sé rappresentare un danno risarcibile⁵⁹¹. Tuttavia, il nostro ordinamento conosce già di azioni con le quali si chiede il risarcimento del danno consistente nella nascita di un nuovo essere umano: si fa riferimento a quel tipo di danni, ricompresi nella più ampia categoria dei danni cd. da "nascita indesiderata"⁵⁹², nell'ambito dei quali si contesta al medico l'inefficacia dell'intervento di interruzione della gravidanza praticato, il quale non ha in realtà interrotto la gestazione⁵⁹³, ovvero il fallito intervento di sterilizzazione⁵⁹⁴ oppure ancora

⁵⁹⁰ Assunto confermato nella sua portata da Corte cost., 31.3.1988, n. 389, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2110, con nota di R. ROMBOLI; anche in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1073, con nota di A. DE CUPIS, la quale ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 5, legge n. 194/1978, nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna che chiede di interrompere la gravidanza.

⁵⁹¹ Cfr. le osservazioni in materia di: G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Fam. e dir.*, 2001, 106; E. BILOTTA, *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 446; E. GIACOBBE, *La filiazione da "inadempimento"*, in *Giust. civ.*, 2003, 2602.

⁵⁹² All'interno di questa categoria rientrano anche la nascita di bambini affetti da gravi malformazioni non diagnosticate. In questo caso, però, non si lamenta la nascita di un nuovo essere umano in sé ma la perdita della *chance* di poter interrompere la gravidanza ovvero di per sé la mancata corretta informazione sulle reali condizioni di salute del concepito da parte del medico e/o della struttura sanitaria. Peraltro, in caso di errore medico sullo stato di salute del feto concepito a seguito del ricorso alla gestazione per altri è possibile ipotizzare una legittimazione attiva anche dei genitori intenzionali oltre che della gestante, ovviamente sempreché gli stessi vengano riconosciuti quali i genitori del minore. Sul tema in generale, *ex multis*, v. F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1519; P. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, 45; M. FOGLIA, *Nascita indesiderata e danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 276

⁵⁹³ Cass. civ., 29.7.2004, n. 14448, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1348, con nota di M. GORGONI; Trib. Reggio Emilia, 7.10.2015, in *Giur. it.*, 2016, 1598, con nota di A. FERRERO. Peraltro, per giurisprudenza consolidata legittimato alla richiesta di risarcimento è anche il padre: Cass. civ., 5.2.2018, n. 2675, in *Corr. giur.*, 2018, 923, con nota di V. CARBONE; Cass. civ., 29.1.2018, n. 2070, in *www.italgiure.it*. Per approfondimenti si rinvia a v. G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, diretto da M. Sesta, Milano, 2009, 277; C. FAVILLI, *Il danno non patrimoniale da c.d. nascita indesiderata*, in *Il danno non*

l'errata prescrizione di farmaci contraccettivi, che non hanno impedito la nascita non voluta di un bambino⁵⁹⁵. Per di più, a differenza di questi casi⁵⁹⁶, nei quali i genitori lamentano in sé la nascita di un figlio, nonostante questi sia sano, nella fattispecie qui ipotizzata i genitori intenzionali reclamano per la nascita di un figlio malato. Cionondimeno, la risposta negativa si impone comunque – sebbene non in forza dell'argomento per il quale la nascita di un essere umano non possa di per sé rappresentare un danno risarcibile –, bensì nella misura in cui la scelta di condurre a termine la gravidanza e di dare alla luce il bambino rappresenta un diritto riconosciuto dalla legge esclusivamente alla gestante e, pertanto, laddove venga esercitato in modo legittimo non risulta possibile chiamare la donna a risponderne⁵⁹⁷.

5. L'EFFETTO COMBINATO DEGLI ATTI DI CONSENSO.

Negli ordinamenti nei quali la gestazione per altri commerciale è ammessa il contratto di maternità surrogata impone alla madre portante di rinunciare alla maternità e, nel caso in cui manifesti la volontà contraria di tenere con sé il minore, dà titolo ai genitori intenzionali per ricorrere all'autorità giudiziaria: sono numerose le pronunce statunitensi aventi ad oggetto proprio la condanna per inadempimento dell'obbligo di consegna del minore alla coppia committente⁵⁹⁸.

patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2010, 493.

⁵⁹⁴ Trib. Milano, 20.10.1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 1144, con nota di M. GORGONI; Trib. Venezia, 10.9.2002, in *Danno resp.*, 2003, 403 ss., con nota di BITETTO; Trib. Tolmezzo, 7.6.2011, n. 177, in *Fam. dir.*, 2012, 272 ss., con nota di BILÒ.

⁵⁹⁵ Tribunale Milano, 31.3.2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1265, con nota di L. BARDARO.

⁵⁹⁶ Casi nei quali il danno assume una duplice natura: patrimoniale, derivante dall'obbligo di mantenimento, e non patrimoniale, discendente dallo stravolgimento delle abitudini di vita a ragione dell'assolvimento degli obblighi di cura e assistenza morale: cfr. M. GAZZARA, *Inganno e nascita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 27.

⁵⁹⁷ In questo senso, 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

⁵⁹⁸ Molte di queste pronunce sono già stata citate in varie parti del presente lavoro, quali, ad esempio, In re Baby M, *cit.*, 515; Johnson v. Calvert, *cit.*, 337. Negli Stati Uniti la letteratura in materia è vastissima. Fra i molti v. J.L. HILL, *The case for enforcement of the surrogate contract*, in *Politics and the life sciences*, 1990, vol. 8, n. 2, 147; M.A. FIELD, *The case against enforcement of surrogacy contracts*, 1990, vol. 8, n. 2, 199; R.A. EPSTEIN, *Surrogacy: the case for full contractual enforcement*, in *Virginia law review*, 1995, vol. 81, n. 8, 2305; J. DALZELL, *The enforcement of selective reduction clauses in surrogacy contracts*, in *Widener Commw. L.*

Diversamente, negli ordinamenti nei quali invece è permessa la gestazione per altri solo se gratuita, l'attuazione dell'impegno è rimesso ad una libera scelta della madre di parto e a fronte di una volontà contraria della madre surrogata ai genitori intenzionali non è concesso un rimedio giudiziale: in Inghilterra, ad esempio, i contratti di gestazione per altri sono “unenforceable” e i genitori intenzionali non possono avanzare una domanda volta ad ottenere l'affidamento del minore, né diretta ad avere indietro quanto speso a favore della madre surrogata e in esecuzione dell'accordo⁵⁹⁹.

Allo stesso modo nel nostro ordinamento la rinuncia della madre surrogata ai propri diritti sul nato – manifestata attraverso l'esercizio del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita – è rimessa alla libera scelta della partoriente, la quale al momento del parto potrebbe non tenere ferma la volontà di rinunciare al rapporto e decidere quindi di assumere su di sé la responsabilità del nato⁶⁰⁰. In questo caso i genitori intenzionali potrebbero agire in giudizio – nei termini che si sono già visti – facendo valere il loro collegamento genetico con il minore: non vi è spazio, almeno all'interno della ricostruzione fin qui condotta, per prospettare l'ipotesi di una consegna forzata del minore, la quale, del resto, come è solo il caso di precisare, non può certo discendere da un rapporto fondato sulla solidarietà⁶⁰¹. Peraltro, si tratterebbe di azioni, anche solo difficilmente

Rev., 2018, vol. 27, 83; D.S. MAZER, *Born breach: the challenge of remedies in surrogacy contracts*, in *Yale journal of law and feminism*, 2017, vol. 28, 211.

⁵⁹⁹ Cfr. C. PURSHOUSE – K. BRACEGIRDLE, *The problem of unenforceable surrogacy contracts: can unjust enrichment provide a solution?*, in *Medical law review*, 2018, vol. 26, 557. Nel sistema inglese la madre di parto deve affidare il minore in modo spontaneo e consapevole alla coppia intenzionale, la quale entro sei mesi dalla nascita del bambino può avanzare una richiesta all'autorità giudiziaria affinché emetta un *parental order* con il quale, verificata la situazione di fatto e il rispetto delle condizioni di legge, riconosca anche giuridicamente la genitorialità ai genitori intenzionali. Una volta che la madre surrogata abbia confermato la propria disponibilità a rinunciare al ruolo di genitore a favore dei genitori intenzionali e sia stato emesso l'ordine parentale, un suo eventuale ripensamento non assumerà più valore giuridico.

⁶⁰⁰ 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, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, 7; C.M. D'ARRIGO, *Integrità fisica*, cit., 735; L. DI BONA, *op. cit.*, 120; A. GALASSO, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 2001, 927; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità. Biotecnologie e “atti di disposizione del corpo”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 771; G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 527.

⁶⁰¹ In questo senso già L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., 402.

configurabili, sulla cui incompatibilità con i principi costituzionali e dell'ordinamento è certamente possibile nutrire più che ragionevoli dubbi⁶⁰².

Questione diversa è se i genitori intenzionali possano avanzare pretese risarcitorie per la lesione dell'affidamento riposto sulla realizzazione del loro progetto genitoriale. Risulta opportuno chiedersi innanzitutto se dall'assunzione di responsabilità genitoriale da parte della madre surrogata possano discendere conseguenze risarcitorie, anche perché dall'impossibilità di eseguire coattivamente la prestazione non può desumersi di per sé l'assenza di efficacia impegnativa della promessa, in quanto il profilo dell'incoercibilità va tenuto distinto da quello della vincolatività⁶⁰³.

Un primo ostacolo è rappresentato dalla difficoltà di individuare (e quindi qualificare) la posizione giuridica soggettiva violata dei genitori intenzionali di cui chiedono il risarcimento, in quanto appare dubbio la stessa configurabilità di un diritto soggettivo di divenire genitori attraverso il ricorso alla pratica della gestazione per altri. Dubbio, tuttavia, superabile almeno ogni qualvolta la coppia condivida con il minore un legame genetico⁶⁰⁴.

Diversamente, un secondo ostacolo è rappresentato dall'attribuzione giuridica della qualifica di madre, perché se il giudice dovesse ritenere madre colei che ha partorito, la gestante avrebbe quindi diritto di rifiuto di “consegnare” il nato ai genitori intenzionali e l'eventuale danno da loro sofferto sarebbe irrisarcibile in quanto privo del carattere dell'ingiustizia. Mentre, se il giudice attribuisse la

⁶⁰² V. E. GIACOBBE, *Dall'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, cit., 597, la quale si chiede, sembrerebbe in forma di paradosso, se nel caso in cui la madre surrogata si rifiuti di dare corso all'accordo sia “ipotizzabile il ricorso alla esecuzione forzata in forma specifica per consegna o rilascio di cui all'art. 2930 cod. civ.?”; G. MILAN, *La madre su commissione*, cit., 320, il quale esclude che di fronte all'eventuale rifiuto della madre surrogata di dare corso all'accordo i genitori intenzionali possano trovare tutela delle proprie ragioni in sede giudiziaria.

⁶⁰³ L. DI BONA, *op. cit.*, 131, per la quale la coercibilità, vista la natura personalissima e non patrimoniale degli interessi coinvolti, è incompatibile con gli atti di disposizione del proprio corpo, mentre l'efficacia impegnativa, seppure risulti affatto diversa dalla vincolatività propria dei rapporti patrimoniali – in quanto rispondente alla salvaguardia di valori e interessi esistenziali –, non è altrettanto incompatibile. Più in generale sull'erronea identificazione della giuridicità con lo specifico momento coercitivo: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 326.

⁶⁰⁴ B. SALONE, *op. cit.*, 170, il quale rileva che “in senso affermativo sembrerebbe essersi orientata la Corte costituzionale nella sentenza che ha fatto venir meno dal nostro ordinamento il divieto di p.m.a. eterologa”.

maternità alla madre genetica potrebbe al contrario ritenere ingiusto il comportamento della gestante: in questa ricostruzione la partoriente avrebbe tenuto un comportamento non giustificato dall'esercizio di un diritto (*non iure*) – essendo priva della qualifica di madre –, mediante il quale avrebbe violato il diritto alla genitorialità dei genitori intenzionali⁶⁰⁵.

Tuttavia, a queste prime riflessioni occorre aggiungere un secondo ordine di considerazioni, prima di poter trarre delle prime (parziali) conclusioni.

Nonostante di fronte ad una scelta assunta in maniera consapevole, informata e con volontà non viziata, il principio di coerenza e di responsabilità impediscano – in linea di massima – che la successiva contraria volontà del soggetto possa rimuovere gli effetti che ne siano scaturiti, la peculiarità della fattispecie *de quo* conduce a ritenere che è tale il valore da attribuire alla libertà di ripensamento della madre surrogata da escludere la possibilità di far scaturire conseguenze risarcitorie dall'esercizio del suo diritto di essere riconosciuta come madre legale. Del resto, malgrado il ruolo sempre maggiore riconosciuto al principio del giustificato affidamento possa condurre ad una conclusione opposta⁶⁰⁶, l'applicabilità di tale principio e di quello che esclude la piena e assoluta revocabilità di decisioni di natura personale se prese in modo libero e consapevole deve essere verificata dall'interprete di volta in volta “*in relazione agli interessi coinvolti e alla specifica situazione in cui si prospetta la possibilità di un ripensamento*”⁶⁰⁷.

Di conseguenza, nonostante la suggestione pocanzi prospettata, non sembra che in *subiecta materia* possa realisticamente farsi riferimento ad un'ipotesi risarcitoria, dal momento che la madre surrogata non ha leso un diritto altrui venendo meno ad obbligazioni in precedenza assunte – che, in ipotesi, avrebbero

⁶⁰⁵ Presupposto di questa prospettiva è l'accoglimento da parte del giudice della prospettazione di un diritto dei genitori intenzionali a divenire genitori attraverso il ricorso alla maternità surrogata: cfr. B. SALONE, *op. cit.*, 170.

⁶⁰⁶ Conclusione secondo la quale, pur in assenza di un vincolo contrattuale, “*l'affidamento di fatto sul comportamento dell'altra parte, suscitato dalle sue dichiarazioni o dal suo comportamento, fonda almeno il diritto ad essere ristorati economicamente per le spese affrontate*”: R. CATERINA, *La tutela dell'affidamento tra accordi illeciti e contratti invalidi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1267; cfr. M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, *cit.*, 845.

⁶⁰⁷ A. GALASSO – S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, *cit.*, 69.

potuto far sorgere proprio quel diritto altrui ipoteticamente violato –, né ha commesso un illecito extracontrattuale. Si è piuttosto avvalsa di un diritto il cui esercizio ha potuto produrre anche delle conseguenze negative in termini patrimoniali e non patrimoniali nella sfera dei genitori intenzionali, ma *qui iure suo utitur neminem laedit*. Si potrebbe al più configurare come un'ipotesi di responsabilità da fatto lecito.

Tuttavia, nonostante le svariate fattispecie contemplate nel nostro ordinamento di fatti leciti che producono allo stesso tempo danni risarcibili nella sfera giuridica altrui, la dottrina maggioritaria nega che da tali casi sia possibile trarre una categoria generale all'interno della quale fare rientrare anche ipotesi atipiche come quella in oggetto⁶⁰⁸.

Accogliere una tale soluzione, in altri termini, “*presupporrebbe altresì l'affermazione dell'atipicità della responsabilità da atto lecito, pur in mancanza di una clausola generale equivalente a quella di cui all'art. 2043 c.c., mentre è invece opinione prevalente che le ipotesi di risarcimento (rectius: indennizzo) da atto lecito, tra loro assai omogenee, debbano essere espressamente e tipicamente previste dal legislatore*”⁶⁰⁹.

In ogni caso, a prescindere dalle innegabili peculiarità della figura della responsabilità da fatto lecito, occorre ricordare che siamo di fronte ad un comportamento che si colloca “*nella dimensione morale dell'altruismo puro, non giuridicamente coercibile*”⁶¹⁰, e quindi non destinato a vincolare in alcun modo la madre surrogata a mantenere l'impegno assunto⁶¹¹. In questo contesto,

⁶⁰⁸ P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, 120; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da fatto lecito*, Milano, 1964, 72; G. TUCCI, *La responsabilità da fatto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 264; G. TULUMELLO, *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1999, 416. Per una diversa prospettiva, G. GIACOBBE, *Sub artt. 2044-2045 c.c.*, in *Illecito e responsabilità civile*, t. I, nel *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2005, 100; L. DI BONA, *op. cit.*, 224, per il quale “*la regola dell'art. 81 c.c. rappresenta la puntuale espressione di un principio generale di tutela dell'affidamento nei rapporti a contenuto non patrimoniale*”.

⁶⁰⁹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., 108. Nel senso che non può qualificarsi ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., un danno prodotto da un comportamento posto in essere nell'ambito di un diritto: F.C. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 77; *contra*, G. TUCCI, *op. cit.*, 264.

⁶¹⁰ G.B. FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, cit., 133.

⁶¹¹ Più in generale, risulta problematico “*estendere la risarcibilità dei danni subiti da chi abbia fatto 'affidamento' su impegni 'non giuridici', in altre parole ammettere la rilevanza giuridica, e*

l'aspettativa che tale promessa possa far sorgere in capo ai genitori beneficiari non assume i contorni di una vera e propria aspettativa giuridicamente rilevante, ma rimane, piuttosto, sul piano di una semplice *spes*, giuridicamente non tutelabile⁶¹².

Inoltre, la prospettiva che i genitori intenzionali possano chiedere alla gestante il risarcimento del danno potrebbe sensibilmente condizionare la scelta della partoriente, rappresentandone un fattore di pressione sulla sua volontà e sulla sua libertà di autodeterminarsi. Di fronte al timore di eventuali risarcimenti derivanti dall'esercizio del diritto, la donna potrebbe decidere di non far valere comunque il proprio titolo alla maternità, a prescindere dalla sua libera volontà: tale preoccupazione ha spinto il Tribunal Constitucional de Portugal – chiamato a giudicare della legittimità costituzionale della legge con la quale è stata legalizzata nel Paese lusitano la gestazione per altri – a stabilire che la revoca della madre surrogata debba essere “*livre, no sentido de excluir qualquer indemnização (...) não havendo lugar qualquer incumprimento contratual*”. Secondo i giudici costituzionali portoghesi l'eventualità che la madre surrogata possa andare incontro a richieste di risarcimenti ovvero di indennizzi patrimonializzerebbe *a posteriori* un rapporto che dovrebbe invece essere impostato dall'inizio alla fine esclusivamente sulla gratuità e l'altruismo⁶¹³. Nel contesto della gestazione per altri si può ritenere che la libertà del soggetto debba essere garantita al punto da escludere che dalla revoca del consenso possano derivare conseguenze risarcitorie⁶¹⁴.

quindi la risarcibilità dell'inadempimento di un impegno non giuridico”: L. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 214, articolo al quale si rinvia per approfondimenti sul tema (v. nota 18).

⁶¹² 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. Più in generale è stato rilevato che una generale applicazione dei principi e dei valori, come quelli dell'affidamento, peculiari dei rapporti economici, non sarebbe consentita nella disciplina dei rapporti non patrimoniali in considerazione della sostanziale diversità dei due ambiti tematici: P. PERLINGIERI – R. PANE, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁹, Napoli, 2018, 494; G.B. FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, *cit.*, 133, per il quale l'affidamento o l'aspettativa che tali promesse che si collocano nell'altruismo puro possano far sorgere si devono porre sul piano di una mera speranza, giuridicamente non sanzionabile. La sanzione “*non potrà che essere quella (morale) della riprovazione, in coerenza con la dimensione superetica in cui la prestazione promessa si collocava*”.

⁶¹³ Tribunal Constitucional de Portugal, 24.04.2018, n. 25, *cit.*

⁶¹⁴ Cfr. D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, *cit.*, 7, il quale applica alla maternità surrogata il modello del contratto reale che viene anche definito nel contesto delle prestazioni attinenti al corpo del contratto non consensuale.

Né si può chiedere alla madre surrogata di esercitare il suo diritto tenendo in considerazione l'interesse dei genitori intenzionali⁶¹⁵, limitandone il pregiudizio⁶¹⁶, perché non è possibile conciliare i due interessi, in quanto inevitabilmente contrastanti; né, peraltro, sembra in concreto attuabile la proposta di indagare sulle reali motivazioni che hanno spinto la gestante ad esercitare i diritti di madre, ammettendo ad esempio il risarcimento soltanto laddove la decisione fosse stata dettata dal mero intento di pregiudicare i genitori intenzionali ovvero fosse stata premeditata fin dall'inizio del trattamento⁶¹⁷, attesa, da un lato, l'intrinseca imperscrutabilità delle ragioni che hanno potuta muovere la partoriente ad una tale scelta e, dall'altro lato, la difficoltà di distinguere le

⁶¹⁵ Nella dottrina statunitense – 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.

⁶¹⁶ G.B. FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, cit., 134, sottolinea che tale potere di recedere *ad nutum*, indiscutibile, dovrebbe tuttavia “*essere esercitato con quella misura di eticità, cui si era ispirata la prestazione interrotta*”, pur confermando che, anche ove ciò non accadesse, non sarebbe possibile “*invocare l'intervento dello Stato e dei suoi giudici*”.

⁶¹⁷ In relazione ad altre prestazioni, sempre caratterizzate da un fine etico o superetico, è possibile invece immaginare casi limite in cui il risarcimento è ammissibile: cfr. R. CATERINA, *op. cit.*, 1271, la quale fa l'esempio di “*un'associazione che per motivi ideali è contraria ad un particolare farmaco decida di boicottarne la sperimentazione, attraverso 'falsi volontari' che revocheranno, all'ultimo momento, il consenso. In un simile caso, sembra difficile escludere che i promotori della sperimentazione possano chiedere un risarcimento dei danni (che comprenda, ad esempio, le spese inutilmente affrontate), di fronte ad un comportamento contrario alla buona fede*”. Si ammette la possibilità del risarcimento inoltre nell'ipotesi nella quale il donatore del rene revochi il consenso quando siano già iniziate le operazioni preliminari dirette al successivo trasferimento e impianto dell'organo: L. DI BONA, *op. cit.*, 202; C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, cit., 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*”; *contra*, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 318, il quale nega il risarcimento; in una posizione intermedia A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., spec. 14 e 26, il quale esclude si possa parlare di risarcimento ma apre alla possibilità di un indennizzo laddove “*la promessa sia stata di valenza tale da indurre il promissario a sostenere delle spese (di ricovero, per indagini di compatibilità istologica dell'organo) in vista del futuro trapianto*”.

motivazioni strumentali dall'istaurarsi di legittimi legami affettivi con il nascituro⁶¹⁸.

⁶¹⁸ Si tratta di una scelta inevitabilmente sottratta alle regole della correttezza e della buona fede, rimessa com'è all'assoluta discrezionalità della madre surrogata, la quale soltanto al momento del parto può avvertire come inaccettabile la prospettiva di doversi allontanare dal nato: cfr., per la prospettiva secondo la quale determinate categorie di situazioni soggettive risulterebbero per loro stessa natura sottratte a qualsiasi controllo in termini di abuso: U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 5 ss e spec. 62; G. RESTA, *Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 329, nota 82. Per un diverso punto di vista cfr. L. DI BONA, *op. cit.*, 190, per il quale il principio di affidamento e "di correttezza (buona fede) rilevarebbe in ogni rapporto, indipendentemente dal carattere patrimoniale o meno del relativo contenuto". Per l'A. l'affidamento troverebbe ragione nell'intervenuta nascita "di un rapporto giuridico derivante dal contatto sociale che, in seguito all'iniziale manifestazione di consenso, pone in relazione le sfere giuridico-soggettive di due persone" (spec. 196).

BIBLIOGRAFIA

- 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.
- AA.VV., *Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies*, in *Int. J. Behav. Dev.*, 2009, 33, 385.
- AA.VV., *Surrogacy in the UK: Further evidence for reform*, Second Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, Dicembre 2018.
- AA. VV., *The Cambridge handbook of human dignity: interdisciplinary perspectives*, Cambridge University, 2014.
- AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human Reproduction Update*, 2016.
- ABIGNENTE A. – SCAMARDELLA F., *Dignità della persona*, Napoli, 2013.
- ABRAMS R., *Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options*, in *New York Times*, 2 maggio 2016.
- ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018.
- AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934.
- AGOSTA S., *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di L. MONTUSCHI, Art. 32, in *Commentario alla Costituzione Branca*, 1976, Roma.
- AGRIFOGLIO G., *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, 753.
- ALDERGROVE J., *On Dignity*, in *Why We Are Not Obsolete Yet. Genetics, Algeny, and the Future*, a cura di J. ALDERGROVE, Burnaby, 2000.
- ALLAN S., *Commercial surrogate and child: ethical issues, regulatory approaches, and suggestions for change*, 2014, May 30.
- ALLEN A.L., *Surrogacy, slavery, and the ownership of life*, in *Harv J Law Public Policy*, 1990, 13(1), 139.
- ALPA G. – ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger, sub artt. 1-10*, Milano, 1996.

- ALPA G., *Appunti sulla inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 343.
- ALPA G., *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 21.
- ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993.
- ALPA G., *L'inseminazione artificiale*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1985, 333.
- AMATO S., *Autonomia procreativa e diritti riproduttivi*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno di Roma, 30.5.2010, a cura di A. BARENGHI, Milano, 2011.
- ANDERSON E.S., *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, in *Health care analysis*, 2000, 8, 19.
- ANDORNO R., *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 34, 232.
- ANGELINI F., *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*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017.
- ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997.
- ANLEU S., *Surrogacy: For Love but Not for Money?*, in *Gender and Society*, 1992, 6, 45.
- ANNUNZIATA A.G., *La nozione di « buon costume » e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2011, 186.
- ANRÒ I., *Il protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 18.
- ANTONINI L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno Nazionale dell'U.G.C.I., Pavia, 5-7.12.2009, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano, 2012.
- ANZILLOTTI D., *Corso di lezioni di diritto internazionale (Diritto privato)*, Roma, 1918.
- APPLETON S.F., *Reproduction and regret*, in *Yale journal of law and feminism*, 2012, 256.
- ARAMINI M., *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2015.
- ASCH A., *Reproductive technology and disability*, in *Reproductive laws for the 1990s*, a cura di S. COHEN – N. TAUB, Humana Press, 1989, 69.

ASCONE G. – ROSSI CARLEO L., *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione giuridica nel nostro Paese*, Napoli, 1986.

ASTA G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La comunità internazionale*, 2013, 774.

ASSANTI C., *Eguaglianza e differenza tra Costituzione e fonti internazionali*, in *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, a cura di M.T. GUERRA MEDICI, Napoli, 1996.

AULETTA T., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.

AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 1.

AULETTA T., *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del Seminario Giuridico*, vol. V, Milano, 2005.

AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Torino, 2018.

ATIENZA M., *A propósito de la dignidad humana*, in *Revista PUCP*, 2008, 36, 133.

AZZARITI G., *Intervento*, in *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'osservatorio costituzionale presso la LUISS «Guido Carli» dal 2003 al 2005*, a cura di S.P. PANUNZIO, Padova, 2007.

AZZARRI F., *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Famiglia*, 2019, 561.

BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

BALDINI G., *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam.*, 1997, 343.

BALDINI G., *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1998, 775.

BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999.

BALDUZZI R. – PARIS D., *Corte costituzionale e consenso in-formato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4963.

BALESTRA L., *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di E. CAMASSA – C. CASONATO, Trento, 2005.

BALLESTEROS J., *Los valores femeninos en bioética*, in A. PARISI, *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona, 2002.

- BARAM D. – TOURTELOT E. – MUECHLER E. – HUANG K., *Psychosocial adjustment following unsuccessful in vitro fertilization. J psychosom obstet gynecol*, 1988, 9, 181.
- BARILE G., *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, Milano.
- BARBA V., *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 381.
- BARBA V., *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403.
- BARCELLONA M., *Attribuzioni normative e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, 676.
- BARCELLONA P., *Famiglia (diritto civile)*, voce, *Enc. dir.*, XVI, 1967, Milano.
- BARNI M., *Presupposti e finalità della F.A.*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, a cura di F.D. BUSNELLI – A.R. GENAZZANI – E. RIPEPE, Roma, 1997, 11.
- BASLINGTON H., *Implications of the IVF surrogacy case and the ethical and moral limits of reproductive technologies in Britain Women's Studies International Forum*, 1996, 19, 675.
- BASLINGTON H., *The social organization of surrogacy: Relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, in *Journal of Health Psychology*, 2002, 7, 57.
- BECCHI P., *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009.
- BEDDARD R., *Human rights and Europe*, Cambridge, 1993.
- BEGHE' LORETI A., *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, II, 1993, 439.
- BEHUNIAK – LONG S., *Radical conceptions: Reproductive technologies and feminist theories*, in *Women and Politics*, 1990, 10, 3, 39.
- BENANTI C., *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 241.
- BENINI G., *La formazione e gestione dell'atto di nascita*, EDK editore, 2013.
- BENVENUTI M., *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012.
- BERARDO F., *“La dignità umana è intangibile”: il dibattito costituyente sull'art. 1 del Grundgesetz*, in *Quad. cost.*, 2006, 2, 387.
- BERGOIGNAN-ESPER C., *Gestation pour autrui à l'étranger et reconnaissance de la filiation en France*, in *RDSS*, 2014, 887.
- BERLINGUER G., *Etica della salute*, Milano, II, 1997.

- BERNARDINI M.G., *Disabilità, giustizia, diritto*, Torino, 2016.
- BERNSTEIN G., *Unintended consequences: prohibitions on gamete donor anonymity and the fragile practice of surrogacy*, in *Indiana Health Law Rev.*, 2013, 10, 291.
- BERTHIAU D. – BRUNET L., *L'ordre public au préjudice de l'enfant*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 1522.
- BESSONE M. – ALPA G. – D'ANGELO A. – FERRANDO G. – SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.
- BESSONE M. – FERRANDO G., *Persona fisica (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.
- BEYLEVELD D. – BROWNSWORD R., *Human dignity in Bioethics and BioLaw*, Oxford, 2011.
- BIANCA C.M., *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1328.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2000.
- BIANCA C.M., *Stato delle persone*, in C.M. BIANCA, *Scritti giuridici*, I, 2, Milano, 2002.
- BIANCA M., *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*. in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 184.
- BIANCA M., *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 369.
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.
- BILOTTA E., *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 441.
- BILOTTA E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 870.
- BILOTTI E., *Sub art. 248 c.c.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, I, a cura di G. DI ROSA, Torino, 2018.
- BIOY X., *La dignité: questions de principes*, in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Limoges.
- BISCONTINI G., *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002.
- BISCONTINI G., *La filiazione legittima*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, III, *Filiazione e Adozione*, Torino, 2007.

BITETTI R., *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1994, I, 179.

BLYTH E., *“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.

BOCCHINI F., *La famiglia di fatto tra filiazione e convivenze more uxorio*, in ID, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013.

BOGNETTI G., *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in *European and U.S. constitutionalism*, a cura di G. NOLTE, Cambridge, 2005.

BONILINI G., *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2018.

BORRELLO F., *Intervento*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI, Milano, 2010.

BOZZI L., *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 209.

BOZZI L., *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 225.

BOWLING A., *Measuring health. A review of quality of life measurement scales*, Milton Keynes, UK: Open University Press, 1991.

BRADLEY K., *Assisted reproductive technology after Roe v. Wade: does surrogacy create insurmountable constitutional conflicts?*, in *U. Ill. L. Rev.* 2016, 16, 1871.

BRAVERMAN A. – CORSON S., *Characteristics of participants in a gestational carrier program*, in *J. Assist. Reprod. Genet.*, 9, 1992, 353.

BRAVERMAN A. – CORSON S., *Characteristics of participants in a gestational carrier program*, in *J. Assist. Reprod. Genet.*, 1992, 9, 353.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991.

BRECCIA U., *L’abuso del diritto*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998.

BRUGGER K., *International law in the gestational surrogacy debate*, in *Fordham international law journal*, 2012, 666.

BRUNELLI G., *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017.

BRUNET L., *Un arrêt en trompe-l’oeil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique ?*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 34.

BUGETTI M.N., *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Fam. e dir.*, 2014, 933.

BURGORGUE-LARSEN L., *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA* 2014, 1763.

BUSBY K., *Is it time to legalize commercial surrogacy in canada?*, in *Law & policy, medical tourism, reproduction*, 3 febbraio 2015, 1.

BUSNELLI F.C., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

BUSNELLI F.D. – BRECCIA U. (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979

BUSNELLI F.D., *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. MAZZONI, Bologna, 1998.

BUSNELLI F.D. – PALMERINI E., *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, V, Agg., Milano, 2001.

BUSNELLI F.D., *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001.

BUSNELLI F.D., *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno di Roma, 30 maggio 2010, a cura di A. BARENGHI, Milano, 2011.

BUSNELLI F.D., *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. ‘nascita malformata’*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1519.

BUSNELLI F.D., *Il principio di solidarietà e ‘l’attesa della povera gente’*, oggi, in *Persona e mercato*, 2013, 2, 101.

CACACE S., *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 913.

CAGGIANO I.A., *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Pisa, 2017.

CAGNAZZO A., *La filiazione*, Milano, 2017.

CALDERAI V., *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Familia*, 2018, 397.

CALLAHAN D., *The who definition of health*, in *Contemporary issues in Bioethics*, 3 ed., 1989, 80.

CALLAHAN D., *What kind of life. The limits of medical progress*, Washington, 1990.

CALOGERO M., *La procreazione artificiale*, 1989.

- CAMACHO J.M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, Città del Messico, 2009.
- CAMARDI C., *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2015, 7.
- CAMPANATO G. – ROSSI V. – ROSSI S., *La tutela giuridica del minore*, Milano, 2005.
- CAMPIGLIO C., *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1132.
- CANGUILHEM G., *Il normale e il patologico*, tr. it., Torino, 1998.
- CAPIZZI G., *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 111.
- CARBONI B., *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998.
- CARBONE M.T., *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 855.
- CAREDDA V., *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, 265.
- CARLINO F., *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1198.
- CARUSI D., *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove “immoralità”*, Napoli, 1995.
- CARUSI D., *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998.
- CARUSI D., *Prestazione (immoralità della)*, in *Enc. giur.*, 2003.
- CASABURI G., *Osservazioni a Corte costituzionale n. 162\2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2341.
- CASABURI G., *“Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04”*, in *Foro it.*, 2014, I, 2343.
- CASINI C. – CASINI M. – DI PIETRO M.L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino, 2004.
- CASSANO G., *I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)*, in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1070.

CASSANO G., *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Fam. e dir.*, 2001, 106.

CASSONE F., *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 103.

CASTORINA E., *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, in *Riv. AIC*, 2015, 1.

CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1105.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CATERINA R., *La tutela dell'affidamento tra accordi illeciti e contratti invalidi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1267.

CATTANEO G., *Della filiazione legittima*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 249, Roma, 1988.

CATTANEO V.G., *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., Torino, 1997.

CAVAGLIERI A., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1933.

CECCHINI B., *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008.

CENDON P., *Comm. cod. civ.*, Milano, 2009.

CENTAMORE G. – AGOSTINI B., *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1.

CHAN C.C.W., *Infertility, assisted reproduction and rights*, *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 2006, Vol. 20, No. 3, 369.

CHAUDHARI N., *Regulating assisted reproductive technologies in India*, in *Oxford human rights hub.*, 12 novembre 2015.

CHÉNEDÉ F., *Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif* in *AJ fam.*, 2011, 262.

CHÉNEDÉ F., *Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 1797.

CHERUBINI M.D., *Tutela della salute e cc.dd. atti di disposizione del corpo diritto privato*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA, Milano, 1978, 80.

CHIN R.J. , *Assisted reproductive technology legal issues in procreation*, in *Loy. Consumer L. Rep.*, 1996, 8, 214.

CHINI C., *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaw journal*, 2016, 1, 173.

CICERO C. – PELUFFO E., *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, 1289.

CICU A., *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, vol. III, t. II, Torino, 1969.

CICCARELLI J.C., *The surrogate mothers: A post birth follow-up study*, Unpublished Doctoral Dissertation. Los Angeles: California School of Professional Psychology, 1997.

CICCARELLI J.C. – BECKMAN L.J., *Navigating rough waters. an overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of social issues*, 2005, 61(1), 29.

CIPRIANI N., *Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 25.

CIRAOLO C., *Sub art. 44 l. n. 184/1983*, nel *Commentario del codice civile*, IV, a cura di L. BALESTRA, Torino, 2010.

CIRAOLO C., *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in www.juscivile.it, 2014, 485.

CIRAOLO C., *Contestazione e reclamo dello stato di figlio*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2014.

CLARIZIA R., *Procreazione artificiale e tutela del minore*, 1988.

CLERICI D., *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 105.

COCHRANE A., *Undignified Bioethics*, in *Bioethics*, 2010, 5, 234.

COLEMAN C.H., *Assisted Reproductive Technologies and the Constitution*, *Fordham Urb. L.J.*, 2002, 30, 57.

COMPORI M., *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986, 179.

CONSORTE F., *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006.

CONTI R., *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, 486.

CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alti Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta on line*, 2013, 1.

CORASANTI A., *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

CORBELLINI G., *Breve storia delle idee di salute e malattia*, Roma, 2004.

COREA G. et al, *Man-Made Women: how new reproductive technologies affect women*, Hutchinson, 1985.

COREA G., *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificila wombs*, New York, 1985.

CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000.

CORTI I., *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Tratt. Ferrando*, vol. III, *Filiazione e Adozione*, Bologna, 2007.

CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, vol. II, t. 2, in *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, Milano, 2011.

COSTANZA M., *Legislazione e fecondazione artificiale*, in *Diritto famiglia e persone*, 1987, 1024.

COSSU C., *La filiazione legittima e naturale. La famiglia*, III, a cura di P. CENDON, Torino, 2000.

COZZI A.O., *Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel diritto europeo*, in *Annali*, IUSS, Ferrara 1391, Università degli Studi di Ferrara, 2007, vol. 1, n. 1.

CRICENTI G., *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2009, 21.

CRICENTI G., *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 203.

CRISCUOLI G., *Variazione e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 157.

CRISCUOLI G., *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1034.

CROCKIN S.L. – JONES JR. H.W. *The evolving law and policy of assisted reproductive technologies*, Johns Hopkins University Press, 2010.

DAAR J.F., *Accessing Reproductive Technologies: Invisible Barriers, Indelible Harms*, in *Berkeley J. Gender L. & Just*, 2008, 23, 18.

D'ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.

D'ADDINO SERRAVALLE P., *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1988.

D'ALOIA A., *Storie "costituzionali" dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudero*, II, Napoli, 2008.

DALZELL J., *The enforcement of selective reduction clauses in surrogacy contracts*, in *Widener Commw. L. Rev.*, 2018, vol. 27, 83.

- DAMELIO J. – SORENSEN K., *Enhancing autonomy in paid surrogacy*, in *Bioethics*, 2008, 22, 269.
- D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 13.
- DANNA D., *Maternità. Surrogata?*, Trieste, 2017.
- D'ARRIGO C.M., *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999.
- D'ARRIGO C.M., *Integrità fisica*, voce, *Enc. dir.*, Milano, aggiornam., IV, 2000.
- D'ARRIGO C.M., *Salute*, voce, in *Enc. dir.*, Milano, Aggiorn., V, 2001
- D'ARRIGO C.M., *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, I, 818.
- D'AVACK L., *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, I, 706.
- D'AVACK L., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. per.*, II, 2004, 793.
- D'AVACK L., *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam.*, 2014, 973.
- D'AVACK L., *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 139.
- DAVIS C., *Commentary: alternative modes of reproduction: the locus and determinants of choice*, in *Reproductive laws for the 1990s*, a cura di S. COHEN – N. TAUB, Humana Press, 1989, 421.
- D'AURIA M., *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Familia*, 2005, 1005.
- DECKHA M., *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, 31.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, II ed., 1982.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, IV, Milano, 1982.
- DE CUPIS A., *Integrità fisica*, voce, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 1;
- DE FILIPPIS B., *Maternità surrogata o assistita, utero in affitto*, in *Tratt. di diritto e bioetica*, a cura di A. CAGNAZZO, Napoli, 2017.

DELL'UTRI M., *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010.

DELL'UTRI M., *Sub art. 5 – Atti di disposizione del corpo*, in A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone. Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012.

DEL PRATO E., *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Familia*, 2001, 1055.

DENARD V., *La legge tedesca sul consenso informato: interpretazione delle corti tedesche e comparazione con la normativa italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 403.

DE OLIVEIRA G., *Duas mãe há só uma!*, Coimbra, 1992.

DI BLASE A., *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter.*, 2018, 839.

DI BONA L., *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988.

DI MASI M., *Maternità surrogata: dal contratto allo “status”*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2014, 615.

DI MARZIO F., *La nullità del contratto²*, Padova, 2008.

DI MAURO E., *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Trieste, 2017.

DI NARDO M., *Le azioni di stato*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2011, II, 250.

DI NICOLA V., *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 463.

DI ROSA G., *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 611.

DI ROSA G., *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013.

DI ROSA G., *L'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Tratt. Diritto e Bioetica*, a cura di A. CAGNAZZO, Napoli, 2017.

DI ROSA G., *Sub art. 74 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, I, a cura di G. DI ROSA, Torino, 2018.

DI STEFANO P., *Note in tema di pugilato*, in *Riv. dir. sport.*, 1963, 323.

DOGLIOTTI M., *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241.

- DOGLIOTTI M., *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza d dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 185.
- DOGLIOTTI M. – CASSANO G., *Maternità 'surrogata', contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e dir.*, 2000, 151.
- DOGLIOTTI M., *L'adozione*, nel *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, 4, Torino, 2011.
- DOMAT J., *Trattato delle leggi*, in *Le leggi civili*, I, Pavia, trad. di PADOVANI, 1825.
- DOSSETTI V., *La parentela*, in M. DOSSETTI – M. MORETTI – C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013.
- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, I, *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, Milano, 2011, 578.
- DWORKIN R., *Life's Domination*, London, 1993.
- DWORKING R., *Giustizia per i ricci*, trad. it. di V. OTTONELLI, Milano, 2013.
- EBERLE E.J., *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States (issues in comparative public law)*, Taschenbuch, 2011.
- EDELMAN B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in *La personne en danger*, Paris, 1999.
- EINWOHNER J., *Who becomes a surrogate: Personality characteristics*, in *Gender in transition: A new frontier*, a cura di J. OFFERMAN – ZUCKERBERG, New York: Plenum, 1989, 123.
- EPSTEIN R.A., *Surrogacy: the case for full contractual enforcement*, in *Virginia law review*, 1995, vol. 81, n. 8, 2305.
- ESPOSITO M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.
- FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558.
- FABRIS F., *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista di scienza della comunicazione*, 2009, 2, 74.
- FACCI G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, diretto da M. SESTA, Milano, 2009.
- FACCIOLI M., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., aggiornam., III, Torino, 2007.
- FARAONI A.B., *La maternità surrogata*, Milano, 2002.

FAVILLI C., *Il danno non patrimoniale da c.d. nascita indesiderata*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2010

FAVILLI C., *Maternità surrogata "omologa" e limite dell'ordine pubblico*, in *Famiglia*, 12 dicembre 2017.

FAWCETT J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987.

FEDERSPIL G. – GIARETTA P. – RUGARLI C. – SCANDELLARI C. – SERRA P. (a cura di), *Filosofia della medicina*, Milano, 2008.

FEMIA P., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996.

FERGUSON S., *Surrogacy contracts in the 1990s: the controversy and debate continues*, in *Duq. L. Rev.*, 33, 1995, 903.

FERRANDO G., *Il « caso Cremona »: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur.it.*, 1994, I, 2, 996.

FERRANDO G., *L'interesse del minore nella procreazione assistita*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994.

FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999

FERRANDO G., *Il principio di gratuità. Biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 761.

FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810.

FERRANDO G., *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO – S. MAZZARESE, Milano, 2008.

FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3.

FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3.

FERRANDO G., *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525.

FERRANDO G., *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, *ibidem*, II, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 20.

FERRANDO G., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 393.

- FERRANDO G., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corr. giur.*, 2014, 1068.
- FERRANDO G., *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1213.
- FERRANDO G., *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 190.
- FERRANTE V., *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 207.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- FERRI G.B., *Buon costume*, in *Enc. giur.*, 1988.
- FERRI G.B., *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2005.
- FIELD M., *Compensated surrogacy*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 89, 1178.
- FIELD M.A., *The case against enforcement of surrogacy contracts*, 1990, vol. 8, n. 2, 199.
- FIGONE A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.
- FINKELSTEIN A. –MAC DOUGALL S. – KINTOMINAS A. –OLSEN A., *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.
- FINOCCHIARO A., *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, in *Guida dir.*, 2000, 81.
- FINOCCHIARO M., *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida dir. Dossier*, 2004, 3, 36.
- IORE P., *Trattato di diritto internazionale*, I, Torino, 1888.
- FIORI A., *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, 70.
- FISCHER A.M., *The journey of gestational surrogacy: religion, spirituality and assisted reproductive technologies*, in *Int. J. Child Spiritual*, 2013, 1.
- FLICK G.M., *Elogio della dignità*, Roma, 2015.
- FOGLIA M., *Nascita indesiderata e danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 276.
- FORDER C., *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, in *Bioetica*, 1999, 261.

FORLEO G., *Autori del proprio futuro*, in *Tecniche di fecondazione assistita aspetti etici e giuridici*, Padova, 1986.

FORMAN D.L., *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Family law quarterly*, vol. 49, 2015, 29.

FRENKEL D.A., *Legal regulation of surrogate motherhood in Israel*, in *Med. & L.*, 2001, 20, 605.

FULCHIRON H. – BIDAUD-GARON C., *L'enfant de la fraude*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 905.

FURGIUELE G., *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista*, in *Quadri.*, 1989, 250.

GANDOLFI G., *Profili civilistici della fecondazione artificiale*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 85.

GARDNER J. – MACKLEN T., *Disabilità umane: su cosa significhi l'aver accesso a un valore*, in "Ragion Pratica", 2011, 9.

GALASSO A., *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Familia*, 2001, 911.

GALASSO A. – MAZZARESE S., *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO – S. MAZZARESE, Milano, 2008.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, 1999.

GALLOWAY K., *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.

GAMBARO A., *I beni*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2012.

GATTUSO M., *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 2017, 1.

GATTUSO M., *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in www.questionegiustizia.it, 2018, 1.

GATTUSO M., *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI – B. PEZZINI – A. SCHILLACI, Torino, 2019.

GAZZARA M., *Inganno e nascita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 27.

GAZZONI F., *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e per.*, 2005, I, 168.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006. GEMMA G., *Dignità Umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, 380.

GENNUSA M., *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.

GIACOBBE E., *La filiazione da 'inadempimento'*, in *Giust. civ.*, 2003, 2602.

GIACOBBE E., *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam.*, 2014, 817.

GIACOBBE E., *Adozione e affidamento familiare, ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 237.

GIACOBBE E., *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 590.

GIACOBBE G., *Sub artt. 2044-2045 c.c.*, in *Illecito e responsabilità civile*, t. I, nel *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2005.

GIAMMARINARO M.G., *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità per sostituzione*, in *Dem. e dir.*, 1996, 87.

GIBSON R., *Contract motherhood: Social practice in social contexts*, in *Living with contradictions: Controversies in feminist social values*, a cura di A. M. JAGGAR, Boulder, CO: Westview, 1994, 402.

GIORGIANNI M., *Obbligazioni*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.

GIORGIANNI M., *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002.

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

GLENSY D., *The Right to Dignity*, in *Columbia human rights law review*, 2011, 86.

GOODMAN M., *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 752.

GOODWIN A., *Determination of Legal Parentage In Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surogacy Agreements*, in *Fam. L. Q.*, 1992, 26, 275.

GOLOMBOK S. – ILIOI E. – BLAKE L. – ROMAN G. – JADVA V., *A longitudinal study of families formed through reproductive donation: parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14*, in *Developmental psychology*, 2017, 53, 1966.

GOLOMBOK S. – MACCALLUM F. – MURRAY C. – LYCETT E. – JADVA V., *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.

- GOLOMBOK S. – BLAKE L. – CASEY P. – ROMAN G. – JADVA V., *Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment*, in *Journal of child psychology and psychiatry*, 2013, 54, 653.
- GORASSINI A., *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1984, Milano, 951.
- GORASSINI A., *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1239.
- GORGONI A., *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Dir. succ. e fam.*, 2018, 146.
- GORGONI A., *La filiazione*, Torino, 2018.
- GORGONI M., *Individuo o persona: problemi di qualificazione e tutela giuridica alle soglie della vita*, in *Famiglia e diritto*, 1994, 345.
- GOSTIN L., *A civil liberties analysis of surrogacy arrangements*, in *Surrogate motherhood*, Indiana University Press, 1990.
- GRASSO G., *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in www.forumcostituzionale.it, 8.4.2010, 1.
- GRIMALDI P., *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Famiglia*, 2017, 323.
- GUARNERI A., *Buon costume*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1988.
- GUARNERI A., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1994.
- GUARNERI A., *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 404.
- GUARNERI A., *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 253.
- GUZMÁN J.L. – MIRALLES Á.A., *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, in *Quad. Bioè*, 2012, 2, 259.
- HABERMAS J., *Questa Europa è in crisi*, trad. it. di C. MINOLDI, Roma - Bari, 2012.
- HAFTEL B., *Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé*, in *AJ Famille*, 2011. 265.
- HAMMIJE P., *Maternité pour autrui, possession d'état et état civil*, in *Rev. crit. de droit international privé*, 2011, 722. HAUSER J., *État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli!*, in *RTD Civ*, 2014, 616.

HANAFIN H., *The surrogate mother: An exploratory study*, Doctoral dissertation, California School of Professional Psychology, *Dissertation Abstracts International*, 1984, 45(10-B), 3335.

HANAFIN H., *Surrogate parenting: reassessing human bonding. Paper presented at the american psychological association convention*, New York, 1987.

HARRIS D.J. – O’BOYLE M. – WARBRICK C., *Law of the european convention of human rights*, London\Dublin\Edinburgh, 1995.

HATZIS A.N., *From soft to hard paternalism and back: the regulation*, in *Port. Econ. J.*, 21 luglio 2009, 1.

HEGNAUER C., *Human rights an artificial procreation by donor*, in *Parenthood in modern society, legal and social issue for the twenty-first century*, a cura di J. EECKELAAR e altri, Dordrecht\Boston\London, 1993.

HILL J.L., *The case for enforcement of the surrogate contract*, in *Politics and the life sciences*, 1990, vol. 8, n. 2, 147.

HOHMAN M. –HAGAN C.B., *Satisfaction with surrogate mothering: a relational model*, in *Journal of human behavior in the social environment*, 2001, 4, 61.

HOLM S., *Infertility, Childlessness and the Need for Treatment*, in *Creating the Child The Ethics Law and Praticce of Assisted Procreation*, a cura di D. EVANS, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

HOLMES S. –SUNSTEIN C.R., *Il costo dei diritti*, Bologna, 1999.

HORSEY K., *The history and potential future of UK surrogacy laws*, in *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal*, a cura di M.J. ANTUNES – M. SILVESTRE, Coimbra, 2018.

IADECOLA G. – FARINACCI M., *L’inseminazione artificiale umana. Aspetti medici, medico-legali e giuridici*, Padova, 1987.

IMARISIO L. – TRIPODINA C., *La giustizia secondo la Corte*, in *Demo. dir.*, 2015, 119.

IMRIE S. – JADVA V., *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.

IRTI C., *L’adozione del figlio del convivente (omosessuale)*, in *Famiglia*, 2016, 295.

IRTI C., *Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481.

JACKSON E., *UK law and international commercial surrogacy: 'the very antithesis of sensible'*, in *Journal of medical law and ethics*, 2016, 4, 197.

JACOBS F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975.

JADVA J. – BLAKE L. – CASEY P. – GOLOMBOK S., *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, in *Hum. Reprod.*, 2003, 18, 2196.

JADVA V. – BLAKE L. – CASEY P. – GOLOMBOK S., *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.

JASANOFF S., *Introduction: Rewriting Life, Reframing Rights*, in *Reframing Rights, Biocostitutionalism in the Genetic Age*, a cura di S. JASANOFF, MIT Press, Cambridge (Mass.) - London 2011.

JOHANSSON AGNAFORS M., *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, in *Medicine, health care and philosophy*, 2014, (17), 3, 357;

KANT I., *La metafisica dei costumi, 1. I principi metafisici della dottrina del diritto 2.1.49 D* (1797) Roma-Bari, 1970.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi, 2. Passaggio dalla filosofia morale popolare alla metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P. CHIODI, Torino, 1995.

KHURTSIDZE I., *Legal regulation of surrogacy in Georgia*, in *European Scientific Journal*, 2016, 165.

KHUSE H., *Is there a tension between Autonomy and Dignity?*, in *Bioethics and Biolaw*, a cura di P. KEMP et al., Copenhagen, 2000.

KINDREGAN JR C.P. – MCBRIEN M., *Assisted Reproductive Technology*, 2011, Chicago.

KLEINPETER C.G. – HOHMAN M.A., *Surrogate motherhood: Personality traits and satisfaction with service providers*, in *Psychological Reports*, 2000, 87, 957.

KOKIASMENOS M. – L. MIHALICH, *Assisted Reproductive Technology*, in *Georgetown Journal of Gender & the Law*, 2004, 5(1), 619.

LA FARINA C., *Il caso "Baby M" alla luce dell'ordinamento italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 475.

LAGARDE P., *Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui*, in *Revue critique de droit international privé*, 2009, 320.

LAMARQUE E., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2015.

LANZILLO R., *Fecondazione artificiale, «locazione di utero», diritti dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, 639.

LA ROSA E., *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2827.

LA TORRE A., *Ego e alter nel diritto della persona*, Milano, 2011.

LAUFER-UKELES P., *Mothering for money: regulating commercial intimacy, surrogacy, adoption*, in *Indiana law journal*, 2013, 88, 1223.

LECIS A., *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, *GenIUS*, 2019, 1, 68.

LEIBLUM S.R. –KEMMMANN E. –LANE M.K., *The psychological concomitants of in vitro fertilization*. *J. Psychosomatic Obstetrics Gynecol*, 1987, 6, 165.

LENNOX J.C., *Health as an objective value*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1995, 20, 499.

LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, 1993, Padova.

LENTI L., *Status*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1999.

LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201.

LENTI L., *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1707.

LENTI L., *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Jus civile*, 2019, I, 1.

LEONARDO L., *Il valore della dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 798.

LESSONA S., *Commentario della Costituzione*, a cura di CALAMANDREI – LEVI, Firenze, 1950.

LIBERALI B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017.

LINDEMANN NELSON H. – LINDEMANN NELSON J., *Cutting Motherhood in Two: Some Suspicious Concerning Surrogacy*, in *Hypatia*, 1989, vol. 4, n. 3, 88.

- LIPARI N., *La maternità e sua tutela dell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 573.
- LIU A., *Artificial reproduction and reproductive rights*, Aldershot, 1991.
- LO CALZO A., *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *Riv. GdP*, 2018, 1.
- LOJACONO V., *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, voce in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.
- LOLLO S., *Our baby, her choices: the need for enforcement of gestational surrogate contracts*, in *Family Court Review*, 2018, 182.
- LONG J., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, in *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014.
- LONG J., *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109.
- LORENZETTI L., *Maternità surrogata*, voce in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2011.
- LOSAPPIO G., *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 – Norme in materia di procreazione assistita*, in *Comm. breve l. pen. compl. Palazzo-Paliero*, Padova, II, 2007.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1722.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, II, 1995.
- LUCIANI M., *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.
- MacCALLUM F. – LYCETT E. – MURRAY E. – JADVA V. – GOLOMBOK S., *Surrogacy: the experience of commissioning couple*, in *Hum. Rep.*, 2003, cit., 1334.
- MACIOCE F., *Fecondazione assistita e maternità sociale, in Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002.
- MACKLIN R., *Is there anything wrong with surrogate parenthood: An ethical analysis*, in *Law, Medicine and Health Care*, 1988, 16, 57.
- MACKLIN R., *Dignity is a useless concept (it means no more than respect for persons or their autonomy)*, in *British Medical Journal*, 2003, 327, 1419.
- MANETTI M., *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 457.

- MANGIAMELI S., *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Autonomia e Autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di C. NAVARINI, Roma, 2011.
- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.
- MANTOVANI M., *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 247.
- MANTOVANI M., *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 323.
- MARELLA M.R., *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2004, 1.
- MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2007, 67.
- MARGARIA A., *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, Bologna, 2018.
- MARGUÉNAUD J.P., *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *RTD civ.*, 2014, 835.
- MARINI G., *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, in *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, Milano, 2011.
- MARRA A.D., *Disabilità, bioetica e ragionevolezza*, Milano, 2017.
- MARZOCCO V., *La dignità umana tra eredità e promesse*, in *Dignità della persona*, Napoli, 2013, 22.
- MASSARENTI A., *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Parma, 2006.
- MATHIEU B., *La dignité de la personne humaine: Quel droit? Quel titulaire?*, in *Dalloz*, 1996, 285.
- MAZER D.S., *Born breach: the challenge of remedies in surrogacy contracts*, in *Yale journal of law and feminism*, 2017, vol. 28, 211.
- MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- MAZZIOTTI M., *Lezioni di Diritto costituzionale*, Milano, II, 1993.
- MAZZONI C.M., *Dignità*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2016, 157.
- MAZZÙ C., *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2012, 1.
- MCCRUDDEN C., *Human Dignity in Human Rights Interpretation*, in *European Journal of International Law*, 2008, 19, 655.

- MELI M., *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.
- MENDOLA A., *Interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, 673.
- MESSINETTI D., *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 197.
- MESSINETTI D., *Principio di gratuità e atti di disposizione del proprio corpo, in Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. BELVEDERE – C. GRANELLI, Padova, 2001.
- MESSINETTI D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 127.
- MIGLIETTI L., *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense ed europea*, Napoli, 2014.
- MILAN G., *La madre su commissione*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 319.
- MILAN G., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997.
- MINERVINI S., *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, 2007.
- MODUGNO F., *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 361.
- MOYNIHAN-SMITH R., *Too much medicine?*, in *British Medicine Journal*, 2002, 324, 859.
- MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 45.
- MONATERI P., *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, 45.
- MONTANARO M., *La liceità dello sport del pugilato*, in *Riv. dir. sport.*, 1963, 307.
- MORACE PINELLI A., *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 719.
- MORACE PINELLI A., *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte costituzionale. il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242.
- MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4970.
- MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013.

- MORANDINI D., *L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico – politico di John Locke*, in *Riv. scienze comun.*, A. IV (2012) n. 2, 89.
- MORETTI M., *La procreazione medicalmente assistita*, nel Tratt. Bonilini – Cattaneo, vol. III, *Filiazione e adozione*, Torino, 2007.
- MORI M., *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988.
- MORI M., *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova, 1989.
- MORI M., *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, Roma, 1995.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998.
- MOROZZO DELLA ROCCA P.M., *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 211.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, 1203.
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 1.6.2014, 1. .
- MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort.*, 1961, 1.
- MOSCATI E., *Trapianto di organi*, in *Diz. Irti*, Roma, 1980.
- MOSCONI F. – CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*⁷, I, Milano, 2015.
- MOSTERÍN J., *La naturaleza humana*, 2006, Madrid.
- MURARO L., *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016.
- MUSUMECI A., *“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, 1.
- NADDEO F., *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004.

NARDOCCI C., *La Corte costituzionale decide per l'incostituzionalità della fecondazione eterologa e sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *L'illegittimità costituzionale del divieto della 'fecondazione eterologa'*, a cura di M. D'AMICO – M.P. COSTANTINI, Milano, 2014.

NERI D., *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2007, 2, 83.

NICCOLAI S., *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 1.

NICCOLAI S., *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 49.

NICOLAS P., *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.

NICOLUSSI A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1.

NICOLUSSI A., *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011.

NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457.

NICOLUSSI A., *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Milano, 2018.

NICOTRA I., *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997.

NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

NIVARRA L., *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, in *Foro it.*, 1999, 1653.

NOCCO L., *L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44 lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 205.

NORDENFELT L., *La natura della salute. L'approccio della teoria dell'azione*, tr. it. S. RINI, Milano, 2003.

NOVAES S., *Procreazione e tecnologia medica: incrocio di biologico, sociale ed etico*, in *La famiglia moltiplicata. Riproduzione umana e tecnologia tra scienza e cultura*, a cura di C. VENTIMIGLIA, Milano, 1988, 247.

- NSIAH L. – JEFFERSON L., *Reproductive laws, women of color, and low-income women*, in *Reproductive laws for the 1990s*, a cura di S. COHEN – N. TAUB, Humana Press, 1989, 23.
- OLIVITO E., *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017.
- OPPO G., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 329.
- OPPO G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 99.
- OTERO P., *A dimensão ética da maternidade de substituição*, in *Direito e política*, 2012, 1, 87.
- OVERALL C., *Ethics and human reproduction: A feminist analysis*, Winchester, MA: Allen and Unwin, 1987.
- OXMAN B., *Maternal-Fetal Relationship and Non-Genetic Surrogates*, in *Jurimetrics*, 1993, 33, 389.
- PACKER C.A.A., *The right to reproductive choice: a study in international law*, Turku, 1996.
- PADOVANI T., *Adozione e affidamento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987.
- PAGLIANTINI S., *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000.
- PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000.
- PALAZZO A., *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2013.
- PALMERI G., *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI – B. PEZZINI – A. SCHILLACI, Torino, 2019.
- PALOMBINO F.M., *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811.
- PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.
- PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306.
- PARADISO M., *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, 101.
- PARADISO M., *Au bon marché des droits. tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, 983.

- PARKER P., *Motivation of Surrogate Mothers: Initial Findings*, in *American Journal of Psychiatry*, 1983, 140, 117.
- PASCULLI L., *Reati in materia di adozione*, in *Diritto penale della famiglia*, *Tratt. dir. fam. Zatti*, vol. IV, Milano, 2011.
- PASSAGNOLI G., *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 649.
- PATTI S., *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 231.
- PATTI S., *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. success.*, 2009, 964.
- PAVARANI C., *Sub art. 8*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, a cura di C. DE FILIPPI - D. BOSI – R. HARVEY, Napoli, 2006.
- PENASA S., *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 Fundamentales*, 2013, 235.
- PENASA S., *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI – B. PEZZINI – A. SCHILLACI, Torino, 2019.
- PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1933.
- PERGOLESI F., *Tutela costituzionale della salute*, in *Corr. amm.*, 1961, 991.
- PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716.
- PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema*, Napoli, 2019.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana dell'ordinamento giudico*, Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020.
- PERLINGIERI P., *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova, 1989.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 593.

PERLINGIERI P. – PANE R., in *Manuale di diritto civile*⁹, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2018.

PETRALIA V., *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.cde.unict.it, 1.

PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 33.

PEZZINI B., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 183.

PEZZINI B., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017.

PICARO R., *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1262.

PICCININI S., *Il genitore e lo status di figlio*, Milano, 1999.

PICO DELLA MIRANDOLA G., *Oratio de hominis dignitate*, Firenze, 1942.

PIEPOLI G., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2007, 14.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

PINKER S., *The Stupidity of Dignity: Conservative bioethics' latest, most dangerous play*, in *New Republic*, 28 May 2008.

PIRAINO LETO A., *I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto*, in *Diritto famiglia e persona*, 1987, 1333.

PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007.

PIRRONE P., *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 76.

PISAPIA G.D., *Adulterio artificiale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 243.

PITEA C. – TOMASI L., *Sub art. 8*, in *Commentario Breve alla Convenzione Europea*, a cura di S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012.

PODDIGHE E., *Comunicazione e "Dignità della donna"*, Roma, 2018.

POLETTI D. – ZANA M., *La tutela della salute nella legislazione speciale italiana*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. BUSNELLI – U. BRECCIA, Milano, 1978.

- POLI L., *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Biolaw Journal*, 2015, 7.
- POLLACK PETCHESKY R., *The Body as Property: A Feminist Re-Vision*, in F. GINSBERG – R. RAPP (eds), *Conceiving the New World Order: The Global Politics of Reproduction*, Berkeley, CA:University of California Press, 1995, 395.
- POMIATO R., *Diagnosi preimpianto e tutela dell’embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Eur. dir.*, 2016, 219.
- PONZANELLI G., *Il caso Baby M, la ‘surrogate mother’ e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, IV, 97.
- PONZANELLI G., *La “forza” e la “purezza” degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 1994, 186.
- PORCELLI M., *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016.
- PORCELLI M., *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1751.
- POSENATO N., *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2014, 1421.
- POSSENTI V., *Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Iustitia*, 2015, 143.
- POTHIER R.J., *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*, II^a ed. it., I, Livorno, 1841.
- PRINCIPATO L., *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873.
- PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810.
- PROSPERI F., *La gestazione nell’interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002.
- PROSPERI F., *Della filiazione legittima*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, *Della famiglia*, vol. I, Napoli, 2010.
- PURSHOUSE C. –BRACEGIRDLE K., *The problem of unenforceable surrogacy contracts: can unjust enrichment provide a solution?*, in *Medical law review*, 2018, vol. 26, 557.
- QUADRI E., *Il codice deontologico medico e i rapporti fra etica e diritto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 925.

- QUADRI E., *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2003, 95.
- QUADRI E., *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir e giust.*, 2004, 224.
- QUARTA F., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1159.
- QUERCI A., *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2014, 469.
- RADIN M.G., *Market Inalienability*, in *Harvard law rev.*, 1987, 1849.
- RAE S.B., *Parental rights and the definition of motherhood in surrogate motherhood*, in *S. Cal. Rev. L. & Women's studies*, 1994, 3, 219.
- RAGONE H., *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, CO, USA, 1994.
- RAGONE H., *Chasing the blood ties: Surrogate mothers, adoptive mothers and fathers*, in *American Ethnologist*, 1996, 23, 352.
- RAO N., *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia journal of european law*, 2008, 14, 201.
- RAPISARDA I., *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2013, 929.
- RAPOSO V.L., *Quando a cegonha chega por contrato*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2012, 88, 27.
- RAPOSO V.L., *O direito à imortalidade*, Coimbra, 2014.
- RAPOSO V.L., *Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*, in *Revista do Ministério Público*, 2017, 149, 9.
- RAVOT E., *Reclamo e contestazione dello stato di figlio*, in *il Familiarista*, 30 giugno 2015.
- RECINTO G., *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, 1.
- REICHENBACH L.– ROSEMAN M.J. (eds), *Reproductive health and human rights*, Philadelphia, 2009.
- REIS NOVAIS J., *A dignidade da pessoa humana*, I, Coimbra, 2015.
- RENDA A., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008.

- RENDA A., *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 415.
- RENDA A., *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, in *Dir succ. e fam.*, 2015, 206
- REPETTO G., “*Non di sola CEDU*”. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pub.*, 2013, 131.
- RESCIGNO P., *La libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1965.
- RESCIGNO P., *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 211.
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato): nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979.
- RESCIGNO P., *Status (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993.
- RESTA G., *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2000, 299.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801.
- RESTA G., *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011.
- RESTA G., *La dignità*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà – Zatti*, Milano, 2011.
- RESTA G., *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2013.
- RICCI A., *Sub art. 249*, nel *Codice della Famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015.
- RICCI A., *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 40.
- RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA – P. RIDOLA, Torino, 2006.
- RIGHETTI PL., *I vissuti psicologici nella procreazione medicalmente assistita: interventi e protocolli integrati medico-psicologici*, in *Contraccezione Fertilità Sessualità*, 2001, 159.
- RIGHETTI PL. – GALLUZZI M. – MAGGINO T. – BAFFONI A. – AZZENA A., *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, 2009.
- RIMOLI F., *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. soc.*, 1994, 115.

RIPEPE E., *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

RIPERT G., *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, Parigi, 1936.

RIVERA I., *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, 37.

RIVERA I., *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in *Riv. it., med., leg.*, 2017, 117.

RIZZUTI M., *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw journal*, 2015, 2, 89.

RIZZUTI M., *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, a cura di S. NICCOLAI – E. OLIVITO, Napoli, 2017.

ROBERTSON J., *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, in *Virginia law rev.*, 1983, 69, 405.

ROBERTSON J., *Surrogate mothers: not so novel after all*, in *Hastings Center Report*, 1983, 28.

ROBERTSON J., *Children of Choise*, 1996, Princeton.

ROBERTSON J., *Liberty, Identity and Human Cloning*, in *Texas Law Rev.*, 1998, 76, 1371.

ROCCHI G., *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Riv. AIC*, 2012, 1.

RODOTÀ S., *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104.

RODOTÀ S., *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in AA.VV., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, 1989, Firenze.

RODOTÀ S., *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467.

RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 194;

RODOTÀ S., *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

RODOTÀ S., *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 557.

RODOTÀ S., *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito e Fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI, *Tratt. biodiritto Rodotà – Zatti*, Vol. I, Milano, 2011.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

- RODOTÀ S., *Relazione introduttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 103.
- ROLLA G., *Profili costituzioni della dignità umana*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.
- ROMBOLI R., *Sub art. 5.*, nel *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, I, *Delle persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988.
- ROMBOLI R., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica dir.*, 1991, 568.
- ROPPO V., *Il contratto*, 2° ed., nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011.
- ROSANI D., *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, 109.
- ROSEMBERG M.L., *Critical legal considerations for all parties to surrogacy arrangements*, in *Fam. Adv.*, 2011, 34, 23.
- ROSEN M., *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2012.
- ROSSI CARLEO L., *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, 377.
- ROSSI CARLEO L., *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 705.
- ROSSI R., *Le azioni relative alla stato di figlio*, Milano, 2014.
- ROSSI S., *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., VII, Torino, 2012.
- ROWLAND R., *Living Laboratories, Women and Reproductive Technologies*, Indiana University Press, 1992, 156.
- RUFFOLO U., *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002.
- RUGGERI A. – SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343.
- RUGGERI A., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011, 1.
- RUGGERI A., *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2014, 1.
- RUGGERI A. – SALAZAR C., *"Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio": Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, 2017, 138.

RUSCONI C., *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus-online*, 2015, 1.

SACCO R., in *Sacco – De Nova, Il Contratto, Tratt. dir. civ.*, t. II, Torino, 3^a ed., 2004.

SACCO R., *Obbligazioni e contratti*, nel *Tratt. Rescigno*, X, 2, Torino, 2013.

SALANITRO U., *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, 489.

SALANITRO U., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 540.

SALANITRO U., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 675.

SALANITRO U., *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1360.

SALANITRO U., *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, vol. III, *Leggi complementari*, a cura di G. DI ROSA, Torino, 2018.

SALANITRO U., *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 552.

SALANITRO U., *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 737.

SALANITRO U., *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Familia*, 2019, 525.

SALONE B., *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 157.

SANTOSUOSSO F., *La fecondazione artificiale umana*, 1984, Milano.

SANTOSUOSSO F., *Fecondazione artificiale umana*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.

SANTOUOSSO F., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Roma, 2001.

SARCELET D., *Convention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère public*, in *Recueil Dalloz* 2009, 332.

SASSI A. – STEFANELLI S., *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, in www.articolo29.it, 2018, 1.

SASSI A., *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, in *Dir. succ. e fam.*, 2018, 531.

- SASSI A. – SCAGLIONE F. – STEFANELLI S., *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018.
- SASSI A. – STEFANELLI S., *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Biolaw Journal*, 2018, 377.
- SBISA' M., *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, 140.
- SCALISI V., *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1100.
- SCALISI V., *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.
- SCHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015.
- SCHLESINGER P., *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*, in *Corr. giur.*, 1999, 401.
- SCHOPENHAUER A., *Über das Fundament der Moral*, 1840, trad. it *Il fondamento della morale*, Roma-Bari, 1993.
- SCHROEDER D., *Dignity: Two riddles and four concept*, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2008, 17, 237.
- SCHÜKLENK U. – PACHOLCZYK A., *Dignity's woolly uplift*, in *Bioethics*, 2, 2010, ii.
- SCHULTZ M., *Reproductive technology and intention-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, in *Wisc. L. Rev.*, 1990, 297.
- SCHUSTER A., *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, in www.articolo29.it, 14.04.2019.
- SCHUSTER A., *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, in www.articolo29.it, 23.3.2019.
- SCIANCELEPORE G., *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCELEPORE, Milano, 2004.
- SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 953.
- SERENO G., *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016.
- SERRAVALLE S., *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018.
- SESTA M., *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1999, 297.

- SESTA M., *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 203.
- SESTA M., *Filiazione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV. Milano, 2001.
- SESTA M., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, 2004.
- SESTA M., *Azioni di stato legittimo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, Agg., 2005.
- SESTA M., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 231.
- SESTA M., *La filiazione*, nel *Tratt. dir. priv. Bessone*, vol. IV, *Filiazione, Adozione, Alimenti*, a cura di T. AULETTA, Torino, 2011.
- SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2019.
- SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Biolaw journal*, 2016, 111.
- SGRECCIA E., *Manuale di bioetica*, Vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007.
- SGRECCIA P., *La dinamica esistenziale dell'uomo*, Milano, 2008.
- SHALEV C., *Nascere per contratto*, Milano, 1992.
- SHILS E., *Privacy: its constitution and vicissitudes*, in *Law and contemporary problems*, 1966, 31, 281.
- SILVESTRI G., *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012.
- SIMONCINI A. – LONGO E., *Sub art. 32*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Milano, 2006, 655.
- SMITS J., *Human Dignity and Uniform Law: An Unhappy Relationship*, *Ticom Working Paper on Comparative and Transnational Law*, n. 2, 2008.
- SPADAFORA A., *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. it.*, 2573.
- SPADARO A., *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.
- SPIVACK C., *The law of surrogate motherhood in the United States*, in *Am. J. Comp. L.*, 2010, 58, 109.
- STASI A., *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.

- STEFANELLI S., *Procreazione eterologa e azioni di stato*, in *Dir merc. e tecn.*, 2014, n. 3, 46.
- STEFANELLI S., *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, 2016, II, 102.
- STEFANELLI S., *Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 667.
- STORROW R.F., *Surrogacy: american style, Surrogacy, law and human rights*, a cura di P. GERBER e K. O'BYRNE, Abingdon, 2015.
- STRAEHLE C., *Is there a right to surrogacy?*, in *Journal of applied philosophy*, 2016, 33, 150.
- SUDRE F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005.
- SVITNEV K., *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*, in *Reprod biomed online*, 2010, 20, 4.
- SWAIN J. et al. (eds.), *Disabling Barriers, Enabling Environments*, Sage, London 1993.
- TANGRI S. – KAHN J., *Ethical issues in the new reproductive technologies: Perspectives from feminism and the psychology profession*, in *Professional Psychology: Research and Practice*, 1993, 24, 271.
- TAUB N., *The surrogacy controversy: Making and remaking the family*, in *Controversy: Politics of technical decisions*, a cura di D. NELKIN, Thousand Oaks, CA: Sage, 1992, 227.
- TEMAN E., *Birthing a mother: the surrogate body and the pregnancy self*, Berkeley: University of California Press.
- TERLIZZI G., *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2009, 629.
- TERLIZZI G., *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013.
- TERLIZZI G., *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016.
- TERLIZZI G., *Le nozioni abbandonate. la rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017. 695.
- THOBANI S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Napoli, 2018, 101.
- TIEU M., *Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers*, in *J Med Ethics*, 35, 2009, 172.

TONOLO S., *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. inter.*, 2017, 1070.

TORREGROSSA G., *Il problema della responsabilità da fatto lecito*, Milano, 1964, 72.

TRABUCCHI A., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, 217.

TRABUCCHI A., *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.

TRABUCCHI A., *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 1962.

TRABUCCHI A., *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 605.

TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 495.

TRIPODINA C., *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in *Dir. pub.*, 2004, n. 2, 501.

TRIPODINA C., *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte Costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, III, 2014, 2593.

TRIPODINA C., *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, 1.

TRIPODINA C., *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.

TROUNSON A. –WOOD C., *Extracorporal fertilization and embryo transfer*. *Clin Obstet Gynecol*, 1981, 8(3), 681.

TROWSE P., *Surrogacy: is it harder to relinquish genes?*, in *J. Law Med.*, 2011, 18, 614.

TUCCI G., *La responsabilità da fatto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 229.

TULUMELLO G., *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1999, 416.

UBERTAZZI T.M., *Dubbi sulla revocabilità del consenso all'utilizzazione dell'immagine*, in *Foro it.*, 2009, I, 2729.

UDA G.M., *La fecondazione artificiale umana*, in *Nuovi temi di diritto privato. Casi e materiali*, a cura di V. RICCIUTO, Napoli, 1999.

UDA G.M., *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, 2011.

VALE e REIS R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008.

VALE e REIS R., *Procriação medicamente assistida: a gravitas da jurisprudência*, in *GH Reflexões de direito biomédico*, 2019, 50.

VALE e REIS R., *Gestação de substituição: a arte de procrastinar*, in www.publico.pt, 29 agosto 2019.

VALLINI A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825.

VALONGO A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2018.

VAN DEN AKKER O., *The complete guide to infertility: diagnosis, treatment, options*, UK: Free association books, 2002.

VAN DEN AKKER O., *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, in *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 2003, 21, 145.

VAN DEN AKKER O., *A longitudinal pre pregnancy to post delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: confidence gynecology*. *J. Psychosom Obstet Gynecol*, 2005, 26(4), 281.

VAN DEN AKKER O., *Psychosocial aspects of surrogate motherhood*, in *Human reproductive update*, 2007, 13, 57.

VAN ZYL L., *Intentional parenthood: responsibilities in surrogate motherhood*, in *Health care analysis*, 2002, 10, 165.

VENUTI M.C., *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir fam. e pers.*, 2001, 827.

VENUTI M.C., *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002.

VENUTI M.C., *Gli atti di disposizione del corpo*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, 2013.

VENUTI M.C., *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in www.articolo29.it, 2018.

VENUTI M.C., *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, 985.

- VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Istit. Feder.*, 2015, 1.
- VESTO A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018.
- VILLANI R., *La procreazione assistita*, Torino, 2004.
- VILLANI R., *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI, Milano, 2012.
- VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Roma, 2009.
- VINCENZI AMATO D., *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova, 1989.
- VIOLA F., *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III, Milano, 2006.
- VIOLANTE L., *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in *Bioetica*, a cura di DI MEO – MANCINA, Roma, 1989.
- VIOLINI L., *Tra scienza e diritto: riflessi sulla fecondazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Brindisi, 2005.
- VORZIMER A.W., *The egg donor and surrogacy controversy: legal issues surrounding representation of parties to an egg donor and surrogacy contract*, in *Whittier L. Rev.*, 1999, 21, 415.
- WARREN S.D. – L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Rev.*, Vol. IV December 15, 1890, 193.
- WHITMAN J.Q., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, *Yale L.J.*, 2004, 649, 1153.
- WINKLER M., *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in www.giustiziacivile.com, 1.
- ZATTI P., *La surrogazione nella maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, 838.
- ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193.
- ZATTI P., *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione (Prima parte)*, in *Familia*, 2002, 337.
- ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 406.
- ZATTI P., *Maschere del diritto*, Milano, 2009.
- ZATTI P., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 149.

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

ZENO-ZENCOVICH V., *Sub art. 8*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2001.

ZHANG J. et al., *Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 34, 361.

ZUCCALÀ G., *Aborto*, b) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.