

Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40

di Marco Gattuso

*Your children are not your
children. They are the sons and
daughters of Life's longing for itself.
Khalil Gibran¹*

SOMMARIO: 1. Premessa.- I PARTE: I diversi modelli teorici e la regolamentazione delle condotte.- 2. Il (faticoso ma necessario) dibattito teorico sulla GPA.- 3. (segue) La dottrina della intentional parentage.- 4. La GPA nell'ordinamento italiano: brevissimi cenni alla sanzione penale ex art. 12, comma sesto l. 40/2004.- 5. II PARTE: lo status dei figli nati con GPA.- 6. Rileggere la legge 40.- 7. I due mondi della procreazione naturale e della procreazione artificiale: biologia v. volontà.- 8. GPA e PMA.. 8. Individuazione dello status filiationis in caso di GPA.-

SCHEDA: Alcune regole in materia di GPA: S.1. Limiti oggettivi.- S.2. Forma della manifestazione di volontà.- S.3. Limiti soggettivi.- S.4. Aspetti economici: compenso o rimborso spese?- S.5. Regole di condotta nel corso della gravidanza.- S.6. Status del nascituro.

1. Premessa

Il mondo ha fatto la conoscenza della *surrogazione di maternità* (locuzione utilizzata nella legge n. 40/2004) o *gestazione per altri* (espressione usata nelle decisioni della Corte europea dei diritti umani; d'ora in poi GPA²) alla fine degli anni ottanta col famoso caso *In re Baby M*, la bambina contesa fra due mamme il cui destino fu deciso nel 1988 dalla Corte Suprema del New Jersey con una storica sentenza che ebbe

¹ "On Children", in *The Prophet*, Londra, Heinemann, 1926, p. 20.

² In dottrina sono in uso anche le locuzioni *maternità sostitutiva* o *di sostituzione* ed è stato proposto anche *gestazione medicalmente assistita* e *gravidanza per altri*. È invece del tutto da respingere in quanto lesivo della dignità della donna il giornalistico «utero in affitto».

risonanza globale³.

Nonostante il clamore mediatico di quel caso, la GPA ha avuto da allora una diffusione crescente tant'è che secondo le stime più accreditate ogni anno nascono nei soli Stati Uniti oltre due mila bambini (dati del 2014⁴) ed almeno altrettanti, o forse molti di più, nel resto del mondo, sicché sono ormai decine di migliaia le persone, in parte già adulte, venute al mondo con questa tecnica.

Si tratta, come noto, della particolare tecnica con cui una donna porta avanti una gravidanza per un'altra donna che non può farlo (perché affetta da patologie che impediscono la gestazione, o che mettono a rischio la vita della gestante o del nascituro) oppure per una coppia di uomini che scelgono di avere un figlio⁵.

Il nostro Paese ha compiuto nel 2004 una scelta molto netta, con la messa al bando e la criminalizzazione della GPA, e da allora non si ha notizia di casi realizzati in Italia.

D'altra parte, la maggiore facilità degli spostamenti e di reperimento di informazioni e di comunicazioni a mezzo *web* ha favorito nell'ultimo decennio l'accesso alla GPA da parte di cittadini italiani e, più in generale, provenienti da paesi che la vietano. La GPA è consentita con varia regolamentazione in gran parte dei paesi di *common law* ed in un numero, invero piuttosto limitato, di Paesi di *civil law*, dei quali un nucleo assai ristretto ne consente l'accesso anche agli stranieri (fra cui, dunque, i

³ Corte Suprema del New Jersey, *In re Baby M.*, sentenza del 2 marzo 1988 (537 A.2d 1227, 109 N.J. 396). In seguito ad una GPA *cd. tradizionale* (ove la gestante è legata geneticamente al nascituro) la gestante aveva rifiutato di consegnare il bambino. La Corte, riformando parzialmente la decisione di primo grado, ritenne la nullità dell'accordo stabilendo che la maternità fosse attribuita alla gestante. Riconoscendo tuttavia il conflitto con il padre intenzionale, pure lui legato geneticamente al bambino, la Corte ordinò alla Family Court di stabilire l'affidamento ad uno dei due secondo il criterio del *best interest of the child*. I giudici, infine, affidarono la bambina in custodia al padre intenzionale.

⁴ T. LEWIN, *Surrogates and Couples Face a Maze of Laws, State by State*, *New York Times*, 17/9/2014.

⁵ Contrariamente a quanto ritenuto da un indirizzo (M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 361) non può ricondursi invece alla GPA il caso in cui una donna porti avanti una gravidanza al fine di avere un figlio proprio, utilizzando un gamete femminile proveniente da una donatrice, trattandosi di una semplice fattispecie di PMA eterologa. Così la dottrina pressoché unanime: R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 700; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, tomo II, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 1480; B. SALONE *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, cit., p. 158

cittadini italiani)⁶; fra questi, solo pochissimi la consentono a stranieri singoli e/o coppie dello stesso sesso⁷. A volte può aversi un compenso o un rimborso spese, mentre in altri casi la prestazione è a titolo totalmente gratuito⁸. Come sottolineato di recente dalla stampa internazionale, molti dei paesi che negli ultimi dieci anni avevano rappresentato le mete privilegiate per una GPA "low cost" stanno chiudendo le frontiere agli stranieri o la stanno restringendo alla sola GPA altruistica: così la Thailandia⁹ e l'India¹⁰ nel 2015, così il Nepal¹¹ nel 2016. Ciò comporta

⁶ L'accesso dei non cittadini è condizionato in genere non solo da un espresso divieto in mancanza di cittadinanza e/o stabile residenza ma anche dalla previsione o meno di un compenso per la gestante, posto che in sua assenza è di fatto assai difficile, se non impossibile, l'accesso a chi non abbia stretti legami, di parentela od altro, con la gestante. Allo stato l'accesso a tecniche di GPA con compenso (attorno ai 20.000-30.000 euro) è possibile in 18 Stati degli U.S.A., dove, come si vedrà, si è prodotta una giurisprudenza favorevole delle corti supreme, recepita a volte dalla legislazione statale. La GPA è possibile inoltre (alla data del dicembre 2016 e salvi mutamenti di un quadro in continua evoluzione) in Armenia, Cambogia, Georgia, Israele, Kirgizstan, Russia, Ucraina (la meta più scelta dalle coppie eterosessuali italiane), Uganda e nello stato di Tabasco in Messico, ed in molti di questi paesi sono spesso assai scarse le tutele assicurate alla gestante. I dati sono parzialmente tratti (e aggiornati con varie fonti) da M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in *GenUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, II, p. 214 ss.

⁷ L'accesso alla GPA è vietato alle coppie dello stesso sesso in gran parte delle mete favorite dalle coppie italiane, ad es. in Georgia, Grecia, Russia, Ucraina (ove, come detto, si reca invece la grande maggioranza delle coppie eterosessuali italiane) e da anni anche in India e Thailandia. Di fatto — salvo casi eccezionali — le coppie italiane composte da due uomini possono accedere a tale tecnica soltanto in alcuni stati degli U.S.A. ed in Canada.

⁸ Per i casi di GPA con compenso v. nota 6. Conoscono invece solo la *altruistic surrogacy* (senza compenso) che come visto di fatto ne impedisce l'accesso se non si ha una pregressa relazione con la gestante: Gran Bretagna (è il primo paese ad avere introdotto una legislazione in materia, *Surrogacy Agreements Act* del 1985, che in seguito a modifiche consente adesso un rimborso spese; nel 1988 è stata istituita un'agenzia nazionale *no profit*, la *Childlessness Overcome Through Surrogacy*, COTS, che si occupa di mettere in contatto le parti, di proteggerle nel percorso e di autorizzare i pagamenti), Paesi Bassi, Belgio, Danimarca, Albania, alcuni territori dell'Australia, Israele, Sudafrica, Nuova Zelanda, Canada (ad eccezione del Quebec, *Assisted Human Reproduction Act*, prevede un rimborso spese per la gestante, che si aggira anche qui sui 20.000 euro, di fatto un importo analogo a quanto richiesto negli U.S.A. a titolo di corrispettivo), Grecia (che ha aperto dal luglio 2014 agli stranieri, ma non alle coppie gay) e Hong Kong.

⁹ La Thailandia era considerata sino al 2015 la prima meta al mondo per la GPA; ha introdotto nel 2015 un divieto generalizzato di GPA con compenso ed ha ristretto la GPA altruistica ai soli cittadini thailandesi (e agli stranieri se coniugati con un thailandese da più di tre anni), v. *Thailand bans commercial surrogacy for foreigners*, *BBC News*, 20/2/2015.

¹⁰ L'India ha escluso gli stranieri dalla GPA nel 2015 ed è in corso di approvazione un disegno di legge, *The Surrogacy (Regulation) Bill*, 2016, che la autorizza per i cittadini indiani solo nella sua versione cd. altruistica (fonte: *The Economist*, *As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, cit.). Si tratta di una vera svolta nelle politiche del paese se solo si considera che in India le tecniche di PMA hanno avuto uno sviluppo assai precoce (qui è nato il secondo bambino al mondo con GPA, nel 1978), e che il vero e proprio boom della GPA era stato sostenuto negli ultimi venti anni da esplicite politiche governative dirette a fare dell'India una meta del cd. turismo sanitario e procreativo, facendo del Paese, con circa 2000 nati l'anno, il secondo paese al mondo dopo la Thailandia per GPA eseguite per coppie straniere. La recente chiusura è conseguenza di una

peraltro un'espansione del fenomeno in altri paesi (innanzitutto l'Ucraina).

Per conseguenza dell'aumento dei casi, negli ultimi anni si sono moltiplicate le decisioni interne e internazionali su casi di GPA transnazionale: alcune sentenze della Corte europea di Giustizia¹², della Corte europea dei diritti umani¹³ e diverse decisioni della nostra giurisprudenza di merito, per lo più penale¹⁴, sino ad alcune note sentenze della Corte di Cassazione, civile¹⁵ e penale¹⁶ hanno riaperto il dibattito giuridico. Un rinnovato interesse per questi temi è stato sollecitato inoltre da due notissimi casi che pur non riguardando la GPA hanno messo comunque in tensione il sistema italiano di accertamento della filiazione *ex latere matris*: il cd. "caso Pertini" sullo scambio di embrioni in un malaugurato caso di *malpractice* medica, deciso dal tribunale di Roma¹⁷, ed il caso di un bimbo nato con il cd. metodo *ROPA* (*Reception of Oocytes from Partner*: gestazione da parte di una donna di un embrione formato col patrimonio genetico della moglie o compagna), deciso dalla Cassazione¹⁸. Il mondo della fecondazione artificiale, infine, ha subito una radicale trasfigurazione grazie ad alcuni interventi della Corte costituzionale, fra cui spicca la sentenza n. 162 del 2014¹⁹ che ha mutato

generalizzata preoccupazione per le pesanti condizioni di sfruttamento delle gestanti, denunciate da diversi *report* interni e internazionali.

¹¹ R. ABRAMS, *Nepal Bans Surrogacy, Leaving Couples With Few Low-Cost Options*, New York Times, 2/6/2016. In Nepal secondo le stime venivano praticate circa 300 GPA l'anno (fonte: *The Economist, As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, cit.).

¹² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, Causa C-167/12 *C.D. contro S.T.*, sentenza del 18 marzo 2014 e Causa C-363/12, *Z. contro A Government Department e The Board of management of a community school*, sentenza del 18 marzo 2014, entrambe in *Articolo29.it* con nota M. BALBONI, *Surrogazione: per la Corte di Giustizia non c'è diritto al congedo di maternità*, 26 marzo 2014.

¹³ Corte EDU, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 24 gennaio 2017, reperibile in *Articolo29.it*; Corte EDU, sentenze 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*; 8 luglio 2014, ricorso n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*.

¹⁴ V. *ex multis* Trib. Milano, 15 ottobre 2013, in *Articolo29.it*; Trib. Napoli, 1 luglio 2012, in *Corr. merito*, 2012, p. 13 ss.; Corte d'Appello di Messina, 18 luglio 2016, in *Articolo29.it*

¹⁵ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

¹⁶ Cass. sez. V, Sentenza n. 13525 del 10/03/2016, in *Foro it.*, 2016, 5, 2, c. 286 ss., con nota G. CASABURI, e in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8, p. 1085 con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*.

¹⁷ Trib. Roma, ordinanza dell'8 agosto 2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2934 ss., con nota di G. CASABURI.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Articolo29.it*, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*.

¹⁹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, su cui v. A. BALDINI, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, 2014, p. 617 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione*

radicalmente il volto della legge n. 40 del 2004, incidendo in qualche modo, come vedremo, anche sul tema della GPA²⁰.

L'accentuarsi del fenomeno della GPA ha indotto anche il Parlamento europeo ad affrontare il tema nell'ambito di una risoluzione, stigmatizzando la lesione della dignità della donna e la mercificazione delle funzioni riproduttive, mentre una proposta di raccomandazione volta a regolamentare la GPA è stata bocciata di recente dal Consiglio d'Europa²¹.

A dodici anni dall'entrata in vigore della legge 40 il dibattito pubblico su tale tecnica si è improvvisamente acceso in concomitanza con la discussione della legge istitutiva dell'unione civile fra persone dello stesso sesso (legge n. 76 del 2016²²) e ciò nonostante la GPA eseguita da coppie italiane all'estero riguarda solo in minima parte, meno del 5%, coppie omosessuali. Non è questa la sede per esaminare le ragioni di questo inatteso interesse per una pratica nota da tempo: è verosimile che tale peculiare coincidenza nasconda una malcelata avversione dinnanzi all'emergere di una rinnovata idea di paternità e di nuove forme familiari; certo è che mentre le coppie eterosessuali possono celare più o meno agevolmente (a volte anche allo stesso minore) le modalità di concepimento e nascita, la stessa possibilità è preclusa in radice alle coppie di uomini, sicché l'emergere nel discorso pubblico dell'omogenitorialità ha dato immediata visibilità a un fenomeno, quello della GPA, ancora ignoto a una parte dell'opinione pubblica²³.

eterologa, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 393 ss.; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 223 ss.; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte Edu*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 659 ss.; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, *ibid.*, p. 663 ss.

²⁰ È stato osservato al riguardo come «nell'arco di pochi mesi» oltre alla decisione della Consulta, anche tre pronunce della Corte di Strasburgo e una decisione delle Corti di cassazione in tema di maternità surrogata e, infine, un'ordinanza cautelare del Tribunale di Roma in un caso di scambio di embrioni, «hanno determinato un sommovimento nella coscienza sociale e nella riflessione giuridica di entità tale da far apparire opportuno un nuovo intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita». C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, p. 485 ss., p. 486.

²¹ Parlamento europeo, Risoluzione del 17 dicembre 2015; Consiglio d'Europa, voto dell'11 ottobre 2016.

²² Sulla legge e sulle sue implicazioni in materia di filiazione, avuto anche riguardo alla gestazione per altri, sia consentito rimandare a M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 255 e ss.; sull'iter legislativo, con un'ampia analisi critica dei lavori parlamentari, v. A. SCHILLACI, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2016, II, p. 18.

²³ Sull'esito nel maggio 2016 del dibattito parlamentare sulla GPA e la votazione di alcune mozioni, v. A. SCHILLACI, *Eppur si muove! la camera dei deputati avvia una (faticosa) riflessione sulla*

Dal 1988 molta acqua è passata sotto i ponti e *Baby M* è oggi una signora di mezza età con figli. Molti sono gli studi giuridici, le ricerche sul benessere psicofisico delle portatrici e dei figli nati con GPA, e la stessa giurisprudenza americana, in particolare quella californiana, è tornata ripetutamente sulla questione prendendo una direzione diversa, anzi del tutto opposta, rispetto alla Corte del New Jersey del caso *In re baby M*. La dottrina, italiana ed estera, ha suggerito per suo verso diverse prospettive di inquadramento giuridico della materia, sovente in aperta contraddizione fra loro.

Il presente contributo è diviso in due parti, poiché si affronterà il tema da due prospettive che, come si vedrà, sono in larga misura del tutto indipendenti: per un verso, la ricostruzione teorica e giuridica della fattispecie e la conseguente regolamentazione delle *condotte degli adulti* e, per altro verso, le questioni relative alla definizione dello *status del nato* per la legge italiana.

Nella prima parte si cercherà di lanciare lo sguardo oltralpe, e soprattutto oltreoceano, per dare conto del vivace dibattito giuridico e etico e per dare conto, altresì, dell'inquadramento giuridico della GPA nei paesi che la contemplano, in primo luogo nel paese dove questa tecnica è stata inventata ed è di gran lunga più diffusa, gli Stati Uniti, e dove si è affermata la sua legittimità in forza di alcune note sentenze delle Corti supreme; si tornerà quindi in Italia per un rapido cenno al trattamento riservato dalla nostra legislazione ai soggetti (gestante e genitori intenzionali²⁴) che abbiano intrapreso una GPA.

Nella seconda parte ci si occuperà, invece, dello *status del nato* secondo il diritto italiano. Mentre la giurisprudenza ha affrontato il fenomeno esclusivamente per i suoi risvolti internazionalprivatistici²⁵ (e per gli eventuali profili di rilevanza penale), scopo di questo contributo è, invece, una ricostruzione del quadro giuridico della GPA da una prospettiva più tradizionale (e ciononostante al momento

gestazione per altri, in *Articolo29.it*, 6 maggio 2016.

²⁴ Rispetto alla locuzione in uso in parte della dottrina italiana di «genitori committenti», eccessivamente legata ai controversi aspetti negoziali, appare preferibile la traduzione dell'espressione «*parents d'intention*» adottata nelle decisioni della Corte EDU.

²⁵ Da ultimo si segnala Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017, che ha disposto il riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due minori nati con GPA – nel quadro di un progetto di genitorialità in coppia omosessuale – ed il loro padre non genetico, in *Articolo29.it* con nota A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*; Tribunale di Agrigento, decreto del 6 aprile 2017, ined. che ordina all'ufficiale di stato civile di trascrivere il nome della madre intenzionale (fornitrice anche dei gameti) nel certificato di nascita di due bambini nati con GPA.

sorprendentemente meno consueta), inscritta all'interno degli strumenti del diritto civile: il tentativo è dunque quello di ricostruire il quadro della tutela dei minori nati con GPA muovendo esclusivamente dai principi in materia di filiazione dettati dal nostro diritto civile (nel codice civile e nella legge n. 40 del 2004). Tale prospettiva, oltre ad essere indispensabile quando i criteri di collegamento impongono, o consentono, di applicare il diritto italiano, appare utile anche al fine di ricostruire i principi generali dell'ordinamento influenti sui canoni rilevanti per l'ordine pubblico internazionale (sforzo che appare vieppiù utile ove, ad esito dell'attuale discussione sull'effettiva latitudine dell'ordine pubblico internazionale, si dovesse ritenere che lo stesso trascenda i principi accolti nella carta costituzionale ed accolga anche i principi generali dell'ordinamento nella disponibilità del legislatore ordinario²⁶).

In fondo, in una *scheda*, sono allegare infine alcune delle soluzioni recepite in ordinamenti esteri ed alcune delle proposte formulate nel dibattito internazionale, utili per una valutazione del fenomeno anche *de jure condendo*²⁷.

I PARTE

I diversi modelli teorici e la regolamentazione delle condotte

2. *Il (faticoso ma necessario) dibattito teorico sulla GPA*

Come detto, il dibattito pubblico si è acceso in Italia solo di recente. Ciò non toglie che i presupposti giuridici, etici e filosofici della GPA siano da decenni oggetto di attenta riflessione da parte della dottrina italiana, europea e d'oltreoceano. La GPA pone difatti numerosi interrogativi etici, religiosi e giuridici e rappresenta, in qualche modo, una questione di frontiera nel mondo della bioetica.

Possiamo distinguere, grossomodo e per facilità di esposizione, tre diversi orientamenti che chiameremo, ancora per facilità di esposizione, *proibizionista*, *liberale* e *mediano o sociale*.

Nell'indirizzo *proibizionista* convergono da sempre (sin dal caso

²⁶ Come noto sul punto si è prodotto un contrasto fra la tradizionale posizione più estensiva, che identifica l'o.p.i. nei principi fondamentali dell'ordinamento, su cui proprio in materia di GPA v. da ultimo Cass. 24001/2014, cit., e una interpretazione più restrittiva che lo identifica con i soli principi desumibili dalla carta costituzionale, su cui v. Cass. n. 19599/2016, cit.

²⁷ Per ragioni di spazio esula invece dagli scopi del presente lavoro l'analisi dei diversi documenti prodotti dalle diverse organizzazioni intergovernative (Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, Unione europea, Consiglio d'Europa, ONU).

Baby M) tanto istanze proprie di una parte del mondo cattolico, quanto di una parte del femminismo più radicale. Le prime ricalcano in larga misura l'atteggiamento negativo nei confronti di ogni tecnica di fecondazione artificiale: nella dottrina ufficiale della Chiesa cattolica è negata legittimità a qualsiasi deviazione dalla procreazione naturale²⁸ ed effetto di tale impostazione è, come vedremo, l'assetto iniziale della legge 40, la quale ammetteva il ricorso alla PMA (con ciò deviando comunque dalla posizione ufficiale della Chiesa) soltanto ove i genitori fossero in grado di trasmettere al nascituro il patrimonio genetico di entrambi (e, ovviamente, la gravidanza fosse portata a termine dalla madre genetica). Sotto tale profilo gli argomenti spesi contro la GPA sono in parte analoghi a quelli spesi contro la fecondazione eterologa in generale: l'innaturale cesura fra sessualità e procreazione, il paventato rischio di danni psicologici per il bambino nato con tecniche innaturali, la lesione del diritto naturale a nascere dai propri genitori biologici, il diritto a conoscere le proprie origini, il rischio di mercificazione dei gameti umani e dell'embrione. A questi argomenti, come detto ben noti nel dibattito sulla fecondazione eterologa, si aggiungono nella GPA il rischio di mercificazione del corpo della donna e dello stesso nascituro, con la denuncia di un vero e proprio mercato di bambini e la preoccupazione per l'esposizione della donna, in specie nei paesi in via di sviluppo, ad un elevato rischio di sfruttamento con la sua riduzione a mera macchina riproduttiva. Una parte del movimento femminista, pur lontana in genere dal giudizio della Chiesa sulla PMA, condivide tali ultime preoccupazioni rispetto alla GPA, partendo dalla centralità della relazione fra partoriente e figlio, cui è riconosciuta valenza pregiuridica e naturale, indiscusso dato antropologico fondativo di tutta la materia familiare. L'antico motto latino per cui *mater semper certa est* è letto come regola universale, recepita in tutti gli ordinamenti positivi, per cui la madre è sempre identificata nella partoriente e non nella madre genetica. Per l'opinione più radicale, a fronte della centralità della relazione gestante/feto e madre/prole, appare persino secondaria per il diritto tanto la relazione orizzontale fra madre e padre, quanto la relazione fra padre e figlio, quanto, infine, la relazione fra figlio e madre genetica²⁹. Tanto la parte cattolica che quella femminista

²⁸ La Chiesa Cattolica «ritiene eticamente inaccettabile la dissociazione della procreazione dal contesto integralmente personale dell'atto coniugale: la procreazione umana è un atto personale della coppia uomo-donna che non sopporta alcun tipo di delega sostitutiva», *Congregazione per la Dottrina della fede, Istruzione Dignitas personae su alcune questioni di bioetica*, 8 settembre 2008.

²⁹ Sono le tesi (citate in D. DANNA, *Contract children*, Ididem Verlag Stuttgart, 2015, p. 28-30) di M. FINEMAN, *The sexual family*, in *Feminist and queer legal theory* (AA.VV.), Ashgate, 2009, p. 49-

radicale derivano dunque dalla centralità riconosciuta al rapporto biologico primario fra gestante e figlio, la conclusione che ogni cesura - anche consensuale - della relazione fra gestante e figlio lede un diritto fondamentale, inalienabile, di entrambi i soggetti. Ogni ipotesi di gestazione per altri viene considerata *ex se*, senza possibilità di prova contraria, quale mercificazione e sfruttamento del corpo femminile, lesione della dignità della donna e del nascituro, utilizzati come mero strumento e non come fini in se, e, in ultima analisi, violazione del divieto di compravendita di esseri umani e, in particolare di bambini³⁰. A tale ultimo riguardo non manca chi evidenzia il rischio di danni psicologici per il bambino separato alla nascita dalla gestante, atteso l'indiscutibile legame psicologico consolidatosi durante la gravidanza in una relazione binaria che rende persino indistinguibili i due soggetti sino al parto. Le critiche, soprattutto in ambito femminista, si centrano inoltre contro la ridotta tutela del principio di autodeterminazione della donna durante la gravidanza, attesa la limitazione degli spazi di autonomia in funzione della gestazione, e dei suoi diritti costituzionali in particolare del diritto di aborto, e contro l'impossibilità per la donna, in alcuni ordinamenti, di confermare o revocare il proprio consenso dopo la nascita del bambino. Fra gli ulteriori argomenti spesi a favore di un divieto generalizzato, si segnalano la carenza di controlli sulla idoneità genitoriale dei committenti; la possibilità di assicurare il diritto alla genitorialità attraverso le adozioni, nazionali o internazionali, rispetto alle quali si evidenzia come la GPA finisca col sottrarre coppie rispetto alla necessità di collocare minori in stato di abbandono.

Secondo l'impostazione *liberale*, invece, al centro della riflessione va posto il cd. *harm principle*³¹, per cui l'intervento dello Stato può

64, per la quale i legami sessuali dovrebbero rimanere in una sfera privata e non dovrebbero assumere il ruolo fondativo che è riservato loro nel diritto di famiglia, sicché il matrimonio dovrebbe restare una cerimonia privata priva di rilevanza giuridica; per contro la famiglia dovrebbe identificarsi con la sola relazione "*Mother and Child*", una diade simbolica rappresentativa dei legami fondamentali del genere umano. Da tale impostazione D. DANNA, cit., p. 28-30, trae la conclusione che la centralità della relazione madre gestante-prole debba fondare ogni ricostruzione giuridica in materia di GPA, assumendo che l'unica persona titolata ad essere qualificata quale madre sia la gestante, mentre la donna che ha fornito il proprio patrimonio genetico con l'intenzione di divenire genitore «concettualmente non è una madre: non è divenuta gravida né ha dato al mondo un bambino, sicché essa è solo un padre di sesso femminile (*female father*)».

³⁰ Articolo 2 del Protocollo opzionale della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini: «per vendita di bambini si intende qualsiasi atto o transazione che comporta il trasferimento di un bambino, di qualsiasi persona o gruppo di persone ad altra persona o ad altro gruppo dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio».

³¹ JOHN STUART MILL, '*On Liberty*', in Alan Ryan (ed.), *On Liberty and the Subjection of*

giustificarsi solo quando una condotta possa produrre un danno per soggetti terzi. Diritto all'autodeterminazione, libertà procreativa della donna, diritto alla *privacy* e autonomia negoziale³² conducono ad assumere che solo la donna possa decidere, in piena autonomia, cosa sia bene o male per se stessa, sottolineandosi peraltro come una crescente letteratura segnali la soddisfazione riferita dalle donne che hanno compiuto una GPA³³. Tale sfera privata non può essere limitata sulla base di valutazioni dell'Autorità pubblica, le quali, in buona sostanza, appaiono di sapore giusnaturalistico e paternalistico, giocate, in fin dei conti, *contro* la volontà e l'autodeterminazione della donna (il termine di confronto è, ad esempio, il diritto di abortire, non ravvisandosi ragione per riconoscere alla donna il diritto di interrompere una gravidanza e non quello di intraprenderla). Si rileva inoltre come in molti ordinamenti, fra cui anche il nostro, sia consentito comunque alla partoriente di abdicare alla propria responsabilità genitoriale, non riconoscendo il nato o restando anonima (con un meccanismo identico a quelle ipotesi di GPA che prevedono la manifestazione della volontà della donna dopo il parto). Si assume, inoltre, che la categoria del "materno" non possa essere appiattita sul mero dato della gravidanza, sicché non v'è ragione di non considerare madre del nascituro la donna che gli ha fornito il patrimonio genetico o quella che abbia manifestato la volontà di metterlo al mondo e prendersene cura, rispetto alla gestante che abbia chiarito sin dall'inizio la propria intenzione di non assumere alcun ruolo genitoriale. Per conseguenza, nella specie si tratta di individuare chi è genitore per la legge, escludendosi che possa farsi ricorso alle categorie giuridiche della cessione, della donazione o della compravendita. Per le medesime ragioni è ritenuto del tutto incongruente il confronto con l'adozione, trattandosi in questo caso, come in ogni ipotesi di PMA, di un percorso diretto alla procreazione di figli *propri* e non all'adozione di figli altrui (sicché risulta del tutto inconferente anche la richiesta di previa valutazione delle attitudini genitoriali, che non è richiesta in alcun caso di procreazione, naturale o

Women, Londra, Penguin, 2006, p. 16.

³² Nel linguaggio anglosassone, come noto, è d'uso la locuzione "*freedom of contract*" che tuttavia non può tradursi in italiano con riferimento al "contratto", a pena di evidenti fraintendimenti, atteso che il termine contratto è riservato da noi ex art. 1174 cc ai soli rapporti patrimoniali.

³³ La letteratura giuridica cita al riguardo numerose ricerche: J. VASANTI JADVA *Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers in Human Reproduction*, 2003, 18, p. 2196; H. RAGONE, *Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers in American Ethnologist*, 1996, 23, p. 352; E. TEMAN, *Birthing a Mother: The Surrogate Body and Pregnant Self*, University of California Press, 2010; K. BUSBY, D. VUN, *Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2010, 26, p. 13.

artificiale). In relazione ai diritti fondamentali della donna durante la gravidanza si osserva come gli stessi non risultino compressi dalla GPA, ben potendosi, e dovendosi, assicurare ogni suo diritto fondamentale, compreso il diritto ad interrompere la gravidanza. Con riguardo all'interesse del nascituro, pur non negandosi la peculiarità della relazione intrauterina, la quale pacificamente comporta un profondo legame psicologico e financo un continuo scambio di materiale biologico fra gestante e feto, viene sottolineato come gli studi condotti sui bambini nati con GPA, in parte ormai adulti, escludono ripercussioni sul loro benessere psicologico³⁴ (così come li escludono più in generale per ogni tecnica di fecondazione eterologa), rammentando come in una recente rassegna della letteratura condotta su ben 55 studi scientifici sugli esiti della GPA sulla salute delle portatrici, dei genitori intenzionali e dei bambini non sono emerse differenze significative in aspetti sia medici sia psicologici fra GPA e concepimento naturale o assistito³⁵. Si nega inoltre una strumentalizzazione del nascituro, atteso che la volontà di avere un bambino e di divenire genitori è identica quali che siano le modalità, naturali o medicalmente assistite, del concepimento e della nascita. L'opzione proibizionista viene criticata, inoltre, in quanto esclude in radice ogni considerazione del diritto alla procreazione delle coppie affette da sterilità, con una intollerabile frapposizione dello Stato fra il cittadino e le possibilità offerte dalla scienza. Il divieto di GPA lede peraltro anche il diritto di pari trattamento fra l'uomo o la donna affetti da sterilità (i quali possono accedere alla PMA eterologa) e la donna affetta da patologie che non le consentano una gravidanza. La GPA consente, invece, una modalità di concepimento e nascita che corrisponde alla volontà di tutte le parti e che conduce ad una *win-win situation* soddisfacente tanto per la gestante che per i genitori intenzionali. Seguendo tale impostazione, infatti, non può negarsi il diritto della gestante ad un compenso, atteso che gli interessi della portatrice trovano maggiore, e non minore, considerazione e protezione giuridica quando la stessa sia retribuita³⁶. Da questo punto di

³⁴ V. JADVA, L. BLAKE, P. CASEY, S. GOLOMBOK, *Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children Understanding of Their Surrogacy Origins*, in *Human Reproduction*, 2012, n. 10, p. 3008.

³⁵ N. CARONE, *In origine è il dono*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 97, il quale cita V. SÖDERSTRÖM-ANTILA, U.B. ROMUNDSTAD E C. BERGH, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families -A Systematic Review*, in *Human Reproduction Update*, 2016, n. 2, p. 260 e ss.

³⁶ Critica le definizioni GPA "commerciale" e "altruistica", e la stessa distinzione fra loro, N. Carone, sul rilievo che la prima può realizzarsi anche per motivazioni altruistiche, così come nella seconda possono intervenire terzi che ricevano compensi, proponendo il termine "GPA etica" per sottolineare la necessità di verificare in ogni caso il rispetto della dignità e dell'autodeterminazione della

vista si evidenzia come persino in alcune realtà del terzo mondo non possa muoversi alcun rimprovero alla donna che scegliendo di realizzare una GPA acceda ad un guadagno decine di volte superiore a quello che avrebbe, lavorando in condizioni di insostenibile sfruttamento, per un analogo lasso di tempo³⁷.

Fra l'opzione proibizionista e quella liberale troviamo un arco di *posizioni mediane*, che potremmo definire anche *sociali*, che muovono in alcuni casi dalla mera considerazione che la regolamentazione sia il male minore (posto che il divieto globale non è realizzabile e che ogni proibizione muove il fenomeno in altri paesi o lo rende clandestino esponendo i soggetti a rischi maggiori), mentre in altri casi prendono alcuni elementi da ognuno dei due indirizzi più estremi, criticandone altri. Seguendo l'indicazione liberale, ad esempio, viene criticata la radicale esclusione da parte proibizionista di qualsiasi rilevanza giuridica all'autodeterminazione della donna. Viene condivisa con l'indirizzo liberale, inoltre, la necessità di porre l'analisi degli effetti di ogni tecnica di PMA su precise basi scientifiche, rifiutando posizioni aprioristiche ed ideologiche: oggetto dell'analisi non è la -certa- relazione biologica e psicologica fra gestante e feto ma i pretesi effetti dannosi del distacco dalla gestante sulla corretta evoluzione psicologica del bambino, effetti che sono ormai negati da decenni di osservazione empirica. Tali indirizzi sono critici, tuttavia, rispetto alla sottovalutazione liberista delle effettive condizioni sociali, economiche e culturali dei soggetti coinvolti e, in particolare, della *evidente asimmetria fra i medesimi*, tenuto anche conto della disuguaglianza strutturale tuttora patita dalla donna. All'affermazione del diritto alla libertà di scelta della donna quale soggetto giuridico astratto dalle sue condizioni materiali, si contrappone la necessità di un'attenta verifica in concreto delle effettive condizioni materiali per l'esercizio della

donna, N. CARONE, op. ult. cit., p. 75. Per tali ragione si è pure suggerita la sostituzione del termine “*commercial surrogacy*”, troppo legata ad una idea di “*business*” con il più accurato “*compensated surrogacy*”, K. O'BYRNE, P. GERBER, *Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial*, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, (AA. VV.), Londra-New York, Routledge, p. 237.

³⁷ «*In an unjust world, surrogacy provides these women with the prospect of earning a life-transforming sum of money that would otherwise be completely unattainable for them. Adopting a Western moral framework that only allows for 'the competing characterizations of contract pregnancy as a free choice with a win-win outcome, and an exploitive practice from which Indian women must be rescued' belies the complexity of how poor Indian women live, perceive and negotiate their surrogacy work*», A. CHAWLA, N. WITZLEB, *Surrogacy in India: Strong Demand, Weak Laws in Surrogacy, Law and Human Rights*, cit.. Secondo l'Economist, «*The fact that a surrogate in India or Nepal can earn the equivalent of ten years' wages by carrying a child for a rich foreigner is a consequence of global inequality, not its cause. Banning commercial surrogacy will not change that*», *The Economist*, *Carrying a child for someone else should be celebrated—and paid*, 13 maggio 2017.

libertà di autodeterminazione. La libertà di scegliere non è assicurata da una totale liberalizzazione e deregolamentazione della GPA ma, al contrario, dalla prescrizione di regole specifiche e tassative che consentano di proteggere in concreto la libertà di scelta della donna, assicurando in particolare che la stessa sia libera da condizionamenti e pressioni sociali ed economiche. Per conseguenza anche il giudizio *de jure condito* deve tenere conto delle diverse condizioni sociali, culturali ed economiche, essendo insensato esprimere lo stesso giudizio, ad esempio, per una GPA condotta a determinate condizioni nel Regno Unito, in Canada o in California, e quella eseguita a condizioni completamente diverse in Laos, Nepal o India³⁸. In ogni caso, si evidenzia da alcuni come non persuada giuridicamente tracciare la linea di demarcazione fra accordi meritevoli e immeritevoli di tutela sulla base dell'onerosità o gratuità della prestazione (la previsione di un corrispettivo potendo configurare, delle due, un diritto della gestante), apparendo invece dirimente che sia assicurata con pienezza e senza equivoco la libertà di autodeterminazione della donna. L'avversione per la previsione di un corrispettivo, contemplato nel nostro sistema anche per attività di elevato valore sociale, risiede difatti su soggettive valutazioni d'ordine morale che nel sistema giuridico non trovano fondamento positivo quando sia assicurata la libera determinazione della donna e che, anzi, rischiano di ledere proprio i suoi interessi. È ritenuta del tutto irrealistica e strumentale la pretesa di offrire alle coppie sterili l'alternativa dell'adozione, attesa l'attuale mancanza di minori adottabili sia nell'adozione nazionale che internazionale (dov'è sempre più diffusa la tendenza dei paesi più poveri a privilegiare l'adozione interna) oltre che per le significative ed innegabili differenze fra procreazione e adozione. Inconsistente pure l'affermazione di una riduzione del numero di coppie disponibili ad adottare, che ove fondata dovrebbe condurre a vietare ogni terapia o rimedio della sterilità. Pur negandosi ogni sovrapposizione e coincidenza fra le nozioni di gravidanza e di *maternità* (di cui pure si afferma la rilevanza centrale nel sistema delle relazioni umane e familiari senza sottovalutazione alcuna della naturale differenza fra i generi), alcune opinioni condividono la preoccupazione di salvaguardare la speciale relazione fra la gestante e il nato, assicurando la continuità di un rapporto ritenuto di primaria rilevanza per la donna e per

³⁸ Evidenzia che «il contesto di povertà e disagio favorisce il rischio di sfruttamento economico del corpo delle donne che si trovano in condizioni di bisogno, impedendo che la scelta di portare avanti la gravidanza per il bene di altre persone possa considerarsi veramente libera e spontanea», A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal — Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 131 ss., p. 147.

la stessa identità personale del nato. Per conseguenza, si propone che nonostante il progetto procreativo della donna sia stato iniziato e concluso “per altri”, i quali divengono genitori in ragione dell’assunzione di responsabilità insita nell’accordo di GPA, permanga anche dopo la nascita uno specifico riconoscimento, e una precisa tutela giuridica, della speciale relazione fra gestante e nato. Sotto tale profilo significativa è la proposta che venga sancito il diritto della gestante a *mantenere il diritto di visita e di contatto con il minore*³⁹. Tale previsione avrebbe il vantaggio di spingere le parti, sin dall’inizio e dunque già al momento della ricerca dei *partners* con cui intraprendere un percorso di GPA (gestante/genitori), a tenere conto che ha così inizio una relazione che continuerà per tutto il corso della vita del nascituro, con l’auspicabile rinuncia a tale tecnica da parte di chi non sia disponibile a consentire la continuità del rapporto fra il nato e la gestante⁴⁰.

Nonostante l’estrema varietà delle opinioni, come si vedrà in pressoché tutti tali indirizzi (anche gli estremi proibizionisti e liberali) l’opinione dominante comunque converge, in genere, almeno su un punto: sia nella prospettiva proibizionista, che liberale, che mediana o sociale, la tendenza assolutamente prevalente tiene a distinguere il destino dell’eventuale accordo fra le parti e le stesse conseguenze del rispetto o della violazione delle regole (civili, amministrative o penali) per gli adulti (portatrice, genitori intenzionali, operatori sanitari, intermediari), dalla individuazione delle regole che determinano lo *status* dei bambini nati da GPA, per cui sorge la questione della concreta protezione giuridica che deve essere assicurata ai bambini che siano comunque venuti al mondo. La Convenzione sui diritti del fanciullo vincola difatti a perseguire nel caso concreto i migliori interessi *del fanciullo* (e non in generale *dei fanciulli*), dunque di *quel* bambino concreto per cui deve essere adottata una decisione, con esclusione di qualsiasi strumentalizzazione di quel fanciullo, sia pure a tutela di altri soggetti (la gestante, altri bambini). Come rilevato di recente dalla Corte di cassazione (richiamando a tale

³⁹ P. LAUFER-UCHELES, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption*, *Indiana Law Journal*, 2013, 8, 4, 1254.

⁴⁰ Per R. F. Storrow «*This provision would likely influence the parties at the bargaining stage to reflect more fully on the significance of their intimate undertaking and not to see the arrangement as one that necessarily terminates upon the birth, with no further contact between the surrogate and the child. Such a provision might understandably dissuade those couples desiring more decision-making control from pursuing surrogacy, but this would be an acceptable outcome, as such couples would likely be less willing to acknowledge and honor the intimate aspects of the surrogacy arrangement or the need or desire of the child to have as complete an understanding as possible of how s/he was created*», R. F. STORROW, *Surrogacy: American Style*, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, cit..

proposito la nota decisione della Corte costituzionale sulla condizione dei figli incestuosi⁴¹), in ipotesi di ricorso all'estero a una pratica vietata dall'ordinamento interno «delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato», poiché «vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»⁴². Anche la Corte EDU, nelle sue prime decisioni in materia di GPA, pur onorando il margine di apprezzamento dei singoli Paesi nella regolamentazione della stessa, anche mediante l'uso di sanzioni penali, ha sottolineato il diverso punto di vista della protezione dei minori nati a mezzo di GPA, riconoscendo in più occasioni il loro diritto alla vita privata e/o familiare⁴³.

3. (segue) La dottrina della “intentional parentage”

Come si è detto, il fenomeno della GPA nasce in America negli anni ottanta ed è lì che si è prodotta e consolidata la più significativa elaborazione giurisprudenziale.

Si distinguono in genere due ipotesi di GPA: la *GPA c.d. tradizionale, o per concepimento e gestazione (traditional surrogacy)*, ove la donna che porta avanti la gravidanza fornisce anche il proprio materiale genetico, e la *GPA in senso stretto, o gestazionale (gestational surrogacy)*, dove anche il gamete femminile, oltre a quello maschile, è fornito invece dai genitori intenzionali o da una donatrice esterna. Nel primo caso, la donna concepisce un bambino con proprio gamete femminile e con gamete maschile proveniente dal padre intenzionale (o da un donatore). Nel secondo caso, invece, un embrione formato *in vitro* con i gameti della coppia richiedente viene impiantato nell'utero di una donna che si rende disponibile ad accoglierlo e a condurre a termine la gravidanza. La *GPA tradizionale*, utilizzata prima che la scienza rendesse possibile, nel 1978, la fecondazione *in vitro* (*in vitro fertilisation, IVF*) e il trasferimento di un embrione già formato, rappresenta nell'attualità un'ipotesi del tutto marginale. Nella generalità dei casi, infatti, la GPA è oggi (solo) *gestazionale*, sicché il nascituro è collegato geneticamente ai

⁴¹ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Nuova gur. civ. comm.*, 2003, I, p. 543 con nota di DI NARDO

⁴² Cass., n. 19599/2016, cit., § 8.3.

⁴³ Corte EDU, sentenze 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*; 8 luglio 2014, ricorso n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*.

genitori intenzionali (o a donatore/donatrice esterno/a) e non alla gestante, la quale giuridicamente, e psicologicamente, non porta in grembo un bambino proprio, e *che senta proprio*, ma un *bambino di altri*, dei genitori intenzionali.

L'analisi giuridica di ogni fenomeno sociale non può che partire dall'ascolto dei soggetti coinvolti e nell'esperienza americana è un dato di fatto, noto e inconfutabile, che le donne che decidono di portare avanti una gravidanza per altri *non si considerano madri* del feto che portano in grembo e non vogliono essere considerate tali⁴⁴. Il bambino che hanno in grembo è stato consegnato alla gestante *dai suoi genitori* e ai suoi genitori sarà restituito quando sarà nato. Si tratta in America sempre di donne che hanno altri figli e nel loro contesto familiare non è mai ritenuto che il bambino che hanno in grembo sia un loro altro figlio o figlia, che potrebbe essere inserito in futuro nella loro famiglia. I loro figli sanno che la loro mamma non aspetta un loro fratellino o sorellina (che la mamma potrebbe decidere di... "cedere" a terzi), perché è ben chiaro che quel bambino o bambina è figlio o figlia dei genitori che lo hanno consegnato per la sua gestazione (in quanto non sono in grado di portare avanti una gravidanza), e da cui tornerà quando sarà nato. Ne consegue che la definizione di queste donne come "madri" (seppure nelle versioni edulcorate di "madre surrogata" o "madre biologica") non corrisponde alla loro effettiva percezione e volontà e a quanto effettivamente accade. Queste donne percepiscono l'uso della parola "madre" per definirle, con l'implicita insinuazione di cedere ad altri un loro figlio o un figlio che potrebbe essere loro, come una profonda incomprensione della loro intenzione, con una connotazione stigmatizzante e, in ultima analisi, come ostile, ideologico, in una parola, involontariamente violento. Per ignorare tale realtà, l'unica via è quella di svalutare in modo inaccettabile la stessa intelligenza e capacità di discernimento delle donne che decidono di intraprendere tale pratica, affermando che non sarebbero in grado di

⁴⁴ Non vi sono molti studi in italiano, ma è di interesse al riguardo la collezione di interviste a gestanti per altri in S. MARCHI *Mio, tuo, suo, loro*, 2017, Fandango. Sono riportati, invece, i risultati delle ricerche empiriche svolte all'estero, che attestano i sentimenti e gli atteggiamenti delle donne che porta in grembo un bambino per altri in N. CARONE, *In origine è il dono*, cit. p. 72, in particolare cfr. V. JADVA, S. IMRIE, S. GOLOMBOK, *Surrogacy Mothers 10 Years On: A Longitudinal Study of Psychological Well-Being and Relationships with the Parents and Child*, in *Human Reproduction*, 2015, 10, p. 3008. V. anche J.MILLBANK, *Resolving the Dilemma of Legal Parentage for Australians Engaged in International Surrogacy* in *Australian Journal of Family Law*, 2013, 27, pp. 138 e s., per cui «*a baby created via surrogacy is not the baby of the birth mother, not because of the operation of contracts, or genetic link to intended parent(s) combined with lack of genetic link to the surrogate; rather the baby is not hers because she says so and believes this to be so, before, during and after the pregnancy in which she gestates that child into life*».

comprendere quanto stanno facendo o che siano soggiogate dai vari attori del mercato⁴⁵. Ciò in aperto contrasto con una delle lezioni più grandi del femminismo, ossia il rifiuto antiautoritario di ogni linguaggio cucito da altri (o altre) sul corpo e le menti delle donne. Per tale ragione in questo studio le definiremo sempre “gestanti” (o “portatrici”) nella convinzione che il linguaggio giuridico debba essere, innanzitutto, frutto dell’ascolto e debba assumere un atteggiamento di rispetto per il sentire delle persone e per le definizioni che le stesse, in particolare le donne, decidono di darsi⁴⁶.

Nella GPA *in senso stretto* o *gestazionale*, oggetto della prestazione non è dunque la cessione ai genitori intenzionali di un bambino della gestante, ma la gestazione di un bambino che è figlio dei genitori intenzionali (ed è così emozionalmente percepito da tutte le parti, innanzitutto dalla gestante, dai suoi figli, dalla sua famiglia), i quali lo hanno voluto, lo hanno concepito (provvedendo a formare il suo patrimonio genetico) e, in ragione della loro impossibilità materiale di portare avanti la gravidanza, hanno fatto ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita. Non è peraltro indifferente che la coppia dei genitori intenzionali non si limiti a fornire i propri gameti, ma conferisca a chi si occuperà della sua gestazione *un embrione già formato*.

La donna gestante decide di portare avanti la gestazione di un bambino altrui, mentre i genitori intenzionali, cui appartiene il bambino, assumono naturalmente a tutti gli effetti la responsabilità genitoriale nei suoi confronti. Nella GPA *gestazionale* non vi è alcuna cessione dell’embrione alla portatrice, così come non vi è alcuna successiva nuova “cessione” del nato ai genitori intenzionali o rinuncia da parte della gestante ad un proprio *status* genitoriale. Come ricostruito dalla giurisprudenza americana, il *parental order* emesso dall’Autorità giudiziaria nel corso della gestazione non “trasferisce” alcuno *status* genitoriale ma *accerta* che genitori del nascituro sono coloro che hanno

⁴⁵ Così D. DANNA, cit., ove, pur non venendo riportata alcuna intervista diretta dell’A. alle gestanti, si legge che si tratterebbe di soggetti soggiogati dalle agenzie di intermediari, di donne appartenenti a classi meno abbienti «*enchanted by the opportunity to socially mix with professionals*», sino tracciare un parallelo con gli indigeni che si vendevano la terra per una bottiglia d'alcol, p. 68 e 128.

⁴⁶ Con riguardo alla GPA praticata in America «*The data reveal that surrogate mothers in the United States are not poverty-stricken but are instead educated women who often prefer surrogacy to the other options they have to earn income. 175 Nor is their bond with the developing foetus particularly confusing or traumatic for them. Indeed, it is the bond with the intended parents, particularly the intended mother, that is the most meaningful to surrogates*» R. F. STORROW *Surrogacy: American Style*, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, cit.; v. anche P. LAUFER-UKULES, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy in Indiana Law Journal*, 2013, 88, pp.1223, 1230–35 e V. JADVA, S. IMRIE, S. GOLOMBOK, *Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child in Human Reproduction*, 2015, 30, p. 373.

espresso *ab origine* la volontà di assumerne la responsabilità genitoriale e non la gestante che ha espresso volontà contraria⁴⁷.

Appaiono dunque frutto di evidenti forzature le qualificazioni del relativo negozio giuridico quale “compravendita”, “donazione” o “locazione”, trattandosi in tutta evidenza di un negozio giuridico, a titolo gratuito od oneroso, avente ad oggetto *una prestazione d’opera*: la gestazione per altri⁴⁸. Un’opera del tutto particolare, diremmo unica nel mondo del diritto, per via della speciale relazione umana che intreccia i percorsi della gestante, dei genitori, del bambino⁴⁹.

Nonostante il primo caso giudiziario al mondo di GPA, il già menzionato caso *In re baby M* del 1988, riguardasse un conflitto tra gestante e genitori intenzionali, da allora la cronaca giudiziaria americana ha conosciuto pochissimi casi simili di conflitto e di ripensamento della gestante. Come evidenziato recentemente dall’*Economist*, il caso di *Baby M* ha influenzato tuttavia enormemente la nostra percezione della GPA (oltre che aver determinato nei primi anni novanta diversi Stati dell’Unione a vietare la GPA) e ancora oggi uno dei temi più dibattuti dai giuristi e dall’opinione pubblica è se la gestante abbia diritto di ripensarci dopo il parto e di tenersi il bambino⁵⁰. È tuttavia un dato di fatto che, nonostante decine di migliaia di nascite, in America non si registrino da decenni conflitti analoghi, e che anche nel resto del mondo i casi giudiziari si continuo sulle dita di una mano⁵¹.

La generale accettazione sociale e l’assenza di conflitto non possono

⁴⁷ Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, del 20 maggio 1993, § 6, in Foro it., 1993, IV, c. 337 ss., con nota di G. PONZANELLI, su cui v. diffusamente *infra*.

⁴⁸ Respinge il termine di “locazione d’utero”, in quanto «lo schema che prevede la sola prestazione di gravidanza non è necessariamente di scambio (come vuole il termine locazione o affitto)», P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Milano, 2011, p. 62.

⁴⁹ È stata proposta anche la qualificazione come servizio di «cura prenatale del bambino» (*pre-birth childcare*), M. WALSTEAD, *International surrogacy: arduous journey to parenthood*, in *Journal of Comparative Law*, 2014, p. 333.

⁵⁰ «The popular image shaped then has stuck: surrogates are widely viewed as likely to form, and then struggle to break, a maternal bond with the babies they carry, just like women whose difficult circumstances lead them to give up their newborns for adoption. In fact, recent studies show that it is extremely rare for a surrogate to change her mind and seek to keep the baby (...) On the rare occasions when problems do arise, it is almost always in the opposite direction: commissioning parents who decide they no longer want the baby» che conclude «They almost never change their minds about handing over the baby. On the rare occasions that a deal fails, it is because the commissioning parents pull out», *The Economist*, *As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, cit.

⁵¹ Si è segnalato, ad esempio, che nel Regno Unito, dove la gestante ha il diritto di revocare il proprio consenso nelle prime sei settimane di vita del bambino (e dove nascono con GPA circa 400 bambini l’anno, fonte: *The Economist*, *As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, 13 maggio 2017) si sono avuti, in oltre trentotto anni, soli tre casi, M. WALSTEAD, *Ibid.* p. 333.

essere spiegate ingenuamente con la forza del mercato e con la pressione psicologica esercitata sulle gestanti dalle agenzie di mediazione. Solo un approccio ideologico e poco realistico (ed una scarsa conoscenza della realtà della GPA) può indurre a credere che decine di migliaia di donne negli Stati Uniti, e un intero Paese, tollerino da decenni un fenomeno di “mercificazione delle donne” e di “compravendita di bambini” senza, praticamente, alcuna opposizione e senza conflittualità giudiziaria. Soltanto una lettura assai superficiale può far credere che diverse Corti supreme, fra cui quella della California (non proprio un giudice ignorante in materia di diritti fondamentali..), abbiano avallato senza scrupoli la compravendita di esseri umani in territorio americano (e la vendita.. di bambini americani a cittadini stranieri), né merita commento la tesi per cui i giudici americani sarebbero asserviti a logiche patriarcali e di classe⁵².

Nel più importante precedente in materia di GPA, il già menzionato caso *Johnson v. Calvert* del 1993⁵³, la decisione che più di ogni altra ha influenzato il dibattito e dettato i principi guida in questa materia (poi confermati anche dal legislatore con la riforma del codice civile californiano), in una ipotesi in cui entrambe le donne (la gestante e colei che aveva fornito il patrimonio genetico) vantavano il diritto ad essere considerate quali madri legali del nato, la Corte Suprema californiana ha osservato come entrambe potessero in effetti essere riconosciute giuridicamente come tali secondo lo *Uniform Parentage Act* (la legge che nel 1975 ha emendato il codice civile eliminando la distinzione fra figli legittimi e naturali⁵⁴), ritenendo tuttavia la necessità di verificare in

⁵² V. D. Danna per cui «when men, or tribunals representing male power, decide upon the meaning of pregnancy, they trivialize it» e «courts are generally reluctant to punish intended parents. Could it be because, as rich people, they are considered above the law?»; in tale quadro, la battaglia contro la GPA è vista come «part of the anti-capitalist battle», D. DANNA, *Contract children*, p. 84, 104 e 180

⁵³ Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, del 20 maggio 1993, cit. § 6. Nell'incipit della decisione la Corte si chiede chi sia la «madre naturale» e se vi sia nella specie una lesione dei diritti costituzionali della gestante («who is the child's "natural mother" under California law? Does a determination that the wife is the child's natural mother work a deprivation of the gestating woman's constitutional rights? And is such an agreement barred by any public policy of this state?») e con ampia argomentazione risponde che i genitori intenzionali e non la gestante sono i «genitori naturali» del nato e che i diritti costituzionali della seconda non sono lesi («We conclude that the husband and wife are the child's natural parents, and that this result does not offend the state or federal Constitution or public policy»).

⁵⁴ La riforma del 1975 ovviamente non teneva conto della GPA, tecnica allora ignota, ma l'articolo 7003 del codice civile stabiliva che la prova della maternità «may be established by proof of her having given birth to the child, or under [the Act]» e la Corte ha ritenuto che applicando analogicamente i principi previsti in materia di paternità dovesse associarsi a tale criterio anche quello della derivazione genetica, concludendo che «We see no clear legislative preference in Civil Code section 7003 as between blood testing evidence and proof of having given birth».

concreto quale delle due avesse manifestato l'effettiva intenzione di assumere il ruolo genitoriale⁵⁵, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la «madre naturale» (*natural mother*) del nato. Al riguardo la Corte osserva non solo che la gestante non aveva manifestato tale volontà, esprimendo semmai la volontà contraria, ma anche che se la stessa avesse manifestato la volontà di essere genitore il bambino non sarebbe mai venuto al mondo.

Con riguardo alla conformità della GPA rispetto ai diritti fondamentali delle parti e ai principi di ordine pubblico, la Corte esclude che vi sia evidenza di coercizione, di sfruttamento e disumanizzazione della gestante, apparendo certa la sua libera e consapevole determinazione, trattandosi di una infermiera con buona educazione scolastica e già madre di un figlio, in possesso delle qualità intellettuali e di esperienza di vita necessarie per esprimere una volontà informata; riguardo più in generale al diritto all'autodeterminazione della donna la Corte rileva che «*the argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law*»; i giudici osservano, ancora, come la gestante, a prescindere da ogni eventuale determinazione negoziale, fosse rimasta comunque pienamente titolare dei propri diritti costituzionali, fra cui il diritto fondamentale di interrompere la gravidanza e come fosse da escludere la violazione di un suo preteso diritto fondamentale ad essere riconosciuta quale «*birth mother*», poiché tale diritto non può essere ascritto a chi non abbia esercitato il diritto a procreare un proprio figlio, avendo espresso semmai la volontà di non divenire genitore; la Corte rileva inoltre come non vi sia violazione del divieto penale di pagamento di corrispettivi in caso di adozione, attesa l'evidente differenza fra GPA e adozione e come debba escludersi, in termini generali, che la GPA, quale metodo che consente ad una coppia sterile di mettere al mondo un figlio, favorisca di per se l'idea che i bambini siano riducibili a merce.

Il quadro si è completato cinque anni più tardi, nel 1998, quando la stessa Suprema Corte della California, nel caso *In re Marriage of Buzzanca*, ha sancito la paternità legale di due genitori intenzionali, entrambi del tutto privi di connessione genetica con il nascituro, che, dopo

⁵⁵ «*Because two women each have presented acceptable proof of maternity, we do not believe this case can be decided without enquiring into the parties' intentions as manifested in the surrogacy agreement*».

una GPA, avevano rifiutato di riconoscere il figlio (a causa del divorzio intervenuto durante la gravidanza) e di assumere la conseguente responsabilità⁵⁶. La decisione è forse meno nota ma verosimilmente ancor più rilevante della stessa *Johnson v. Calvert*, in quanto individua senza possibilità di deroga o ripensamenti i soggetti che, avendo deciso di intraprendere un percorso di GPA e di assumere la conseguente responsabilità, sono inequivocabilmente i genitori legali del nato. La Corte chiarisce difatti che trattandosi di una fattispecie di procreazione artificiale, e non di procreazione naturale, la regola da applicarsi non è quella legata al dato biologico/gestazionale o genetico, ma quella dell'assunzione consapevole della responsabilità genitoriale (*Intent Test*), manifestata attraverso la scelta di accedere alla tecnica di PMA (la stessa regola, dunque, che impone di riconoscere lo *status* di genitore legale dell'uomo che abbia prestato il proprio consenso ad una procedura di fecondazione eterologa cui si sia sottoposta la propria convivente, escludendo invece il donatore o la donatrice di gameti)⁵⁷.

Trova così conforto l'opinione per cui vicende tragiche come quella – di cui ha dato notizia la stampa internazionale - di due genitori intenzionali australiani che hanno rifiutato di ricevere in consegna un bambino nato con GPA in Thailandia in ragione di un grave handicap, dovrebbero trovare una corretta soluzione giuridica non nella velleitaria idea di vietare la GPA in ogni parte del mondo ma nella sua efficace regolamentazione, inchiodando i genitori intenzionali alla loro responsabilità nei confronti del minore. Né si può sottovalutare come proprio un quadro di incertezza giuridica sul proprio *status* può indurre

⁵⁶ Corte suprema della California, *In re Marriage of Buzzanca*, decisione del 3 marzo 1998. In primo grado il giudice aveva ritenuto che il bimbo fosse del tutto privo di genitori, posto che la gestante non lo aveva riconosciuto, che la madre intenzionale non era legata geneticamente al bimbo né lo aveva partorito e che il padre non ne era padre genetico. I genitori intenzionali in appello avevano chiesto che fosse riconosciuta la genitorialità legale della gestante del marito di questa.

⁵⁷ Per la Corte, «*the two kinds of artificial reproduction are exactly analogous in this crucial respect: Both contemplate the procreation of a child by the consent to a medical procedure of someone who intends to raise the child but who otherwise does not have any biological tie*», «*if a husband who consents to artificial insemination under Family Code section 7613 is "treated in law" as the father of the child by virtue of his consent, there is no reason the result should be any different in the case of a married couple who consent to in vitro fertilization by unknown donors and subsequent implantation into a woman who is, as a surrogate, willing to carry the embryo to term for them. The statute is, after all, the clearest expression of past legislative intent when the Legislature did contemplate a situation where a person who caused a child to come into being had no biological relationship to the child*»,», così che «*the husband is the 'lawful father' because he consented to the procreation of the child*» *ibid.*; sull'*Intention Test* in materia di PMA, la corte richiama il proprio precedente, *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 (1968): «*a man could even be criminally liable for failing to pay for the support of a child born to his wife during the marriage as a result of artificial insemination using sperm from an anonymous donor*. Principio poi trasfuso nella Section 7613 del Family Code californiano

psicologicamente i genitori intenzionali a non ritenersi tali e dunque responsabili, mentre è assai meno probabile che chi sia giuridicamente e socialmente genitore, senza equivoco, abbandoni il proprio figlio perché malato.

Dunque il tema della individuazione dello *status* non è solo, e non è tanto, quello di un improbabile, ed in effetti assai raro, conflitto fra gestante e genitori intenzionali, ma quello della regola da imporre a questi ultimi affinché non si sottraggano alla loro responsabilità nei confronti del minore, pericolo che il sistema risolve applicando la medesima regola prevista per ogni caso di procreazione medicalmente assistita⁵⁸.

L'ipotesi del conflitto fra la gestante e i genitori intenzionali discussa in *Calvert*, seppure rara, è comunque assai delicata e controversa e non può essere elusa, venendo in campo il tema dell'efficacia vincolante di accordi negoziali che riguardano lo *status* e che attengono ad una sfera personalissima di tutte le parti coinvolte. Sotto il profilo giuridico va sottolineato come, in verità, seguendo la dottrina dell'*intention* non si verta in una ipotesi di coercibilità di un vincolo negoziale ma di accertamento dello *status* da parte di una Autorità pubblica, accertamento che avviene tenendo conto del consenso espresso dalle parti non diversamente da quanto accade in ogni ipotesi di fecondazione eterologa, ove lo *status* è accertato tenendo conto della volontà del donatore o della donatrice di gamete di non essere genitore e della volontà dei genitori intenzionali di assumere la responsabilità genitoriale, manifestate prima del concepimento⁵⁹. Tale provvedimento di accertamento dello *status*, come accade in Italia per la dichiarazione giudiziale di paternità fondata sulle regole sancite dagli articoli 8 e 9 della legge 40, ha natura costitutiva, sostituendo la ricognizione spontanea del figlio naturale, ma è fondata sull'accertamento della manifestazione della volontà a norma dell'articolo

⁵⁸ Come si è detto, i (pochi) casi che emergono nella giurisprudenza riguardano per la massima parte non ripensamenti della gestante, ma abbandono del figlio da parte dei genitori intenzionali.

⁵⁹ La dottrina evidenzia al riguardo che «*In the rare cases where a dispute has arisen because the surrogate refused to relinquish the child, courts have not approached surrogacy agreements as contracts of sale, nor engaged in a discussion of specific performance or contractual purpose, nor awarded remedies on those bases. Rather, courts dealing with such situations have made determinations about allocation of responsibility for care of the child based on the best interests of that child, notwithstanding extraneous considerations*», P. GERBER, K. O'BYRNE *Souls in the House of Tomorrow: The Rights of Children Born via Surrogacy in Surrogacy, Law and Human Rights*, cit. Lo stesso concetto è evidenziato dalla Suprema Corte californiana, in *In re Marriage of Buzzanca*, cit. per cui «*in the case before us, we are not concerned (...) with a question of the enforceability of the oral and written surrogacy contracts (...). This case is not about "transferring" parenthood pursuant to those agreements. We are, rather, concerned with the consequences of those agreements as acts which caused the birth of a child*».

6 della legge 40. Ciò consente di escludere, per un verso, che lo *status* sia nella disponibilità negoziale delle parti e di assicurare, per altro verso, che una Autorità pubblica, solitamente giurisdizionale, valuti la conformità al *best interest of the child* della procedura con cui le parti hanno manifestato la volontà di accedere alla tecnica di procreazione artificiale e di assumere la responsabilità genitoriale. Sotto il profilo psicologico non può sottovalutarsi che ammettere la possibilità per la gestante di ripensarci rischia di ingenerare confusione in un campo ove la certezza delle relazioni giuridiche è garanzia di un lineare approccio emotivo, rischiando di provocare la sensazione di avere avuto la possibilità di tenere un bambino “proprio” e, nei genitori intenzionali, di non essere tutto sommato responsabili sino a che la gestante non abbia confermato la propria volontà dopo il parto.

Con la menzionata sentenza *In Re Buzzanca* del 1998 ha trovato dunque compiuta affermazione e sistemazione giuridica la cd. dottrina della *intentional parentage*, per cui anche nel mondo della gestazione per altri, così come per ogni altra ipotesi di PMA, lo *status filiationis* consegue alla prestazione del consenso, senza possibilità di deroga o di revoca. Nel mondo della procreazione artificiale, in conclusione, al dato naturale del nesso genetico o gestazionale è sostituito il dato della volontà e della consapevole assunzione della responsabilità genitoriale. In caso di GPA deve applicarsi il principio tradizionale per cui è genitore legale chi ha prestato il consenso alla PMA, poiché anche in questo caso «*a child is procreated because a medical procedure was initiated, and consented to, by intended parents*»⁶⁰.

In seguito alle pronunce della Suprema Corte, il *Family Code* californiano del 2013 prevede oggi l'adozione di un provvedimento giurisdizionale di attribuzione della genitorialità (*parental order*) che accerta, già nel corso della gravidanza, che la gestante non è la madre, mentre i due genitori intenzionali sono i genitori legali del bambino. Non v'è, dunque, alcuna cessione di bambini, né al momento del trasferimento dell'embrione nel grembo della gestante, né dopo la nascita. Il compenso (che pure è contemplato) non è il corrispettivo per una “rinuncia” alla genitorialità, ma per la gestazione del nascituro: come osservato dalla Suprema Corte in *Johnson v. Calvert*, il danaro «*is meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up “parental” rights to the child*».

Sin dal caso *Calvert*, negli Stati Uniti il *trend* delle decisioni

⁶⁰ Suprema Corte della California, *In re Marriage of Buzzanca*, cit.

giudiziali e delle riforme è verso la legalizzazione della GPA, seppure con regolamentazione diversa nei diversi Stati⁶¹. È peraltro da rilevare come tutti gli Stati siano comunque obbligati, a norma dell'art. IV, sezione 1 della Costituzione federale, ha dare «*full faith and credit*» alle sentenze emesse in altri Stati, sicché lo *status* accertato circola liberamente nel paese. È pure notevole che anche negli Stati in cui vige un divieto (persino in New Jersey, dove fu emessa la sentenza *Baby M*), la soluzione in ipotesi di GPA comunque illegittimamente praticata è quella dell'adozione da parte dei genitori intenzionali⁶².

4. La GPA nell'ordinamento italiano: brevissimi cenni alla sanzione penale ex art. 12, comma sesto l. 40/2004

I tradizionali argomenti in favore della liceità o illiceità delle tecniche di GPA e dei relativi accordi, su cui si era esercitata la giurisprudenza prima della legge n. 40/2004 con due famose pronunce del Tribunale di Monza⁶³ e del Tribunale di Roma⁶⁴ sono oggi assorbiti dalla previsione della fattispecie penale di cui all'articolo 12, comma sesto, della legge n. 40/2004.

Ne consegue che appare oggi del tutto teorico, e in buona sostanza inutile, l'acceso dibattito sviluppatosi soprattutto prima del 2004 (ma non del tutto sopito neppure dopo l'entrata in vigore del divieto) sulla nullità dei relativi accordi, non potendosi dubitare che i medesimi siano invalidi per illiceità della causa. È dunque certo che le obbligazioni ivi previste siano incoercibili.

Nell'attuale quadro giuridico non appare peraltro corretto assumere che l'esecuzione da parte di cittadini italiani di GPA all'estero, nei paesi che la consentono, configuri un "aggiramento" della detta disposizione penale,

⁶¹ R. F. STORROW *Surrogacy: American Style*, cit.

⁶² Sulla generale accettazione della GPA in territorio americano, v. ancora. F. STORROW il quale nota che «*There is also less of a sense that a gestational surrogate is receiving money to relinquish her child but is instead providing gestational services for an infertile couple. Finally, testimonials and studies have helped underscore that surrogates are not, as a class, poverty-stricken women forced against their will to participate in an exploitative transaction. There is, thus, a greater level of comfort with gestational surrogacy among intended parents and surrogates alike. By one estimation, 95 per cent of all surrogacies that take place in the United States are gestational. These developments have led to hybrid legislation, where a state chooses to ban traditional surrogacy but to permit gestational surrogacy. The greater level of comfort Americans feel toward surrogacy has influenced the law.*».

⁶³ Trib. Monza, 27 ottobre 1989 in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 195, con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata", la prima pronuncia italiana.*

⁶⁴ Trib. Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 310 ss.

atteso che la stessa è diretta a impedire l'esercizio di tale tecnica sul territorio nazionale, ma certamente non a vietarla anche all'estero con una sorta di extraterritorialità della norma penale.

La scelta del legislatore italiano di vietare la realizzazione di GPA in Italia, al fine di tutelare le parti (gestante, genitori, nascituro), non implica difatti necessariamente un giudizio di disvalore rispetto alle diverse scelte di altri legislatori che hanno ritenuto di meglio tutelare le parti non con la sanzione ma mediante l'adozione di specifiche regolamentazioni. Come noto, *de jure condendo* è stata proposta da alcuni l'estensione della punibilità delle condotte anche quando eseguite all'estero (il cd. *reato universale*) che pare tuttavia incontrare evidenti ostacoli sistematici e applicativi⁶⁵. Allo stato solo la Turchia e la Malesia, oltre ad alcuni territori dell'Australia (dove tuttavia la legge non è stata mai applicata), hanno intrapreso questa strada.

De jure condito, la Corte di cassazione ha chiarito da ultimo come non sia punibile il genitore intenzionale per una GPA effettuata all'estero, in forza del dettato dell'articolo 7 c.p., o comunque in ragione della scriminante dell'esercizio putativo del diritto (atteso che i contrasti giurisprudenziali circa la necessità, ai fini della punibilità in Italia, che il fatto sia previsto come reato anche nello Stato in cui è commesso, si traduce in un errore di diritto sulla portata applicativa della norma incriminatrice, escludendo la consapevolezza, da parte dell'agente, della rilevanza penale della sua condotta)⁶⁶.

Per altro verso è pure discussa la stessa estensione della fattispecie criminosa e, in particolare, *la punibilità dei genitori intenzionali e della donna gestante*.

In forza della disposizione di cui all'art. 12, sesto comma, «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». La norma in prima battuta sembrerebbe sanzionare penalmente

⁶⁵ Ostacoli ben evidenziati da L. MORASSUTTO, *Vagiti e manette. L'emendamento Dalla Zuanna: una proposta tecnicamente irricevibile*, in *Articolo29.it*, 15 febbraio 2016.

⁶⁶ Corte di cassazione sez. V, Sentenza n. 13525 del 10/03/2016, in *Foro it.*, 2016, 5, 2, c. 286 ss., con nota G. CASABURI, e in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8, p. 1085 con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*. Anche la Corte d'appello di Milano ha rammentato «il consistente orientamento giurisprudenziale di merito che esclude la punibilità della coppia sul rilievo che è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero che questi risultino punibili con illeciti finali, ancorché con *nomen iuris* e pene diversi, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati», Corte d'appello di Milano, ordinanza 25 novembre 2015, in *Articolo29.it*.

coloro che realizzando, organizzando e pubblicizzando la GPA ne traggano profitto (cliniche, operatori sanitari, intermediari ecc..). La questione esegetica, cui in questa sede può farsi solo rapidissimo cenno, deriva tuttavia dalla successiva disposizione di cui al comma 8 per cui «non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5», ove manca dunque il richiamo al detto comma 6. Ne potrebbe conseguire, secondo una interpretazione, che nel caso del comma 6 siano punibili anche «l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche».

Secondo la diversa lettura accolta da una recente decisione della Corte d'Appello di Messina tale soluzione sarebbe tutt'altro che scontata, posto che il termine «realizza» non appare applicabile alle persone che si sottopongono a tecniche di PMA⁶⁷. Per la Corte, l'espressione «già sul piano letterale pare evidentemente riferita alla struttura sanitaria (e/o commerciale) che mette in atto la pratica, con una organizzazione e gestione di mezzi e persone, per soddisfare la richiesta proveniente dalle coppie che non siano riuscite a soddisfare in altro modo il bisogno di genitorialità». Con riguardo difatti ad un'operazione che necessita di adeguate conoscenze e strumentazioni tecniche, il termine "realizzare" evoca meno la posizione di chi fruisce della detta realizzazione che l'azione posta in essere dall'operatore sanitario, il quale, in effetti, "realizza" la fecondazione in vitro. Nell'ipotesi di realizzazione di un intervento chirurgico, di un tatuaggio ecc., l'autore della condotta è invero agevolmente identificabile nel chirurgo, nel tatuatore e non nel soggetto che sottoponendosi all'intervento o al tatuaggio certamente non lo «realizza». Seguendo tale prospettiva, la sanzione penale non potrebbe riferirsi ai genitori intenzionali né alla portatrice. A tale esegesi conduce anche il rilievo dell'evidente sproporzione dell'entità della pena se applicata anche alla gestante e alle parti private, con l'evidente iniquità di un pari trattamento riservato alle stesse e ai soggetti "commerciali" (agenzie, intermediari, cliniche, avvocati ecc.) che, in effetti, realizzano, organizzano e promuovono. Ad un'esegesi contraria pare opporsi pure l'evidente difficoltà di individuare il soggetto passivo del reato (che non sarebbe né la gestante, in quanto ritenuta autrice, né il nato, in quanto ancora non in essere). Si è pure osservato come il mancato richiamo del comma 6 da parte del comma 8 potrebbe confermare che la previsione del detto comma 6 non si riferisce ai genitori intenzionali⁶⁸.

⁶⁷ Corte d'Appello di Messina, sentenza del 18 luglio 2016, cit..

⁶⁸ L'osservazione, insieme a molte altre e alla segnalazione della stessa sentenza della Corte

II PARTE

Lo status dei figli nati con GPA

5. Rileggere la legge 40.

Come noto, la legge 40/2004 si fondava, secondo l'intenzione del legislatore che aderiva allora a una prospettiva fortemente ideologica, sul *presupposto della necessità di legame genetico* anche in caso di accesso alla PMA, tanto da introdurre un divieto assoluto di fecondazione eterologa. La legge consentiva il ricorso alla procreazione assistita soltanto ove i genitori fossero comunque in grado di trasmettere il proprio patrimonio genetico ai figli.

Ciononostante, il legislatore del 2004 ha affermato che in caso di ricorso (illegittimo o all'estero) alla fecondazione eterologa si dovesse dare prevalenza non al dato biologico, come ci si sarebbe aspettato, ma proprio al consenso ed alla genitorialità intenzionale⁶⁹. Dunque già nell'impostazione originaria della legge 40 alla tanto declamata centralità dell'elemento biologico corrispondeva, in caso di conflitto, la tutela del concreto interesse del minore ad essere riconosciuto figlio di chi lo aveva voluto, e non di chi non lo aveva voluto, e ciò, significativamente, proprio in caso di ricorso a tecniche non consentite.

La legge n. 40/2004 prevedeva difatti, nel capo titolato alla «*Tutela del nascituro*», l'espreso divieto per il coniuge o il convivente che avesse prestato il proprio consenso di esercitare «l'azione di disconoscimento della paternità [nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile]⁷⁰, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (articolo 9, comma 1) e che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», norma che pacificamente è ritenuta applicabile tanto al donatore di gameti maschili che alla donatrice di gameti femminili (articolo 9, comma 3)⁷¹.

d'appello di Messina, è dell'avv. Susanna Lollini, che ringrazio.

⁶⁹ Si è detto di «legge palesemente contraddittoria», M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 356.

⁷⁰ Come chiarito dalla Corte cost., n. 162/2014, § 11.1, «il richiamo dell'art. 235 c.c. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154/2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis c.c.». Conseguente che non vi è più l'eccezione di cui al n. 3 che consentiva il disconoscimento se la madre ha commesso adulterio o ha celato la propria gravidanza e la nascita del figlio.

⁷¹ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 154 ss. e ID., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam.*

La previsione di detti principi nella legge n. 40/2004, che recuperano peraltro canoni già individuati dalla giurisprudenza precedente⁷², non era tesa tanto ad assicurare lo *status* di figlio nell'ipotesi di fecondazioni eterologhe compiute in cliniche italiane in violazione della legge, invero assai improbabili, quanto nel caso, riscontrato in migliaia di casi, di ricorso alla PMA eterologa all'estero⁷³.

La materia *de qua* ha subito quindi una vera e propria rivoluzione in forza della giurisprudenza costituzionale e in special modo della nota decisione della Corte costituzionale n. 162/2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere a tale tecnica per le coppie affette da patologie che conducano ad una irreversibile sterilità o infertilità⁷⁴.

La decisione della Corte costituzionale del 2014 è di grande rilievo non solo perché ha affermato la legittimità della tecnica di fecondazione eterologa, ma anche perché così facendo ha contribuito in modo determinante a dare un definitivo assetto alle questioni relative allo *status* del figlio nato con tecniche di PMA.

Richiamando la necessità di applicare «le pertinenti norme della legge n. 40/2004» in materia di costituzione dello *status filiationis*, la Corte ha richiamato infatti anche la regola generale di cui all'articolo 8, affermando che «in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica 'hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha

Zatti, VII, Agg. (gennaio 2003 • giugno 2006), Milano, 2006, p. 325; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 75; B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 172 ss.

⁷² Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 51 ss., con nota di E. PALMERINI; in *Giur. it.* 1999, p. 461 ss., con note di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, nonché Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giur. it.*, 2000, p. 275 ss., con nota di C.M. SCISO, *Ancora in tema di fecondazione assistita eterologa e di disconoscimento della paternità*, e di F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto*; in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1095 ss., con nota di L. D'AVACK, *Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico su quello genetico*, per cui in tema di fecondazione assistita eterologa, il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione. Per un commento v. S. PATTI, *Lacune "sopravvenute", presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 347 ss.; M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, *ibid.*, p. 350 ss. Ancora più netta la ricostruzione del quadro normativo, nel senso che il consenso concorre *ab origine* a costituire lo *status*, Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 296 ss., con nota di M. DOGLIOTTI.

⁷³ Come rammentato dalla stessa Consulta nella sentenza n. 162/2014, cit., § 11.

⁷⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»⁷⁵. Viene così superato il dibattito sviluppatosi dopo la promulgazione della legge n. 40/2004 se l'articolo 8 fosse riferibile anche al caso di (allora illegittimo) ricorso alla PMA eterologa⁷⁶: la filiazione derivante da procreazione artificiale *trova sempre fondamento nel consenso*. Tale indicazione conferma e suggella la ricostruzione del sistema delle tutele del minore nato da PMA eterologa compiuta dalla dottrina maggioritaria, ben oltre le disposizioni specifiche di cui all'articolo 9.

Siamo abituati a leggere la legge 40 partendo dalla sua impostazione iniziale e aggiornandone quindi l'interpretazione aggiungendo i dati che emergono dall'evoluzione giurisprudenziale, in particolare dalle decisioni della Consulta. In verità quest'ultima ha sostanzialmente riscritto la legge, stravolgendone a tal punto i presupposti che la stessa assume oggi un volto completamente nuovo. Vale allora rileggere la legge nel suo testo attuale e nei suoi nuovi contenuti.

L'articolo 8 è divenuto difatti *norma centrale del sistema*, 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. L'articolo 8 ci dice oggi che i figli nati a mezzo di PMA *sono figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche procreative anche in carenza di nesso biologico*.

Il consenso ai sensi dell'articolo 6, a sua volta, non è mero consenso informato al trattamento sanitario ma *assunzione consapevole della responsabilità genitoriale*, come attestato dall'ultimo comma per cui ai richiedenti «devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9».

Inoltre, la rimozione disposta dalla Consulta d'ogni riferimento alla

⁷⁵ *Ibid.*, §. 11.1.

⁷⁶ Assumevano che non potesse darsi la medesima soluzione per casi legittimi e casi vietati, in particolare in ragione del richiamo dell'articolo 8 al consenso ritualmente prestato «ai sensi dell'articolo 6», C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'*. Commentario, Torino, p. 149; per G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 108 ss., l'applicabilità dell'articolo 8 alla PMA eterologa era da escludersi sull'assunto che la parola «coppia» ivi utilizzata non potrebbe riferirsi ad un figlio che, essendo nato con fecondazione eterologa, non sarebbe figlio della coppia. Secondo opposto indirizzo, invece, il divieto ad esercitare le azioni, di cui all'articolo 9, primo comma, «significa, in realtà, dare per presupposta la condizione rispettivamente di figlio legittimo e di figlio naturale riconosciuto», assicurando dunque al minore una protezione in tutto analoga a quella garantita dall'articolo 8, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, Milano, 2006, vol. II *Filiazione*, p. 696.

fecondazione eterologa ai commi primo e terzo dell'articolo 9 rende tali disposizioni, a ben vedere, *regole generali applicabili ad ogni ipotesi di PMA*.

Le stesse, d'altra parte, altro non sono che un'applicazione dello stesso principio generale di cui all'articolo 8, per cui sono genitori i membri della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche⁷⁷.

Dunque, in seguito all'intervento demolitorio, e ricostruttivo, della Consulta, gli articoli 6, 8 e 9 appaiono oggi come un unico *corpus* inscindibile, il quale si applica a ogni ipotesi di PMA.

6. I due mondi della procreazione naturale e della procreazione artificiale: biologia v. volontà.

Tanto il meccanismo di riconoscimento della genitorialità previsto dal codice civile nell'ambito del rapporto coniugale quanto il diverso meccanismo del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio⁷⁸ sono stati costruiti dal legislatore del codice civile - e da quello della riforma della filiazione - sul presupposto della sussistenza di un legame biologico del nato con entrambi i genitori⁷⁹.

Nonostante a prima lettura il criterio di individuazione della genitorialità legale appaia diverso per gli uomini e per le donne, posto che per i primi vale senz'altro il dato della *derivazione genetica* (per cui è padre chi condivide col figlio lo stesso patrimonio genetico), mentre per le seconde si è sempre ritenuto, sino ad oggi, che rilevi il dato della *gestazione* (per cui è madre chi ha partorito; argomento *ex* articolo 269, terzo comma, del codice civile, come confermato ancora di recente tanto

⁷⁷ B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 157 ss.

⁷⁸ Nonostante le critiche (*ex multis*, v. L. LENTI, *Riflessioni sul testo unificato del ddl delega di Riforma della filiazione*, in *Personaedanno.it*, 29 luglio 2011) come noto neppure dopo la recente riforma, l'unificazione dello stato di figlio ha portato all'elisione delle differenze relative alle regole di riconoscimento della filiazione, le quali continuano ad essere diverse fra i figli nati dentro e fuori dal matrimonio: mentre per i primi vale il criterio automatico di cui alla presunzione di paternità (salvo il diritto per la madre coniugata di restare anonima), per i secondi si impone uno specifico atto di riconoscimento.

⁷⁹ Non è dubbio che la presunzione di paternità del marito della partoriente, funzionale a dare certezza allo *status*, sia tradizionalmente connessa alla presunzione che il figlio sia stato concepito all'interno della coppia, in ragione della presunzione dell'esclusività dei rapporti sessuali fra i coniugi in costanza di matrimonio, presidiata dall'obbligo di fedeltà. Il dato di partenza al fine di determinare la genitorialità in costanza di matrimonio è, difatti, la supposizione, sorretta dall'*id quod plerumque accidit*, che il marito della partoriente abbia contribuito al concepimento. Presunzione che, in ragione dell'evoluzione dei costumi e dell'accettazione generalizzata di rapporti sessuali prematrimoniali, la legge oggi estende anche ai figli nati nei primi 180 giorni di matrimonio (cfr. il nuovo articolo 232, secondo comma).

dalla giurisprudenza di merito⁸⁰ che di legittimità⁸¹), sino a quando i criteri codicistici sono applicati al mondo della fecondazione naturale non v'è dubbio che i due criteri sostanzialmente coincidano, posto che *nella procreazione naturale non v'è alcuna scissione possibile fra maternità genetica e maternità gestazionale*.

Se la disciplina codicistica è applicata nel suo proprio ambito naturale, quello per il quale era stata pensata, non si pone dunque questione alcuna con riguardo alla tradizionale presunzione della «piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico»⁸².

Mentre per la riproduzione naturale l'ordinamento ha visto negli anni l'affermarsi del *favor veritatis* (a scapito del *favor legitimitatis*, ordinato alla conservazione dell'unità della famiglia legittima), tendendo dunque alla coincidenza fra criteri legali e verità genetiche e biologiche (pur ammettendo le eclatanti eccezioni conseguenti al rigido sistema delle prescrizioni dell'azione, che comunque fanno salva la posizione del figlio), la filiazione consentita dalle moderne tecniche di riproduzione, così come la filiazione adottiva, postula invece nel nostro sistema giuridico un *disallineamento strutturale fra dato giuridico e dato biologico*, basandosi sulla consapevole assunzione della responsabilità genitoriale da parte dei genitori intenzionali⁸³.

A fronte di una riproduzione naturale del tutto scollegata dalla volontà (imputata anche in caso di rapporto occasionale o persino non voluto e violento), si è parlato per la PMA di una «'filiazione senza procreazione' in cui l'ingresso nel ruolo di genitore si fonda 'soltanto' sulla decisione di investirsi su una responsabilità che non ha fondamento genetico»⁸⁴.

Non persuadono al riguardo le ricostruzioni per cui, a fronte del consolidarsi del *favor veritatis* nella filiazione naturale, vi sarebbe in quella artificiale «un ritorno alle presunzioni e alle finzioni»⁸⁵, atteso che, invece, *il consenso è tutt'altro che una finzione o presunzione*, essendo atto concreto e univoco con cui si manifesta la volontà di assumere la piena responsabilità genitoriale del minore che nascerà con la tecnica prescelta. In realtà, com'è stato acutamente osservato, nella procreazione

⁸⁰ Trib. Roma, ordinanza dell'8 agosto 2014, cit..

⁸¹ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

⁸² Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit., § 11.1.

⁸³ M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (cur.), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 20.

⁸⁴ P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.

⁸⁵ M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, II, Filiazione, Milano, 2002, p. 32; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 2007, p. 21

assistita «la verità» non si identifica più con il principio della mera derivazione biologica⁸⁶ e, potremmo dire, dalla «causalità di natura» si passa alla «causalità umana»⁸⁷.

In conseguenza di tale principio, anche a non aderire al più radicale indirizzo per cui il riconoscimento del figlio avverrebbe automaticamente ed *ex lege* già con il consenso al ricorso alla PMA⁸⁸ (automatismo che, ove ammesso, riguarderebbe, dopo la decisione della Corte costituzionale e il suo richiamo all'articolo 8, anche la fecondazione eterologa), e ritenendo dunque necessario un successivo espresso riconoscimento *ex* articoli 250 e 254 del codice civile⁸⁹, come sembra invero preferibile⁹⁰, è del tutto pacifico che la comprovata volontà di accedere alle tecniche di fecondazione assistita costituisca senz'altro elemento decisivo ai fini dell'accoglimento della domanda di accertamento giudiziale della

⁸⁶ L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 396.

⁸⁷ V. BALDINI *La procreazione medicalmente assistita*, in *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, p. 32.

⁸⁸ Secondo M. BIANCA, l'articolo 8, per cui i nati a seguito di PMA «hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime», assume un carattere tassativo, a tutela del minore, che sarebbe contraddetto se fosse ammesso per chi ha prestato il consenso di non riconoscere il figlio, con un trattamento che sarebbe peraltro diseguale dei figli nati dentro e fuori dal matrimonio; «il consenso alla fecondazione assistita sostituisce quello che nella filiazione biologica è l'atto di riconoscimento», così che nella «filiazione che nasce dal consenso» si produce «una parificazione tra le regole di accertamento della filiazione per le coppie unite in matrimonio rispetto a quelle conviventi», M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio* cit., p. 19; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 99; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, p. 104 e ID., *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, Milano, 2006, vol. II *Filiazione*, p. 676; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 210 ss.; CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 154; B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 173; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Leggi collegate*, Torino, 2010, *Sub art. 3*, p. 565.

⁸⁹ A. RENDA, *L'accertamento della maternità, Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 155; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 815; M. FINOCCHIARO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida dir. Dossier*, 2004, 3, p. 36.

⁹⁰ Il primo indirizzo appare *prima facie* maggiormente conforme al disposto di cui all'articolo 8 (oltre che all'esigenza di assicurare certezza allo stato di figlio, imponendo l'automatica assunzione della responsabilità genitoriale a chi abbia prestato il consenso, senza la necessità di una successiva reiterazione di tale manifestazione di volontà); militano tuttavia in senso contrario, per un verso la differenziazione delle modalità di attribuzione dello stato di filiazione dentro e fuori del matrimonio volutamente mantenuta anche dal legislatore della riforma (con l'automatismo, nel primo caso, e la volontarietà del riconoscimento, nel secondo caso) e, per altro verso, le prevedibili difficoltà pratico-operative per l'ufficiale dello stato civile incaricato della redazione dell'atto di nascita in caso di mancanza di un concreto atto di riconoscimento, posto che il medesimo non ha generalmente alcun modo di sapere che il bambino sia nato da fecondazione assistita e che il convivente della donna che ha partorito abbia prestato il consenso all'accesso alla relativa tecnica, cfr. A. RENDA, *L'accertamento della maternità*, cit., p. 155; ID., *L'accertamento della maternità*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 515

paternità e della maternità *ex* articolo 269, che potrà essere proposta dal figlio ovvero dal genitore legalmente riconosciuto nell'interesse del nato⁹¹.

Nel caso di mancato spontaneo riconoscimento è individuabile dunque un diritto del minore di *identificare il proprio genitore grazie al consenso irrevocabile alla tecnica di procreazione artificiale*⁹².

Il principio della volontà come canone fondativo dello *status filiationis* in caso di fecondazione eterologa ha indotto, in particolare, la prevalente dottrina e la giurisprudenza di merito ad escludere la legittimazione attiva ad impugnare lo *status filiationis* tanto dello stesso figlio, quanto di terzi.

Si è osservato, riguardo al figlio, che mentre nella filiazione biologica la regola è quella della coincidenza tra dato giuridico e verità genetica o gestazionale, nella fecondazione artificiale, principio fondante è quello della volontà, con la conseguenza che non può mai darsi disconoscimento fondato sul dato genetico⁹³. In ragione di tale distinzione ontologica, nell'impossibilità per il figlio nato da PMA di recidere il legame col genitore intenzionale (e di costituire il legame con il donatore o la donatrice), non dovrebbe ravvisarsi alcuna lesione del principio di uguaglianza rispetto ai figli nati con concepimento naturale⁹⁴. Dovrebbe ritenersi così superata la posizione espressa in un recente passato dalla Corte di cassazione per cui non sussisterebbero limiti per l'esercizio di tale azione da parte del figlio, in quanto estraneo al consenso eventualmente

⁹¹ 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., p. 155; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 367; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 565; 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, p. 4355 ss.; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, cit., p. 258 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal — Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 119.

⁹² Esula dall'oggetto di questa trattazione l'individuazione del momento in cui si produce tale irrevocabilità, per cui come noto la legge n. 40/2004 prevede all'art. 6 n. 3 che tale consenso possa essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

⁹³ M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., p. 19. M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 368. Tale rilievo consente di mantenere l'indirizzo pregresso anche in seguito all'abrogazione dell'articolo 235, ultimo comma c.c. che forniva un ulteriore indizio letterale consentendo l'azione al figlio ed alla madre «in tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre»; *contra*: E. QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 49 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione (a cura di A. SASSI)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2015, p. 20 p. 56 ss.; EAD., *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, *BioLaw Journal — Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 24; G. CHIAPPETTA, *La posizione del figlio nato nel matrimonio*, in C.M. BIANCA (cur.), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 450 ss.

⁹⁴ M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., p. 19.

prestato dal genitore e portatore di un interesse alla verità biologica⁹⁵. Anche in questo caso soccorre l'affermazione della Corte costituzionale per cui ai sensi dell'articolo 8 il nato è figlio della coppia che ha prestato il consenso. Il criterio di determinazione della filiazione nell'ambito della filiazione artificiale non risiede tanto nel *non venire contra factum proprium*, ma nella previsione di un criterio certo di determinazione della filiazione, diretto ad assicurare «il diritto ad uno *status* familiare certo»⁹⁶ e irretrattabile, funzionale alla stessa serenità esistenziale ed affettiva del nato.

Con riguardo alla carenza di legittimazione dei terzi a impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, si è rilevato in giurisprudenza che «essendo la mancata corrispondenza tra verità apparente e verità oggettiva proprio l'essenza della fecondazione eterologa», «nell'attuale contesto normativo, legittimare 'chiunque vi abbia interesse' ad un'azione che ha il suo unico presupposto nella difformità tra la verità risultante dalla dichiarazione di riconoscimento, e la verità sostanziale e obiettiva della filiazione, difformità che è proprio l'essenza della pratica di fecondazione eterologa, comporterebbe la negazione della legittimità della pratica e l'esposizione del figlio nato da fecondazione eterologa alla inesorabile caducazione del suo *status*»⁹⁷.

Come detto, l'articolo 9, comma terzo della legge n. 40/2004 esclude in radice ogni nesso con il donatore, o donatrice, di gamete maschile o femminile, il che conforta ulteriormente sulla stabilità e irrevocabilità dello *status* fondato sul consenso⁹⁸.

Come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, ancora nella sentenza n. 162/2014, altra cosa è, invece, la questione relativa all'eventuale identificazione di un *diritto alla conoscenza delle proprie origini*, sia per ragioni mediche che per le ricadute sul diritto all'identità personale (c.d.

⁹⁵ Con un *obiter* la Corte affermava la validità generale del criterio del *favor veritatis* di derivazione codicistica e la carenza di un divieto generalizzato di disconoscimento del figlio nato da inseminazione artificiale eterologa, essendo stata esclusa dalla legge n. 40/2004 la sola legittimazione ad agire del coniuge o del convivente che avevano espresso il consenso, Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2012, n. 11644, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 51 ss., con nota critica di C. COSSU, *Inseminazione eterologa, non scienza del marito, "diritto vivente" e disconoscimento della paternità*, e in *Guida dir.*, 2012, p. 41 ss., p. 46 con nota M. FIORINI, *Il termine di decadenza per presentare l'istanza decorre dalla certezza del ricorso a tale pratica*.

⁹⁶ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 327.

⁹⁷ Corte d'appello di Milano, sentenza 10 agosto 2015 n. 3397, in *Articolo29.it*.

⁹⁸ Sulla (pacifica) riferibilità della norma anche alla donatrice, v. B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 172; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA*, cit., p. 124; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, cit., p. 221; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 154 ss. e ID., *Procreazione assistita*, cit., p. 325; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 75.

diritto all'identità genetica, secondo la terminologia usata dalla Corte), che è stato in qualche misura riconosciuto in caso di adozione⁹⁹ e dalla stessa Consulta nell'ipotesi della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata¹⁰⁰. Un tale diritto alla conoscenza di dati rilevanti della propria storia ed identità personale, ove ammesso, *non interferisce tuttavia in alcun modo* con la determinazione, la certezza e l'irrevocabilità dello *status filiationis*, come confermato dal fatto che il diritto a conoscere le proprie origini riguarda anche il figlio adulterino nato con procreazione naturale in costanza di matrimonio¹⁰¹.

Va detto, infine, che pare ragionevole e coerente con il sistema emerso dalla decisione della Consulta, assumere che il principio che assicura lo *status filiationis* del nato da PMA trovi applicazione ogni qualvolta sia utilizzata una tecnica di PMA, anche in carenza dei requisiti oggettivi (condizione di sterilità o infertilità) o soggettivi (età, differenza di sesso, rapporto di coniugio o convivenza) segnalati dagli articoli 1 e 5 della medesima Legge¹⁰². La manifestazione univoca della volontà di accedere alle dette tecniche deve valere anche se il consenso sia prestato senza i canoni formali di cui all'articolo 6, se sia prestato all'estero con formalità diverse da quelle previste dall'ordinamento italiano, se provenga da soggetti non affetti da infertilità o non conviventi, che siano comunque riusciti ad accedere alla tecnica di fecondazione, e anche se provenga da persone non soggettivamente legittimate¹⁰³, con l'unica eccezione,

⁹⁹ Art. 28, commi 4 e 5, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p), del d.lgs. n. 154/2013.

¹⁰⁰ Corte cost., n. 278/2013 in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 3, con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; La decisione come noto ha fatto seguito alla pronuncia della Corte europea dei diritti umani, *Godelli c. Italia*, del 25 settembre 2012, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 194 e *ivi*, p. 537, con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 103 ss., con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*.

¹⁰¹ G. FERRANDO *La filiazione e la legittimazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 4, 2a ed., Torino, 1999, p. 148.

¹⁰² V. al riguardo G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 340; U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, pp. 497 e ss. e *Id.*, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Leggi collegate*, Torino 2010, *Sub art. 3*, p. 565 per cui in caso di fecondazione omologa eseguita da conviventi fuori dai presupposti di legge è esperibile «l'azione giudiziale che accerti la sussistenza di tale consenso, ancorché viziato».

¹⁰³ Sui problemi di riconoscimento della filiazione in caso di accesso alla PMA da parte di coppie

ragionevolmente, del minore, per cui il consenso dovrebbe assumersi viziato in ragione dell'incapacità legale.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, ma non unanimi, erano giunte a gran parte delle conclusioni esegetiche sopra esposte già prima della legge n. 40/2004; anche nel periodo di vigenza del divieto introdotto con l'articolo 4, comma terzo della stessa legge, il quadro si era consolidato grazie alla ricezione legislativa delle regole di cui all'articolo 9¹⁰⁴. La decisione della Consulta del 2014, tuttavia, restituendo legittimità costituzionale a questa tecnica e richiamando espressamente l'articolo 8 (e non solo le due disposizioni di cui all'articolo 9) anche per la fecondazione eterologa, contribuisce a sciogliere i dubbi in ordine alla certezza e irrevocabilità dello *status*: nel microcosmo della PMA, rispetto al dato meramente biologico prevale sempre la volontaria assunzione della genitorialità¹⁰⁵.

La nascita a mezzo di PMA determina dunque lo *status* di genitore e di figlio nei cui confronti l'articolo 30 della Costituzione prescrive che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio». Tale norma non attiene ai criteri di determinazione della filiazione, ma fotografa la relazione fra genitori e figli ogni qualvolta la stessa sia riconosciuta dall'ordinamento, ma è indubbio che sia stata originariamente riferita, per il solo fatto della procreazione, ai genitori biologici (genetici/gestazionali); pare subire, dunque, una flessione di significato, posto che i termini «genitore» e «figlio» usati nella Costituzione sembrano assumere oggi una nuova accezione, assicurando la norma gli stessi doveri e diritti anche quando le figure di genitore e figlio siano individuate secondo il diverso criterio di imputazione dello *status* previsto in caso di procreazione artificiale. Come osservato dalla Corte di cassazione, neppure la nozione di «maternità», cui l'articolo 31 assicura protezione, può dirsi esente da una ridefinizione,

dello stesso sesso (escluse dall'art. 12, comma secondo) si consenta il rinvio a M. GATTUSO *Vecchi limiti e nuove aperture nella legge 19 febbraio 2004 n. 40 in Unione civile e convivenza*, cit., p. 260.

¹⁰⁴ Neppure la recente riforma della filiazione ha inciso sulla disciplina dettata dal legislatore precedente per la procreazione medicalmente assistita, di cui prosegue l'applicazione secondo il brocardo *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Così C. CIRAIOLO, *Brevi note*, cit., p. 499.

¹⁰⁵ La Corte costituzionale, forse enfatizzando il dato normativo, è giunta a sottolineare come proprio nella considerazione della possibilità di nascite con PMA eterologhe starebbe il senso della nuova formulazione dell'articolo 231 del codice civile, introdotta con la riforma del 2013, per cui «il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», con cui il legislatore ordinario si è mostrato consapevole «di una nuova concezione della paternità» Corte cost., n. 162/2014, § 11.1. In verità, il senso della modifica può meglio ricondursi alla modifica introdotta all'art. 232, primo comma c.c. per cui la presunzione di concepimento è estesa a tutti i figli nati nel matrimonio (anche nei primi 180 giorni); concorda sul punto S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., p. 109.

posto che non tutela più «esclusivamente la maternità che si manifesti con il parto, relegando nel mondo dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico», poiché si deve confrontare altresì con la nozione di «responsabilità genitoriale, che si manifesta in colei che la assume in proprio, accudendo e allevando il nato nella propria famiglia»¹⁰⁶. Com'è stato evidenziato ancora dalla Corte, il criterio per la determinazione della genitorialità legale non è peraltro costituzionalmente obbligato, ma è frutto di una scelta del legislatore ordinario fra diversi criteri disponibili¹⁰⁷. In linea di principio nulla avrebbe impedito — e impedirebbe — di riconoscere nel codice civile la maternità legale sulla base del solo dato genetico senza riferimento alcuno a quello gestazionale. Secondo un autorevole indirizzo, già oggi si potrebbe assumere che l'articolo 269, terzo comma del codice civile contenga disposizioni in materia di prova (come si desume dall'indicazione per cui «la maternità è dimostrata» tramite il parto), così che la partoriente sarebbe madre salvo la prova, fornita con ogni mezzo a norma del secondo comma, di una diversa ascendenza genetica¹⁰⁸.

La soluzione adottata dal legislatore finisce dunque con l'incidere sul fondamento stesso dell'idea di genitorialità. La filiazione conosce un vero e proprio *tertium genus*¹⁰⁹, oltre a quella naturale e a quella adottiva, dove

¹⁰⁶ Cass., n. 19599/2016, cit., § 11.1.

¹⁰⁷ Anche Trib. Milano, sentenza 8 aprile 2014, in *Foro it.*, 2014, II, c. 371 ss., con nota di G. CASABURI, *In tema di nozione di maternità*, rammenta che «può dirsi, anche da un punto di vista comparatistico, che l'attribuzione della maternità e della paternità non è più un fatto naturale ma un 'fatto istituzionale', dipendendo dalle scelte del Legislatore».

¹⁰⁸ A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2015, p. 20 e S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, ivi, p. 115 ss. La stessa Suprema Corte pare oscillare da ultimo verso una maggiore apertura verso tale ultimo criterio alternativo ove rileva come «l'intuizione di una parte della dottrina, secondo la quale l'art. 269, terzo comma, c.c. è una norma riguardante la prova della maternità, trova una conferma nel secondo comma del medesimo articolo, il quale stabilisce che "la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo"» Cass. n. 19599/2016, cit.

¹⁰⁹ Si deve osservare, peraltro, come fra filiazione naturale e procreazione medicalmente assistita la realtà sociale conosca anche pratiche che costituiscono una *linea d'ombra* che solleva ulteriori seri interrogativi. Ci si riferisce all'ipotesi in cui un soggetto "doni" il proprio seme (o, ipotesi più rara, il proprio gamete femminile) ad altri (singolo o coppia) fuori da un percorso medicalmente assistito, al fine di favorirne l'autonomo progetto procreativo. L'inseminazione avviene artificialmente, non v'è procreazione naturale, eppure in questi casi non v'è applicazione diretta della disciplina di cui alla legge n. 40/2004. Nonostante il mancato intervento medico, si presentano circostanze (donazione, assunzione di responsabilità, consenso) per molti versi analoghe a quelle conosciute nei processi di PMA. Appare notevole, da questo punto di vista, che in altri ordinamenti la definizione di procreazione assistita prescinda dalla necessità di intervento medico (cfr. ad es. l'art. 7606 del *Family Code* californiano per cui «'Assisted reproduction' means conception by any means other than sexual intercourse») con una specifica disciplina dei suoi presupposti e delle sue conseguenze in caso di carenza di intervento medico (cfr. ad es. l'art. 7613 del *Family Code* cit., che consente di negare il rapporto di filiazione col donatore se «(A) The donor and the woman agreed in a writing signed prior to conception that the donor would

(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 riconosciuta¹¹⁰.

7. GPA e PMA

La GPA configura *una forma particolare di procreazione medicalmente assistita*.

La stessa è difatti un metodo di generazione diverso dalla procreazione naturale, attuato sotto controllo medico, che pertanto da un punto di vista fattuale dev'essere oggettivamente inquadrato nel più ampio *genus* della PMA.

Data la definizione di PMA come «il procedimento medico-strumentale che si sostituisce all'unione naturale uomo-donna per giungere al concepimento, in 'vivo' o in 'vitro', di un essere umano, mediante utilizzo delle capacità generative proprie (tecniche omologhe) o altrui (tecniche eterologhe)»¹¹¹, la dottrina ha dunque chiarito da tempo che «la maternità gestazionale realizza una forma di PMA»¹¹², traendone pure la conclusione, prima della sentenza n. 162/2014, che «il divieto di surrogazione di maternità (...) risulta in modo espresso dalla disposizione penale dell'articolo 12, comma sesto, ma è incluso anche nel comma 3 dell'articolo 4 della [Legge n. 40/2004]»¹¹³.

Non convince in effetti l'indirizzo che nega tale conclusione sull'assunto che nella GPA non vi è sempre donazione di gameti¹¹⁴, atteso che ciò dovrebbe condurre a escludere, al più, che la GPA sia sempre una forma di PMA eterologa, ma non che sia una specie di PMA. La GPA gestazionale, invero, è riconducibile alla procreazione medicalmente

not be a parent. (B) A court finds by clear and convincing evidence that the child was conceived through assisted reproduction and that, prior to the conception of the child, the woman and the donor had an oral agreement that the donor would not be a parent»).

¹¹⁰ Tali canoni, verosimilmente, potranno fungere da guida anche nel futuro, ormai prossimo, in cui le biotecnologie consentiranno addirittura l'utilizzazione di gameti provenienti da più di due soggetti.

¹¹¹ V. BALDINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 23.

¹¹² V. BALDINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 23; F. CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Tomo II, Milano, 2009, p. 533 ss., p. 535; C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., p. 84; G. CASABURI, *Maternità surrogata*, in *Il Libro dell'anno del diritto, Diritto civile*, Treccani, 2016, p. 15 e ID., *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss. *Contra* B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 159.

¹¹³ C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., p. 84.

¹¹⁴ G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA*, cit., p. 129

assistita omologa quando sono utilizzati gameti maschili e femminili dei genitori intenzionali, oppure alla procreazione medicalmente assistita eterologa quando sono utilizzati gameti maschili e femminili provenienti da un donatore o una donatrice¹¹⁵, cui ovviamente si associa l'elemento aggiuntivo della gestazione esterna alla coppia. Non manca peraltro chi ha sottolineato come, a ben vedere, ogni ipotesi di GPA potrebbe essere ricondotta nel quadro più ampio delle fecondazioni *lato sensu* "eterologhe", sul presupposto che con tali tecniche ci si avvale comunque dell'intervento di un soggetto esterno, in questo caso la gestante¹¹⁶.

D'altra parte la riconduzione da un punto di vista materiale ad un unico *genus* è confermata dal rilievo che *la stessa, identica, procedura medica* configura diverse forme di PMA/GPA soltanto in funzione della volontà manifestata dalle parti. Nel caso di fecondazione *in vitro* di un ovulo proveniente da una donna e di suo trasferimento in un'altra donna: se la gestante manifesta la volontà (ex articolo 6) di divenire madre e la donna che ha fornito il gamete femminile manifesta la volontà di non divenire madre (ex articolo 9, terzo comma) si ha una tipica fattispecie di PMA eterologa *ex latere matris*; se, invece, entrambe le donne manifestano la volontà di divenire madri si ha la diversa fattispecie di PMA (cd. ROPA), non contemplata dal diritto italiano, affrontata di recente dalla Cassazione nella nota sentenza n. 19599/2016 che ha ordinato la trascrizione del certificato di nascita spagnolo con due mamme; se, infine, la gestante manifesta la volontà di non essere madre e chi ha fornito il gamete manifesta la volontà di assumere la responsabilità genitoriale (il consenso ex articolo 6) siamo in una ipotesi di GPA in senso stretto. Dunque la stessa procedura di procreazione medicalmente assistita, a seconda di come si atteggi la volontà delle parti ex articolo 6, è considerata lecita, sanzionata in via amministrativa (ex articolo 12, secondo comma legge 40), oppure in via penale (ex articolo 12, sesto comma), senza che tale differenziata regolamentazione delle relazioni fra gli adulti consenta di assumere che trovi diversa applicazione la disciplina sulla «Tutela del

¹¹⁵ Come accade in ogni caso di PMA eterologa, anche qui può verificarsi che tanto il seme quanto il gamete femminile provengano da un donatore e donatrice (c.d. *doppia eterologa*), così che il bambino nato attraverso tale tecnica non ha alcun legame biologico con i genitori intenzionali (per il cui inquadramento giuridico secondo la più recente giurisprudenza, v. oltre).

¹¹⁶ F. CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, cit., p. 554. Anche per C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 87, «tra le tecniche di PMA "di tipo eterologo" rientra anche la "maternità surrogata"»; «la maternità gestazionale realizza una forma di PMA, la cui natura eterologa non cambia per il fatto di un impegno a consegnare il neonato alla coppia committente neppure ove ad essa appartengano i gameti che hanno generato l'embrione»; difatti, «se ci poniamo dal punto di vista del rapporto fecondazione-gestazione, la maternità surrogata è sempre eterologa».

nascituro» ex artt. 8 e 9.

Anche la giurisprudenza sussume solitamente la gestazione per altri nella PMA. La Corte di cassazione l'ha qualificata di recente come «una tecnica di PMA»¹¹⁷; autorevole giurisprudenza di merito sottolinea che «anche la surrogazione assume rilievo di terapia rientrante nella logica della legge 40/2004», osservando come la riconduzione della stessa nella generale cornice della procreazione medicalmente assistita trovi implicita conferma nella circostanza che il divieto è posto nella stessa legge n. 40/2004¹¹⁸; la riconduzione al *genus* della procreazione medicalmente assistita è rilevata generalmente anche dalla copiosa giurisprudenza penale¹¹⁹.

Tale constatazione non appare contraddetta da quanto affermato in un inciso della sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, per cui la tecnica oggetto della decisione «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta 'surrogazione di maternità', espressamente vietata dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004», atteso che la Corte con tale affermazione non mira certamente a svolgere una funzione definitoria e tassonomica, ma più semplicemente a escludere ogni effetto della decisione, incidente sul generale divieto di PMA eterologa, contenuto negli articoli 3, quarto comma e 12, primo comma, della legge n. 40/2004, rispetto allo specifico divieto di surrogazione di maternità, di cui all'articolo 12, comma sesto. Si deve anzi osservare come nella medesima decisione la Consulta affermi che il divieto di GPA resta applicabile a ogni ipotesi di procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, dando così conto di considerare la surrogazione di maternità una speciale tecnica di PMA¹²⁰.

¹¹⁷ Cass., n. 19599/2016, cit., § 10.3. e 11.1, richiamando i precedenti in materia di gestazione per altri.

¹¹⁸ Corte d'appello di Milano, ordinanza 25 novembre 2015, cit. Pur muovendo dalla condivisibile constatazione che la GPA é una forma di PMA, la decisione assume — contraddittoriamente — che non siano prospettabili soluzioni ermeneutiche che consentano di superare l'irragionevole disparità «in cui si trova dal punto di vista dello *status* il nato da surrogazione (...) rispetto a quello assicurato al minore nato dalla, precedentemente vietata, fecondazione eterologa» e solleva pertanto eccezione di illegittimità costituzionale. In realtà, se si ritiene che la prima sia *species* della seconda, alla stessa dovrebbero applicarsi le stesse disposizioni previste in via generale per ogni ipotesi di PMA eterologa. Parla di «pratica di procreazione assistita, con c.d. maternità surrogata» anche Corte d'appello Milano, decreto 28 dicembre 2016, in *Articolo29.it*. con nota di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*.

¹¹⁹ Cfr. la giurisprudenza citata alla nota 14.

¹²⁰ Corte cost., n. 162/2014, cit., § 11.1, per cui «le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a [...] vietare la commercializzazione di gameti ed

Un caso particolare individuato dalla giurisprudenza riguarda tuttavia l'ipotesi in cui *nessuno dei due genitori intenzionali abbia un legame genetico con il nascituro*.

In questo caso la giurisprudenza ha trattato la fattispecie come una ipotesi di aggiramento delle disposizioni relative all'adozione. Tanto nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹²¹, che nella sentenza della Corte di cassazione n. 24001/2014¹²² (e nelle decisioni di merito che le hanno precedute) viene sottolineato come attraverso tale forma di GPA le parti (che in un caso erano state ritenute inidonee all'adozione, mentre nell'altro caso avevano atteso per anni un bambino in adozione) erano riuscite ad aggirare le rigorose procedure previste per l'adozione internazionale, portando dall'estero un minore senza alcuna verifica giurisdizionale. La giurisprudenza avverte, dunque, il pericolo correlato alla labile linea di demarcazione fra tale forma di GPA ed il diverso istituto dell'adozione: mentre in una PMA tradizionale con doppia eterologa non v'è possibilità di confusione con l'adozione (dato il nesso costituito dalla gestazione da parte della madre intenzionale), in questo caso definire il confine tra le due fattispecie è, in effetti, più complesso¹²³.

Da tali decisioni, in ogni caso, si inferisce *a contrario* che analoga questione non si pone quando almeno uno dei genitori sia legato biologicamente al bambino, posto che, come si vedrà, in tale ipotesi la

embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40/2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo».

¹²¹ Corte EDU, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

¹²² Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, cit.. Si è scritto che è verosimile che sulla decisione abbia inciso la circostanza che la «coppia per tre volte era stata ritenuta inidonea ad adottare un neonato, sia per ragioni legate all'età, sia per la difficoltà ad «elaborare una sana genitorialità adottiva»», seppure non è su tali dati che viene fondata la decisione, M. DI STEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionaleprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, I, p. 160 ss. La decisione è stata criticata per la mancata verifica se si sia consolidata una relazione familiare *de facto* fra il bambino ed i genitori intenzionali: appare in effetti alquanto peculiare che dalla motivazione non si evinca se e per quanto tempo il bambino sia rimasto inserito presso tale famiglia (la Corte rileva esclusivamente che «la responsabilità genitoriale nei confronti del piccolo C. non è stata mai assunta dai ricorrenti, non avendo gli stessi mai assunto la qualità di genitori»); risulta peraltro che con decreto del Tribunale per i minorenni di Brescia ne era stato disposto l'affidamento ai servizi sociali proprio «con collocazione presso gli apparenti genitori». Si è pure osservato che per la rimozione dello status di figlio si sarebbe resa «necessaria un'azione di stato, che resta soggetta alle peculiari regole di legittimazione e ai termini per l'esperimento posti a tutela dell'interesse del figlio», S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., p. 119.

¹²³ Seppure, in verità, nel caso concreto potrebbe tracciarsi comunque il discrimine fra la GPA (anche in caso di carenza di legame biologico di alcuno dei genitori intenzionali), ove vi è un progetto genitoriale che precede il concepimento e la nascita e l'adozione di un bambino che è invece già nato.

giurisprudenza della Corte Edu ritiene che quest'ultimo sia titolare del diritto alla vita familiare, protetto in virtù dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

8. Individuazione dello status filiationis in caso di GPA

Atteso che la tecnica è vietata in Italia, in genere la questione dello status dei figli nati con GPA si pone in termini di riconoscibilità o meno dello status familiare acquisito all'estero secondo i principi del diritto internazionale privato¹²⁴.

Come si è già osservato nella premessa di questo contributo, l'individuazione dello status filiationis secondo il diritto interno assume nondimeno rilevanza ogniqualvolta i criteri di collegamento impongano l'applicazione della legge italiana e ha sicuri effetti, inoltre, anche sotto il profilo dell'individuazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

Con riguardo alla individuazione dello status filiationis in caso di GPA la dottrina dominante assume in genere l'applicabilità dell'articolo 269, terzo comma, del codice civile, per cui è sempre madre chi ha partorito¹²⁵ e anche la giurisprudenza di legittimità pare seguire tale schema¹²⁶. All'individuazione della madre legale nella partoriente, segue quindi l'identificazione del padre giuridicamente riconosciuto.

Dunque secondo l'impostazione prevalente, ai figli nati con GPA dovrebbe applicarsi il principio codicistico pensato dal legislatore per la procreazione naturale, e non le disposizioni dettate in materia di procreazione artificiale.

Vale pure evidenziare come gran parte degli autori, nonostante l'adesione a tale impianto, piuttosto contraddittoriamente ritengano comunque applicabili alla GPA - come subito si vedrà -alcune specifiche disposizioni di cui all'articolo 9 della legge n. 40/2004. Di fatto, dunque, pur assumendosi che in materia di GPA valgano i principi codicistici e non quelli ex legge 40, si rileva una selezione, differenziata e spesso opposta fra i vari autori, di alcune norme della legge 40 che si assumono comunque applicabili alla GPA.

¹²⁴ V. alcuni precedenti citati alle note 15 e 25.

¹²⁵ U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 578; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 363; B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 181.

¹²⁶ Nella sua prima, ed allo stato unica, decisione in materia di riconoscimento dello status in seguito a GPA, la Corte di cassazione ha affermato il principio per cui anche in questi casi vale il principio codicistico per cui è sempre madre chi ha partorito: Corte di cassazione n. 24001/2014, cit. Come si è visto, la perentorietà del richiamo al principio di cui all'articolo 269, comma 3, c.c. pare tuttavia vacillare già nella decisione n. 19599/2016.

Si è ritenuto, ad esempio, che trovi applicazione nei confronti della partoriente la disposizione di cui all'articolo 9, secondo comma, che nega il diritto a non essere nominata a chi abbia assunto, col consenso di cui all'articolo 6, la conseguente responsabilità genitoriale, norma che sarebbe anzi funzionalmente diretta proprio ad impedire l'elusione del divieto di maternità surrogata¹²⁷. Tale tesi, tuttavia, non persuade, posto che nella specie la partoriente, lungi dall'aver manifestato tale consenso a norma dell'articolo 6, ha manifestato semmai la volontà opposta di non divenire genitore del nascituro (inoltre, all'atto pratico, il preteso divieto per la gestante di non farsi nominare appare facilmente aggirabile, posto che il personale sanitario che assiste al parto non ha a disposizione notizie in merito alle modalità di concepimento)¹²⁸. Se l'articolo 9, comma secondo presuppone la volontà di sottoporsi a PMA e di assumere la conseguente responsabilità genitoriale ex art. 6, la norma non è certamente applicabile alla gestante in una vicenda di GPA, che quella volontà non ha mai manifestato.

Secondo altri, invece, potrebbe applicarsi alla GPA l'articolo 9, terzo comma, nei confronti del padre o della madre intenzionale con la conseguenza che gli stessi non potrebbero essere riconosciuti quali genitori legali del nascituro¹²⁹. Questa conclusione, tuttavia, non pare tenere in debito conto che la locuzione «donatore di gameti», utilizzata nella disposizione, non è certamente applicabile a chi abbia fornito il proprio gamete non per donarlo a terzi, ma al fine opposto (riconducibile proprio alla manifestazione di volontà di cui all'articolo 6, legge 40/2004) di contribuire a un proprio progetto genitoriale, comune al coniuge o convivente¹³⁰.

¹²⁷ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 108; U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione*, cit., p. 503; F. CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, cit., pp. 552-553

¹²⁸ In questo senso v. B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 181. Secondo altra opinione l'articolo 9, comma 2 dovrebbe essere riferito esclusivamente all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di cui al primo comma, con la conseguenza che la disposizione che nega l'anonimato della partoriente non sarebbe applicabile in caso di gestazione per altri con gameti provenienti dalla coppia, S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal — Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 7 ss., p. 22.

¹²⁹ M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 363, per cui ciò «risolve in radice le delicate questioni di status del nato in seguito di surrogazione»; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 704

¹³⁰ Il discrimine fra chi abbia «contribuito geneticamente all'attuazione di un progetto genitoriale comune» e chi sia mero donatore è ben presente alla Corte di cassazione, che (nel caso sottoposto di una donna che aveva contribuito col proprio ovulo al comune progetto genitoriale) ne desume che «non è pertinente il richiamo nella fattispecie all'art. 9, comma 3», Corte di cassazione, sentenza n. 19599/2016. In questo senso, U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 578. Rileva un ulteriore elemento discretivo nel fatto che «la coppia committente non si limita a fornire, in tutto o in parte, i propri gameti per la procreazione, ma piuttosto conferisce alla madre surrogata un embrione già

Non manca, ancora, chi ha ipotizzato che l'articolo 9, primo comma, imponga di riconoscere lo stato di figlio nei confronti del marito o convivente della gestante, in quanto abbia prestato acquiescenza alla volontà di questa di procedere con una GPA¹³¹. Tesi che tuttavia pare sminuire il significato dell'espressione «consenso» di cui alla disposizione ex articolo 6, la quale non fa ovviamente riferimento ad un generico “nulla osta” a che la propria moglie o compagna partorisca un figlio per altri, ma ha riguardo alla volontà qualificata di accedere a una tecnica procreativa al fine di avere un figlio proprio, nei cui confronti si intende assumere la piena genitorialità.

È, infine, pacificamente ammesso da tutti che alla GPA eterologa debba applicarsi la disposizione di cui all'articolo 9, terzo comma, per cui «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato» (applicabile, come visto, tanto a chi abbia donato gameti maschili che femminili)¹³², conclusione su cui, come si vedrà, si deve invece certamente concordare.

A prescindere dalla persuasività dei diversi approdi esegetici, colpisce dunque che la dottrina che in linea di principio assume l'applicabilità alla GPA delle regole del codice civile (in particolare l'articolo 269, comma terzo) e non della legge n. 40/2004, di fatto ne valorizzi contraddittoriamente alcune specifiche disposizioni a fini determinati.

Risulta inspiegato, soprattutto, perché possa estendersi la regola di cui all'articolo 269, terzo comma, evidentemente intesa per la procreazione naturale, fuori dal suo proprio ambito, trasladola al mondo della PMA dove la regola dovrebbe determinarsi, invece, in forza dell'articolo 8 (in combinato disposto con gli articoli 6 e 9) della legge 40 del 2004.

Posto che la disposizione del codice civile è stata pensata per la filiazione naturale, dove come si è visto non può esservi scissione fra gestazione e discendenza genetica, la dottrina e la giurisprudenza non hanno chiarito *sulla base di quale disposizione di diritto positivo possa assumersi che la norma di cui all'art. 269, terzo comma c.c. possa traslare al campo della procreazione medicalmente assistita*, dove il principio generale è sancito dall'art. 8 della legge 40, né chiariscono per quale ragione in caso di conflitto la regola di cui al terzo comma

formato, e quindi un principio di vita individualizzato», B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, cit., p. 171.

¹³¹ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 331.

¹³² B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 171; similmente anche M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 363, giungendo tuttavia, come visto, alla discutibile conclusione che la norma vieti altresì di instaurare il rapporto di filiazione con la madre intenzionale.

dell'articolo 269 debba prevalere su quella di cui al secondo comma¹³³.

Mancando una norma di diritto positivo, il richiamo è a principi metagiuridici, per cui il principio sarebbe iscritto nella nostra tradizione e riconosciuto dal canone per cui *mater semper certa est*. Tale richiamo, tuttavia, non sembra conferente, posto che si riferisce ad un'epoca in cui la scissione fra gestazione e DNA non era neppure concepibile, così come non pare sicuro neppure il rinvio a principi e dati culturali, necessariamente recentissimi atteso che la fecondazione *in vitro* è possibile da una quarantina d'anni, né appare certo che nella tradizione occidentale il dato della trasmissione del proprio patrimonio genetico sia meno radicato di quello legato al parto. A questo proposito si è evidenziato, anzi, come le culture occidentali enfatizzino gli aspetti genetici relativi al concepimento, con l'evidente enfasi sulla trasmissione del patrimonio genetico, sulla somiglianza ecc., mentre, ad esempio, nella tradizione orientale è credenza risalente e tuttora condivisa che i liquidi corporei, come il sangue e il latte materno, siano più importanti degli ovuli nel definire le caratteristiche fisiche e di personalità del bambino¹³⁴.

Secondo altre autorevoli opinioni, invece, in franca deroga ai principi codicistici in caso di GPA dovrebbe imputarsi senz'altro lo *status filiationis* sulla base del dato genetico e non su quello gestazionale, sull'assunto che «la regola dell'art. 269 del codice civile, secondo cui madre è la partoriente, non sia applicabile a un'ipotesi che non era immaginabile al tempo dell'emanazione del codice ed è da ritenere che la paternità e la maternità, e così lo stato di nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione»¹³⁵.

¹³³ Vale rammentare al riguardo il suggestivo indirizzo per cui la maternità, al pari della paternità, sia in caso di procreazione naturale che artificiale, dovrebbe sempre accertarsi secondo il criterio generale della compatibilità genetica, mentre «soltanto in prima istanza, nella generazione fisiologica, la maternità si dimostra secondo la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 269 c.c.», con la conseguenza che la madre genetica (ma non la madre intenzionale priva di rapporto genetico col nascituro) sarebbe madre legale; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., p. 115 ss.; similmente, A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, cit.

¹³⁴ N. CARONE, *In origine è il dono*, cit., p. 40, il quale cita gli studi di M. RICHARDS, G. PENNINGNS e J.B. APPLEBY, *Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, ed il noto studio etnografico sulla GPA in India di A. PANDE, "It May Be Her Eggs but It's My Blood": *Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India*, in *Qualitative Sociology*, 2009, n. 4, pp. 379 e ss.

¹³⁵ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 104; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 235, per cui la regola di cui all'art. 269 c.c. non è applicabile perché «la paternità e la maternità devono essere attribuite a chi ha concorso alla fecondazione, quindi, alla creazione dell'embrione»; C. CIRAOLO, *Brevi note*, cit., p. 497 per cui la disciplina civilistica «in quanto riferita ai concepimenti avvenuti naturalmente, appare adeguata» ma «lascia, tuttavia, perplessi [...] quando la nascita del bambino è avvenuta in seguito all'esecuzione di tecniche di procreazione medicalmente assistita»; v. anche I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1480

Ciò detto, le prospettive esegetiche sin qui ricordate oggi *meriterebbero verosimilmente un ripensamento* alla luce della rapida evoluzione del sistema.

Se da un punto di vista scientifico e giuridico la GPA in senso stretto o *gestazionale* deve classificarsi come una forma di PMA (quantomeno quando almeno uno dei genitori intenzionali sia legato geneticamente al nascituro), dovrebbe conseguire in linea logica che alla stessa, quale *species* del più ampio *genus* della procreazione medicalmente assistita, dovrebbero applicarsi i principi giuridici sin qui esposti con più generale riguardo allo stato dei figli nati con PMA.

Si deve peraltro osservare come pure a sostenere l'estraneità della GPA al *genus* della PMA, *l'applicazione analogica delle disposizioni poste dalla legge n. 40/2004* dovrebbe comunque imporsi alla luce della *ratio legis* ad essa sottesa, informata ai principi di responsabilità procreativa e di protezione del migliore interesse del minore.

Il distinguo dal *genus* della PMA, dato a volte per presupposto da una parte della dottrina, risente invero del diverso giudizio di valore, di cui è espressione la sanzione penale prevista nel nostro ordinamento. Non dovrebbe tuttavia dubitarsi, sul piano fattuale e al di là di giudizi di valore, che si tratti pur sempre di una procedura di procreazione medicalmente assistita, che rispetto alle altre procedure di fecondazione (omologhe o eterologhe) aggiunge, come detto, il tratto della gestazione esterna alla coppia. Tale tratto caratterizzante motiva il diverso trattamento sanzionatorio, ma non dovrebbe condurre ad una differenziazione nel trattamento del nato, cui si dovrebbe applicare il capo III della legge 40/2004 contenente le «*Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*», posto peraltro che le regole di cui all'articolo 9 furono pensate proprio per l'ipotesi di ricorso all'estero a tecniche vietate in Italia. In questo come in ogni altro caso, la *ratio* delle disposizioni è diretta ad assicurare certezza allo stato di figlio a prescindere dal giudizio di valore nei confronti della condotta dei genitori.

Come si è già ricordato, la Corte di cassazione in un caso di due donne ricorse in Spagna a una pratica vietata dall'ordinamento italiano ha rammentato che «delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato», poiché «vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»¹³⁶. Come si è pure

¹³⁶ Cass., n. 19599/2016, cit., § 8.3.

detto, anche la Corte EDU, nelle sue prime decisioni in materia di GPA, pur onorando il margine di apprezzamento dei singoli Paesi nella regolamentazione della stessa, anche mediante l'uso di sanzioni penali, ha sottolineato il diverso punto di vista della protezione dei minori nati a mezzo di GPA, riconoscendo in più occasioni la violazione del loro diritto alla vita privata e/o familiare. Nei due celebri casi relativi alla Francia, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che dovesse considerarsi contrario all'interesse del bambino il mancato riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione biologica con uno dei genitori¹³⁷, mentre nell'altrettanto nota decisione che ha riguardato l'Italia, la Corte ha sottolineato come la decisione contraria al riconoscimento del rapporto con i genitori intenzionali è motivata sull'assenza di legame genetico con entrambi, con espressa conferma dell'opposta decisione assunta quando uno dei genitori sia legato biologicamente al bambino¹³⁸.

Non pare inoltre che osti all'applicazione della regola generale di cui all'articolo 8 che a norma di tale disposizione il consenso debba essere prestato «ai sensi dell'articolo 6». Come si è visto, infatti, ove all'estero sia acquisita analoga manifestazione di volontà secondo i principi del consenso informato, le difformità meramente procedurali non dovrebbero ricadere sullo *status* del minore. D'altra parte, non si è mai dubitato dell'applicazione dell'articolo 8 neppure in mancanza di consenso in forma scritta o di consenso prestato in violazione dell'articolo 5, ritenendosi che il consenso fosse comunque comprovabile per atti concludenti¹³⁹. Inoltre, come già visto, la dottrina più attenta aveva già risolto positivamente il problema quando la fecondazione eterologa poteva essere eseguita soltanto all'estero, sull'assunto che le disposizioni di cui all'articolo 9, impedendo il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento, attestavano univocamente che si erano già prodotti *ex lege* i presupposti per l'individuazione dello *status filiationis*¹⁴⁰.

¹³⁷ Corte EDU, sentenze 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, cit., § 78; 8 luglio 2014, ricorso n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*. Significativo appare al riguardo il passaggio per cui «gli effetti del mancato riconoscimento, nel diritto francese, del legame tra i bambini così concepiti e i loro parenti d'intenzione non si limitano alla situazione di questi ultimi, che soli hanno scelto le modalità di procreazione che le autorità francesi rimproverano loro: gli effetti si ripercuotono anche sulla situazione degli stessi bambini, il cui diritto al rispetto della vita privata deve guidare tutte le decisioni che li riguardano».

¹³⁸ Corte edu, Grande Chambre, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 24 gennaio 2017, reperibile in *Articolo29.it*.

¹³⁹ C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., p. 157; B. SALONE, *Figli su commissione*, cit., p. 177

¹⁴⁰ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 674. *Contra* C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., p. 156.

Infine, l'applicazione in Italia delle regole dettate dalla legge n. 40/2004 a tutela del minore non inficia in alcun modo i diritti della gestante, nei cui confronti il vincolo negoziale perfezionato con i genitori intenzionali (illegittimamente in Italia, o legittimamente all'estero) resta per il diritto italiano del tutto invalido e dunque incoercibile e privo di efficacia.

La donna gestante è estranea al "consenso" prestato a norma dell'articolo 6 della legge n. 40/2004. Tale consenso, difatti, non attiene a un generico assenso alla tecnica di PMA ma comprende la manifestazione della volontà di assumere la conseguente responsabilità genitoriale a norma degli articoli 8 e 9. Non è dubbio, allora, che la gestante che abbia prestato in origine il proprio assenso alla tecnica, non abbia comunque prestato alcun consenso tecnicamente rilevante a norma del combinato disposto degli articoli 6 e 8. Né alla stessa è applicabile l'opposta disposizione di cui all'articolo 9, terzo comma, che implica l'interruzione di qualsiasi nesso di filiazione con il nascituro, atteso che tale norma speciale è riferita al "donatore di gameti" e, in quanto norma speciale, non può applicarsi in via analogica.

Ne consegue che nel nostro ordinamento interno la partoriente resta libera, secondo i principi generali, di non riconoscere il nato e/o di dichiarare di non voler essere nominata, non sussistendo nei suoi confronti alcun divieto *ex* articolo 9, secondo comma, né operando nei suoi confronti il meccanismo di cui agli articoli 6 e 8. Sul piano pratico e applicativo rileva, d'altra parte, che negli ordinamenti in cui è consentita la GPA la donna che ha partorito un figlio di altri può non riconoscere il figlio e che la competenza a verificare la legittimità di tale mancato riconoscimento ricade sulle Autorità del paese in cui avviene il parto.

Per conseguenza, *quando manchi il riconoscimento da parte della partoriente*, mentre è pacifico che al donatore o donatrice di gameti si applichi l'articolo 9, comma terzo, muovendo dall'interesse del minore a non vedere affermato lo stato di figlio di chi nega di volere assumere qualsiasi responsabilità nei suoi confronti, *dovrebbe trovare applicazione la regola dettata dagli articoli 8 e 9, primo comma, che impone la costituzione del vincolo nei confronti della madre intenzionale e del padre intenzionale*¹⁴¹.

¹⁴¹ Con riguardo al padre, a prescindere dalle diverse opzioni interpretative la questione normalmente non si pone per il padre intenzionale che abbia pure un vincolo genetico col nascituro, atteso che (come in ogni caso di PMA omologa) il principio del consenso di cui all'articolo 8 della legge n. 40/2004 è sostanzialmente coincidente con i principi generali sulla filiazione per derivazione genetica. In particolare nulla osta al riconoscimento quando la gestante sia nubile. Un problema sorge, invece, se la gestante decida di non avvalersi della facoltà di non farsi nominare e sia coniugata, poiché

Resta, infine, più incerta la soluzione del grave problema dell'attribuzione della genitorialità *in caso di conflitto*, quando cioè la partoriente che aveva acconsentito a una GPA, cambiando idea, decida, se nubile, di riconoscere il figlio o, se coniugata, di non avvalersi della facoltà di non essere nominata. La donna gestante e partoriente può difatti certamente decidere di riconoscere il figlio, in quanto non è vincolata in alcun modo da un accordo negoziale che nel nostro ordinamento è, come detto, privo di efficacia. Si tratta, come visto, di ipotesi che hanno suscitato un notevole dibattito, nonostante siano all'atto pratico rarissime negli ordinamenti in cui è consentita la GPA e ancor più improbabili nel nostro ordinamento, attesa l'impossibilità di eseguire una GPA in Italia. Nel caso concreto, comunque, soluzioni diversificate potrebbero prospettarsi nell'ipotesi, invero statisticamente ancora più improbabile, della GPA *tradizionale*, dove la persona ha partorito un figlio che è a lei geneticamente legato e appare dunque quale madre sia per il criterio gestazionale che per quello genetico¹⁴², rispetto alla diversa ipotesi di GPA in senso stretto o (solo) *gestazionale*, dove si ha la simultanea presenza di due figure, la gestante/partoriente e la genitrice intenzionale, per cui non si dovrebbe escludere che un ruolo discrezionale debba essere giocato dal principio della volontà, affermato dall'articolo 8 della legge 40/2004, peraltro più funzionale alla protezione del superiore interesse del nato.

In conclusione, anche in ipotesi di GPA (almeno nel caso in cui uno dei due genitori intenzionali sia anche genitore genetico), l'ordinamento dovrebbe assicurare alla persona nata con procreazione artificiale il diritto di essere assistita, mantenuta e curata da parte di chi si è coscientemente obbligato ad accoglierla quale genitore.

Dovrebbe escludersi, per contro, l'impiego della regola codicistica di accertamento della maternità attraverso il parto, non al fine di rispondere al concreto interesse del minore, ma al fine di rendere meno appetibile il ricorso all'estero alla GPA. Si avrebbe difatti una strumentalizzazione del minore, di dubbia compatibilità col principio personalistico che informa la

il riconoscimento da parte del padre intenzionale in questo caso è precluso dalla presunzione di paternità del marito della partoriente. Nel caso, invece, in cui il padre intenzionale non abbia alcun vincolo genetico col minore, le speciali regole in materia di fecondazione eterologa ai sensi dell'articolo 9, primo comma, ne dovrebbero imporre l'individuazione quale genitore legale. Nel senso che «per il genitore di sesso maschile potrebbero applicarsi, ove non geneticamente correlato al nato, le previsioni dettate per la fecondazione eterologa», M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 282.

¹⁴² A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, cit.

nostra Costituzione, in ultima analisi ammettendo, com'è stato autorevolmente detto, una «misura di dissuasione e non di giustizia»¹⁴³.

SCHEDA: Alcune regole in materia di GPA

Abbandonando le opposte prospettive proibizioniste e di totale *deregulation*, nel corso degli anni sono state elaborate numerosissime proposte dirette a regolamentare i presupposti e le modalità della GPA. Le stesse sono utili sia per ricostruire e valutare le diverse normative estere, sia in fase di elaborazione di un progetto di regolamentazione anche nel nostro Paese.

S.1. Limiti oggettivi

È stata proposta, ed accolta in vari ordinamenti, la limitazione della GPA secondo specifici limiti oggettivi.

In particolare è stata proposta/attuata la limitazione: alla sola GPA *gestazionale*, con divieto di GPA *cd. tradizionale* (ossia, come detto, quando la donna porta in grembo un bambino a sé legato geneticamente); alla sola ipotesi in cui almeno uno dei due genitori intenzionali abbia un legame genetico col nascituro, con divieto dunque di GPA completamente eterologa (come invece avvenuto nei due casi vagliati dalla Corte Edu in *Paradiso e Campanelli* e dalla nostra Corte di cassazione nella sentenza n. 24001 del 2014).

S.2. Forma della manifestazione di volontà

È stata evidenziata in più proposte e norme di legge la necessità che l'accordo fra le parti e la correlata manifestazione della volontà di assumere la responsabilità genitoriale da parte dei genitori intenzionali, e di non assumerla da parte della portatrice, avvengano secondo determinate caratteristiche formali e procedimentali.

Si è proposto (e in alcuni casi previsto) che la manifestazione delle volontà della gestante e dei genitori avvenga: con atti aventi particolare forma (scritta, atto pubblico, avanti a due avvocati indipendenti scelti dalle parti, a notaio, a ufficiale dello stato civile, a un giudice); previa

¹⁴³ P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 197 ss.

acquisizione da parte dei soggetti coinvolti di dettagliate informazioni su tutti gli aspetti sanitari e legali, così da garantire che si tratti di consenso pienamente informato; con necessaria assistenza tecnica indipendente (assicurata da un ente pubblico, da associazioni ed enti privati esponenziali o da un avvocato liberamente scelto da ognuna delle due parti); che vi sia altresì un successivo controllo amministrativo (da parte di un ente pubblico specializzato) e/o giurisdizionale sulla loro validità (secondo un modello per certi versi ricorda, nel nostro ordinamento, l'ipotesi di accordi negoziali incidenti sullo *status* in caso di separazione o divorzio di coppie coniugate o unite civilmente, i quali incidono anche sull'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale sui figli comuni, cfr. art. 6 D.L.132/2014 convertito in legge con modifiche con L. 162/2014).

S.3. Limiti soggettivi

Alcuni limiti soggettivi sono stati introdotti in via legislativa oppure in forza di decisioni di *common law* e vi sono inoltre numerose proposte di legge in diversi paesi ed un vivace dibattito sul punto.

Si evidenzia al riguardo la possibilità di porre limiti in relazione: all'età minima e massima dei genitori intenzionali e della portatrice; alla necessità che la gestante abbia già avuto uno o più figli (ma in alcuni casi anche che non abbia già avuto più di due o tre gravidanze); al divieto per la portatrice di sottoporsi a GPA per un certo numero di volte (in genere non più di due); alla eventuale necessità di un vincolo formale fra i genitori (sposati o uniti civilmente), o almeno ad una condizione di convivenza registrata, escludendo i singoli; alla necessità che i genitori siano affetti da una certificata condizione di infertilità o sterilità; alla necessaria acquisizione del consenso dell'eventuale marito (o moglie) o unito/a civilmente della gestante (o in alcuni caso al divieto *tout court* per donne sposate); alla verifica preventiva delle condizioni di salute psichica e fisica della gestante, in particolare in ordine alla sua piena capacità di intendere tutte le conseguenze giuridiche, sociali, psicologiche del trattamento; alla necessità di certificazione sanitaria in ordine alla carenza di ragioni di rischio in caso di gravidanza; alla verifica delle condizioni di indipendenza economica della gestante, ad esempio consentendo la possibilità di sottoporsi a GPA soltanto a chi non versi in condizioni economiche legittimanti l'accesso all'assistenza pubblica (pensioni per ragioni di indigenza; indennità di disoccupazione; specifiche agevolazioni assistenziali ecc.); alla necessità di ulteriori particolari requisiti morali

(assenza di precedenti penali, di condizione anche pregressa di tossicodipendenza); alla necessità che tutte le parti risiedano stabilmente nel paese, con esclusione dunque di cittadini stranieri non stabilmente residenti; all'eventuale verifica, in caso di cittadini stranieri, che sussistano le condizioni per il successivo riconoscimento dello *status* del minore o, quantomeno, della responsabilità genitoriale dei genitori; alla verifica preventiva delle condizioni di salute psico-fisica dei genitori intenzionali ed eventualmente della loro idoneità genitoriale (secondo il modello delle adozioni, il che tuttavia appare problematico negli ordinamenti, come quello italiano, in cui la libertà procreativa è assicurata in pari modo in ipotesi di filiazione naturale o artificiale).

S.4. Aspetti economici: compenso o rimborso spese?

La definizione degli aspetti economici segue nei diversi ordinamenti secondo direttive disomogenee, che non si limitano alla nota dicotomia GPA con compenso (cd. commerciale) e senza compenso (cd. altruistica).

Rispetto alle diverse discipline positive/proposte, in alcuni casi è prevista: la limitazione alla sola GPA senza compenso (cd. GPA altruistica); la previsione normativa di *standard* minimi e massimi di compenso; la previsione dell'assunzione da parte dei genitori intenzionali di tutti i costi medici, assicurativi ecc. della gravidanza anche per il caso di esito infausto (interruzione spontanea o volontaria di gravidanza; esito litigioso); la previsione di un rimborso di tutte le spese sanitarie o di mantenimento (anche in termini di salario perso sia per il caso di congedo totalmente o parzialmente non retribuito cd. *lost wages*, o di occasioni di guadagno mancate), con verifiche delle coperture assicurative dei soggetti coinvolti (aspetto particolarmente rilevante negli ordinamenti con limitata assistenza sanitaria pubblica); il diritto della portatrice all'integrale compenso o rimborso spese anche nell'ipotesi di esito infausto e/o di volontaria interruzione delle gravidanza; la previsione di un conto corrente gestito da un soggetto terzo indipendente o *trust* (cd. *escrow account*) su cui i genitori intenzionali debbono versare al momento dell'intesa un importo atto a coprire (abbondantemente) tutti i costi, con la previsione della necessità di mantenere tale importo anche per un termine minimo successivo al parto; il diritto della portatrice ad una copertura assicurativa a carico dei genitori per i rischi connessi alla gravidanza e al parto; il divieto assoluto di compensi per gli enti privati intermediari (agenzie, *brokers* ecc..). Alcune giurisdizioni regolamentano anche

espressamente il diritto ai congedi di maternità e parentali, retribuiti e non retribuiti, per la portatrice e per i genitori.

S.5. Regole di condotta nel corso della gravidanza

Le questioni di gran lunga più delicate attengono alla determinazione di regole sulle concrete modalità operative della GPA, per cui la carenza di litigiosità non può ingannare in ordine alla verosimile sussistenza di problematiche ed alla necessità di assicurare un quadro certo di regole dirette a proteggere pienamente l'autodeterminazione della portatrice.

Al riguardo si evidenziano diverse regole già previste in alcune giurisdizioni e/o proposte: la previsione di una assistenza legale e psicologica indipendente per tutte le parti nel corso di tutto il percorso; la supervisione di un ente pubblico per tutta la durata del percorso e l'eventuale obbligo di effettuare ogni trattamento presso strutture sanitarie pubbliche; la nullità di ogni accordo limitativo della piena autonomia e libertà della portatrice in ordine ad ogni scelta sanitaria ed alle sue scelte di vita nel corso della gravidanza (con la conseguente possibilità di rifiutare, senza alcuna sanzione giuridica, ogni richiesta dei genitori, anche con riguardo all'eventuale interruzione della gravidanza, anche parziale in caso di gravidanza plurigemellare); il diritto ad interrompere la gravidanza per qualsiasi ragione consentita dall'ordinamento; la permanenza del diritto al compenso già percepito ed al rimborso spese anche in ipotesi di interruzione di gravidanza. In alcune giurisdizioni è previsto che ogni ipotesi di disaccordo o conflitto debba essere risolta in via preliminare da una Autorità pubblica specializzata (salvo ovviamente successivo diritto di ricorrere all'Autorità giudiziaria).

S.6. Status del nascituro

La determinazione di regole certe in ordine allo *status* segue in diverse giurisdizioni secondo la dottrina dell'*intention*, per cui viene riconosciuta: piena efficacia delle manifestazioni di volontà delle parti (portatrice e genitori) con impossibilità di revoca delle stesse sin dall'inizio della gravidanza (dunque possibilità di revoca del consenso solo sino al momento del trasferimento dell'embrione); riconoscimento, per conseguenza, della piena responsabilità dei genitori a prescindere dal numero di nati, dalle loro condizioni di salute, dall'eventuale disabilità, dal genere ecc..., con impossibilità per gli stessi di “rinunciare” alla

genitorialità o di non accettare la custodia del/dei nato/i sin dal momento del parto. Come visto l'accertamento dello *status filiationis* in alcune giurisdizioni avviene già nel corso della gravidanza (dunque precede la nascita, assicurando a tutte le parti certezza già durante il percorso e al momento della nascita) mentre in altre avviene nell'immediatezza dopo il parto.

Per certi versi contraddittoria rispetto alla dottrina dell'*intention* appare invece la previsione in alcune giurisdizioni della possibilità per la portatrice di confermare o revocare il proprio consenso in un periodo finestra successivo al parto.

Il riconoscimento della speciale relazione fra gestante e feto conduce inoltre ad alcune ipotesi *de jure condendo*: previsione del diritto del nato ad accedere ove necessario a tutti i dati sanitari rilevanti della gestante e del suo diritto a conoscere l'identità della portatrice, così da poterla contattare (cd. diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche), diritto che in alcuni casi viene riconosciuto al compimento dei diciotto anni; come già riferito nel testo, previsione del diritto della gestante a *mantenere il diritto di visita e di contatto con il minore*.*

* *Testo rielaborato della relazione tenuta al convegno su “La maternità surrogata Definizione, forme, dimensione sociale, bioetica e giuridica”, organizzato dall’ADMI in Roma, Oratorio del Gonfalone, il 17 marzo 2017.*