

# ACCORDI DI GESTAZIONE PER ALTRI, PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE\*

Giuseppa Palmeri

## Abstract

The contribute develops in three parts: the first one is dedicated to the individuation of those principles and rules that are the base of family law and filiation, with particular attention to what concerns the mechanism of parenthood imputation; the second part is directed to track the reference framework about criteria that has to preside over the fulfillment of the acts about body disposition; the third and last considers the gestation for others in a perspective that relegates the prohibition (actually in force in our set of rules) at the bottom, waiting for the examination of his theoretic admissibility.

The paper, in view of an overall evaluation of the Italian set of rules and of the principles based on the internal and supranational law, reaches the conclusion that would be desirable a re-thinking of the domestic legislator concerning the absolute prohibition of the gestation for others and an opening of the system towards an eventual enlargement of the parental figures, beyond the traditional paradigm, in the view of a declination of maternity, even in a legal level, in a plural way.

The chosen perspective takes account of the complexity of the relationships that establish in the reproductive and the parental paths as well as the asymmetry of gender in the procreative field.

## Keywords

Feminine subjectivity; Self-determination; Procreation; Maternity; Child's interest.

## 1. Premessa metodologica

Il tema della gestazione per altri (d'ora in avanti gpa), delicato e complesso, involge questioni sulle quali si confrontano da tempo i giuristi innanzitutto civilisti, costituzionalisti e internazionalisti<sup>1</sup>. Un tema che ruota intorno alla tutela dei diritti fondamentali, delle

---

\* Il presente contributo è stato oggetto di un referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> Sebbene in dottrina sia tuttora aperto il dibattito in ordine alla indefettibilità del divieto assoluto di gpa sancito nel nostro ordinamento, ancora di recente la Corte costituzionale ha affermato l'elevato grado di disvalore che

relazioni familiari e di filiazione, degli atti di disposizione del corpo.

Ragione questa che induce a sviluppare il presente scritto in tre parti: la prima dedicata all'individuazione dei principi e delle regole che stanno oggi alla base del diritto di famiglia e della filiazione, segnatamente per ciò che concerne i meccanismi di imputazione della genitorialità; la seconda diretta a tracciare il quadro di riferimento in ordine ai criteri che devono presiedere al compimento degli atti di disposizione del corpo; la terza volta a considerare la gpa in una prospettiva che relega sullo sfondo il divieto attualmente vigente nel nostro ordinamento in vista della verifica della sua teorica ammissibilità alla luce dei principi fondanti di diritto interno e sovranazionale, con brevi cenni, per ragioni di spazio, alle ricadute che il compimento di una gpa, effettuata in Paesi in cui è ammessa, produce o può produrre in Italia rispetto alla posizione dei/delle bambini/e nati/e all'estero (e della stessa coppia intenzionale).

Con l'avvertimento iniziale che in questa sede non ci si soffermerà sui diversi tipi di gpa (di sola gestazione omologa o eterologa ovvero di concepimento e gestazione, ad esempio) e sulle differenti opzioni con cui essa può essere attuata (per spirito di solidarietà, dietro compenso, con rimborso delle spese), rinviandosi sul punto alla dottrina che ha efficacemente analizzato questi profili<sup>2</sup>.

---

in Italia riveste la surrogazione di maternità: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2, in *Corr. giur.*, 2018, 4, pag. 446, con nota di G. Ferrando.

Alcuni anni prima la Corte di cassazione aveva qualificato il divieto di pratiche di surrogazione di maternità di ordine pubblico, anche internazionale: Cass, 26 settembre 2014, n. 24001, in *NGCC*, 2015, I, pag. 235, con nota di C. Benanti, "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del nato", *ivi*, pag. 241.

Va tenuto presente che ad accedere alla gestazione per altri, ove consentita, possono essere tanto coppie eterosessuali quanto coppie omosessuali.

Nel dibattito recente v. le riflessioni di M. Gattuso (2017); *Id.* (2017, 271 e ss.); B. Pezzini (2017, 183); S. Niccolai – E. Olivito (cur.) (2017); G. Brunelli (2017, 78); F. Angelini (2017, 31); J. Long (2017, 145); V. Scalisi (2017, 1097); A. Ruggeri e C. Salazar (2017, 1). E ancor prima v.: C. Shalev (1992); I. Corti (2011); G. Cassano (2014); *Id.* (2016); A. Lorenzetti (2004); A. Renda (2015, 415 ss.); P. Zatti (2011, 3 e 61); G. Casaburi (2014); A. Palazzo (2015); M. Di Stefano (2015); M. Di Masi (2015); A. Valongo (2016, 131); S. Stefanelli (2015, 112); A. Madeo (2016, 1088); M. Dell'Utri (2010, 358); P. Zatti (2000, 488); A. Querci (2015, 1142).

<sup>2</sup> V. per tutti, M. Gattuso (2017, 2 e ss. e 15 e ss.); B. Salone (2014, 158); S. Stefanelli (2016); A. Querci (2015, 1146 e ss).

## 2. I criteri di imputazione della genitorialità

La premessa da cui partire è che la scelta di diventare genitori è considerata oggi espressione della libertà di autodeterminazione concernente la sfera privata e familiare (che include il diritto al riconoscimento della decisione di avere o non avere figli ed ancora di diventare genitore genetico ricorrendo a tecniche di pma); scelta protetta al livello costituzionale innanzitutto dagli artt. 2, 3 e 31 oltre che al livello convenzionale (dagli artt. 8, 12 e 14 Cedu nell'interpretazione loro data dalla Corte di Strasburgo) e europeo (arg. da artt. 7 e 9 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza).

Una libertà ampia, il cui esercizio può subire limitazioni soltanto se confliggente con interessi di rango pari o sovraordinato, non altrimenti tutelabili.

In questa cornice di riferimento vanno inseriti i criteri di imputazione della genitorialità e la gpa.

Fatta eccezione per l'istituto dell'adozione modellato, comunque, in Italia sulla falsariga della genitorialità naturale, il superamento della tendenziale unicità del parametro biologico nell'attribuzione della genitorialità, intimamente connesso al presupposto della naturalità della procreazione, è dovuto all'attuarsi di metodiche procreative «artificiali», che aprono la via al livello normativo alla scelta di fondare il rapporto di filiazione a partire dall'assunzione volontaria e consapevole della responsabilità genitoriale.

Le leggi che disciplinano la procreazione medicalmente assistita ricorrono a questo parametro nei casi di inseminazione eterologa e, ove ammessa, di maternità di sostituzione. Il risultato viene realizzato mediante le previsioni dell'anonimato dei donatori, della non assunzione da parte loro di diritti-doveri nei confronti del nato, dell'attribuzione della genitorialità alla coppia (o alla donna single) che ha attivato la metodica, della rinuncia alla maternità legale della madre di gestazione, accompagnata dal consenso del partner o del coniuge (ove esistenti).

Seppure con molte cautele, il criterio della responsabilità genitoriale intenzionale quale elemento di determinazione del correlativo *status* ha trovato ingresso anche nel nostro ordinamento oltre il caso dell'adozione, come attestano la l. 10 dicembre 2012, n. 219 (e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) di riforma della filiazione e la l. 19 febbraio 2004, n. 40 in

materia di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi pma).

Come si è già avuto modo di sottolineare in altra sede, all'interno del nostro sistema i criteri che danno luogo alla costituzione del rapporto di filiazione si sono diversificati nel tempo, nel senso che all'originario parametro basato sul dato naturalistico della procreazione, la cui deviazione veniva ammessa soltanto in funzione dell'adozione dei minori di età in stato di abbandono, si è affiancato, a pari titolo, il criterio dell'assunzione volontaria e consapevole della responsabilità genitoriale, a seguito di un percorso legislativo e interpretativo di diritto interno e sovranazionale, imperniato su alcuni principi cardine, primo fra tutti il migliore interesse del minore. Si pensi, per riprendere gli esempi sopra richiamati, alla l. 40/2004 e alla l. 219/2012 (e al d.lgs. 154/2013).

L'art. 9 l. 40/2004 nel prevedere che nell'ipotesi «di applicazione delle tecniche di tipo eterologo» (vietate nell'impianto originario della legge) «il donatore dei gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», unitamente al divieto per la madre di dichiarare la volontà di non essere nominata e per il coniuge o il convivente di esercitare le azioni volte a eliminare il rapporto di filiazione (rispettivamente l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'allora vigente art. 235 cod. civ., ora art. 243 bis, e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità di cui all'art. 263 cod. civ.), attribuisce la genitorialità alla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, prescindendo dal legame biologico con il nato<sup>3</sup>.

La legge di riforma della filiazione, nel porre una limitazione temporale all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità fissando in cinque anni il termine di prescrizione per il marito e per la madre, permette che l'attribuzione della paternità si cristallizzi anche

---

<sup>3</sup>La previsione dell'art. 9 nasce all'interno di una normativa diretta ad autorizzare esclusivamente le tecniche di procreazione omologa in funzione della risoluzione di problemi di infertilità e sterilità della coppia non altrimenti superabili, con conseguente divieto di ogni altra metodica (eterologa, *post mortem*, di maternità di sostituzione).

Come è noto, l'impianto originario della legge 40/2004 è, però, stato incisivamente modificato dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, da ultimo quello con cui è stata dichiarata l'illegittimità del divieto della procreazione eterologa medicalmente assistita, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o di infertilità assolute ed irreversibili: Corte cost., ord. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, I serie speciale.

ove sia assente una discendenza genetica con il figlio (unico soggetto legittimato ad agire in ogni tempo: artt. 243 bis e ss. cod. civ.)<sup>4</sup>. Il ristretto arco temporale cui sono soggette le azioni dirette alla demolizione dello *status* di filiazione quando esse siano esercitate da soggetti diversi dal figlio evidenzia come l'accertamento della verità biologica non può prescindere dall'apprezzamento dell'interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari, principio sotteso alla riforma del 2012-2013 e da ultimo ribadito dalla Corte costituzionale nella pronuncia 272/2017<sup>5</sup>.

In realtà, il criterio dell'attribuzione della genitorialità sulla base del consenso sembra essere affermato in via generale nella l. 40/2004 in cui all'art. 8 si stabilisce che i nati a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio e di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime. Un automatismo quest'ultimo non consueto in ambito di filiazione fuori dal matrimonio.

L'art. 8 deve, peraltro, essere letto in combinato disposto con l'art. 6 dove, a proposito del consenso informato, si prevede che i soggetti che accedono alle tecniche di pma debbano ricevere un'informazione dettagliata anche sulle relative conseguenze giuridiche.

Pur concordando sulla circostanza evidenziata in dottrina<sup>6</sup> che l. 40/2004 ha inteso riprodurre per imitazione il modello della filiazione naturale, anche se ha assunto come regola di

---

<sup>4</sup> V. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; Cass. 3 aprile 2017, n. 8617, in [www.italgiure.giustizia.it/sncass](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass). V. pure App. Trento, 23 febbraio 2017, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), in cui si legge «la incontrovertibile insussistenza di un legame genetico fra i due minori e il [padre non biologico: nda] (...) non rappresenta un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione accertato dal giudice [straniero: nda], dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondata sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata: l'importanza assunta a livello normativo del concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento giuridico al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite».

In dottrina dalla permanenza per il figlio della imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento si ritiene di potere dedurre la prevalenza accordata dal legislatore alla verità nell'interesse del figlio stesso: così G. Dosi, *Prove genetiche*, in *Lessico di Diritto di famiglia*, 2016.

<sup>5</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.1.1., in *Corr. giur.*, 4/2018, pag. 446 e in *Giur. cost.*, 6/2017, pag. 2970, con commento di S. Niccolai, e poi di A. Schillaci nel fascicolo 1/2018 della medesima rivista.

<sup>6</sup> V. B. Pezzini (2017, 105).

attribuzione della filiazione la progettualità genitoriale (art. 8) dando rilevanza all'intenzione rispetto al contributo genetico nel progetto riproduttivo, la conclusione cui giunge questa dottrina, ossia che dalla l. 40/2004 non riesce ad emergere un terzo modello di filiazione fondato sulla valorizzazione dell'intenzionalità del progetto genitoriale, non sembra pienamente rispondente al dato normativo. Se è vero che la logica della legge, nelle intenzioni più radicate, resta quella dell'imitazione del modello naturale, tuttavia le pieghe del sistema – divenute ancora più esplicite in seguito alla caduta del divieto di fecondazione eterologa ad opera della Corte costituzionale – riflettono lo spostamento dell'ordinamento verso forme di pura genitorialità intenzionale<sup>7</sup>.

In effetti, per quanto la l. 40/2004 regoli la vicenda procreativa «non naturale», peraltro tendenzialmente in funzione esclusiva del superamento della sterilità, e malgrado la devozione al paradigma tradizionale di famiglia (eterosessuale e monogamica) conduca il legislatore ad offuscare il momento della «non naturalità» ricalcando «lo schema di costituzione del rapporto genitori-figli [...] sul canone della imitatio naturae» (M.C. Venuti 2018, 92), tuttavia il criterio prescelto finisce per essere saldamente legato all'elemento intenzionale. La l. 40/2004 accentua marcatamente tale profilo rispetto a quello genetico-biologico, dando vita ad una genitorialità connotata dal tratto della volontarietà, che si aggiunge a quella fondata sul criterio della derivazione genetica-biologica di cui al codice civile<sup>8</sup>.

L'elemento volontaristico era insito pure nelle pieghe della disciplina codicistica, specie nell'ipotesi di filiazione fuori dal matrimonio in cui l'assunzione della genitorialità era, e continua a essere, legata all'atto di riconoscimento, ponendosi il problema della sua imputazione attraverso un differente criterio soltanto in assenza di esso. Come è noto, in quest'ultimo caso l'attribuzione giudiziale della paternità si fonda sulla corrispondenza

---

<sup>7</sup> In questo senso v. M. Gattuso (2017, 260 e ss).

<sup>8</sup> In questo senso da ultimo Trib. Bologna, decr. 6 luglio 2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), dove si afferma che la l. 40/2004 individua quale criterio di attribuzione dello status di figlio il consenso manifestato dai genitori nel momento in cui ricorrono alle tecniche di pma, prescindendo del tutto dal dato genetico. Il consenso è l'elemento assolutamente prevalente rispetto sia al dato genetico-biologico che gestazionale (v. punto 2Aa della motivazione).

Analogamente App. Napoli, 4 luglio 2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it).

genetica tra padre e figlio, mentre nel caso della maternità è data (prioritariamente) dalla dimostrazione dell'identità di chi si pretende essere figlio con colui che è stato partorito dalla donna che si assume esserne la madre. In questo senso si orienta l'art. 269 cod. civ., norma riletta oggi alla luce delle nuove prospettive aperte dalle tecniche mediche di procreazione (v. infra sub § 7, lett. b).

Nella direzione della preminente rilevanza dell'elemento volontaristico rispetto all'assunzione della responsabilità genitoriale si muovono pure le discipline che prevedono il diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, comma 1, dpr 396/2000)<sup>9</sup> e del/i genitore/i di chiedere termine per provvedere al riconoscimento prima che possa essere avviata la procedura abbreviata per l'adozione del figlio (art. 11, comma 2, l. adoz.).

D'altra parte, con riguardo alle azioni di stato la stessa giurisprudenza si è progressivamente allontanata dal *favor veritatis* in funzione della massima protezione dell'interesse del minore al mantenimento della propria identità, in qualunque modo acquisita, come attesta da ultimo la sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità<sup>10</sup>. In questa prospettiva deve pure leggersi

---

<sup>9</sup> Come è noto i giudici delle leggi hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. adoz. nella parte in cui non prevede un procedimento in grado di individuare e convocare la madre biologica al fine di verificare la sua persistente volontà di rimanere anonima dopo la scelta effettuata al momento del parto, qualora il figlio abbia proposto istanza per conoscere le proprie origini: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in Foro it., 2014, I, c. 4, con nota di Casaburi, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*.

Con riguardo al parto anonimo v. pure Corte Edu 25 settembre 2012, ric. 33783/09 Godelli v. Italia, in giustizia.it; Cass., sez. unite, 25 gennaio 2017, n. 1946, in Foro it., 2017, I, c. 477, con nota di Lipari, ove, per effetto della sentenza della Corte costituzionale 278/2013 viene affermato il principio secondo cui, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non essere nominata ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, con modalità procedimentali tratte dal quadro normativo e dal principio enunciato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

<sup>10</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., in cui si reputa non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 263 cod. civ. in base alla considerazione che il giudice nel corso dell'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio non matrimoniale – eccettuato il caso di azione esercitata direttamente da quest'ultimo – deve tenere conto dell'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*. Nella pronuncia, come si è detto, la Consulta ribadisce l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di

quell'orientamento interpretativo che non ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità esercitata da chi lo ha effettuato nella consapevolezza della sua non corrispondenza al vero (c.d. riconoscimento di compiacenza)<sup>11</sup>.

## 2.1. Segue. La rilevanza dell'elemento intenzionale

Il contesto «naturale» in cui il rapporto di filiazione è specificamente fondato sull'elemento volontaristico, prescindendo dall'esistenza di legami genetico-biologici tra genitori e figli, è quello dell'adozione, tanto della c.d. adozione piena (arg. da art. 27 l. 184/1983) quanto dell'adozione in casi particolari (art. 44). Quest'ultima disposizione, funzionale all'attuazione dell'interesse del minore alla formalizzazione dei legami affettivi instaurati con le persone che in concreto si prendono cura di lui, apre ad una vasta gamma di possibili «situazioni genitoriali», consentendo l'instaurazione di un rapporto di filiazione non soltanto in assenza di matrimonio ma pure a favore di una persona single ed oggi anche di una coppia omosessuale<sup>12</sup>.

Nell'ambito dell'istituto dell'adozione dei minori di età una specifica rilevanza riveste infatti l'art. 44, comma 1, lett. b), della l. 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozione in casi particolari del minore da parte del coniuge del genitore (genetico o adottivo) e lett. d) in caso di constatata impossibilità di affidamento preadottivo, disposizione questa, come è noto,

---

maternità (v. punto 4.2), indicandolo quale fattore ulteriore da tenere presente nella valutazione dell'interesse del minore, nel contemperamento di questo interesse con l'interesse pubblico alla verità. Per un primo commento, critico rispetto a tale ultimo profilo, v. G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in Corr. giur., 4/2018, pag. 449.

<sup>11</sup> In sede di merito cfr. Trib. Napoli, 11 aprile 2013, in Foro it., 2013, I, 2040; Trib. Roma, 10 ottobre 2012, in NGCC, 2013, I, pag. 349, con nota di G. Stanzione; Trib. Bologna, 18 febbraio 2010, in Contr. impr. 2010, pag. 547 con nota di F. Galgano; Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in Giur. it., 2009, 10/2009, pag. 2205, con nota di V. Carbone. Queste decisioni si discostano dal differente orientamento tradizionalmente seguito dalla Corte di cassazione volto a privilegiare il fattore verità rispetto all'interesse del figlio alla conservazione dello status conseguito per effetto di un atto consapevole di auto-responsabilità posto in essere dall'autore del riconoscimento.

<sup>12</sup> In questo senso si è orientata la giurisprudenza, facendo leva sui margini di elasticità dell'istituto per dare certezza e garanzia allo *status* di figlio del minore nato nell'ambito di famiglie omogenitoriali, specie in presenza di certificati di nascita rilasciati all'estero di cui si è chiesta la trascrizione in Italia, relativi a rapporti costituiti in forza di istituti non conosciuti o non ammessi nel nostro ordinamento giuridico.



invocata dalla dottrina e utilizzata dalla giurisprudenza per stabilire legami giuridici con il figlio biologico del partner della coppia *same-sex*. Alla lett. d) dell'art. 44 l. adoz. sembra rinviare lo stesso legislatore nella l. 76/2016 quando al comma 20 dell'art. 1, pur escludendo l'applicabilità all'unione civile delle disposizioni della legge sull'adozione, mantiene fermo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Con riferimento all'art. 44 l. adoz. si è osservato come a voler trovare un dato unificante che abbracci tutte le ipotesi contemplate, esso sarebbe da rinvenire non «nella situazione (negativa) di “carezza” di cure, ma in quella (positiva) di esistenza di relazioni significative già vissute in una dimensione familiare»<sup>13</sup>.

Al livello interpretativo si è, dunque, abbandonata l'anacronistica ricostruzione che mira a legare la responsabilità genitoriale esclusivamente al dato della generazione, certamente rilevante ma non esaustivo, mettendosi nitidamente in luce come lo stato giuridico dei figli non dipenda soltanto dalla verità biologica, ma sia legato anche a fattori sociali di responsabilità. Al riguardo si è ben puntualizzato che «all'unicità dello stato di figlio corrisponde una pluralità di “titoli” della filiazione: la generazione, l'adozione, l'assunzione di responsabilità verso il nato»<sup>14</sup>; pluralità di titoli riconosciuta dallo stesso legislatore.

Preme in questa sede rilevare come una questione risalente nel nostro ordinamento verte sulla presunta indisponibilità degli stati familiari, quale limite di ordine pubblico all'estensione dei poteri di autonomia privata, a lungo ribadita in sede interpretativa<sup>15</sup>. Tuttavia, una smentita in ordine all'asserita non incidenza dell'autonomia privata sulle scelte di natura esistenziale inerenti agli stati familiari sembra provenire dallo stesso legislatore nella l. 10 novembre 2014, n. 162 in materia di misure di negoziazione assistita e di semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio e nella l. 6 maggio 2015, n. 55 di modifica della normativa sullo scioglimento del matrimonio in vista di una riduzione significativa dei tempi

---

<sup>13</sup> G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in NGCC, 2/2017, pag. 174.

<sup>14</sup> Ancora G. Ferrando (2015, 260).

<sup>15</sup> In questo senso sono emblematici il dibattito che in epoca risalente ha riguardato la (in)validità degli accordi in vista del divorzio e l'orientamento monolitico tradizionalmente assunto in proposito dalla giurisprudenza.

per la proposizione della relativa domanda<sup>16</sup>.

In attuazione del dogma dell'intangibilità negoziale degli stati familiari la relazione genitoriale, per molto tempo, è stata incentrata sulla discendenza genetica, piuttosto che sulla, e indipendentemente dalla, assunzione di responsabilità connessa a un progetto procreativo e di cura collegato alla nascita di un bambino. Per quanto l'espandersi del sistema di protezione dell'infanzia – anche alla luce dell'emanazione di numerosi testi sovranazionali – abbia condotto gli ordinamenti ad accogliere quale principio guida in ambito di filiazione la responsabilità procreativa, la tendenza è rimasta quella di mantenere fortemente ancorato sotto il controllo dello Stato il momento costitutivo del vincolo, relegando sullo sfondo, e talvolta ignorando, il ruolo dell'autodeterminazione rispetto al processo procreativo.

I casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza evidenziano questa contrapposizione e le aporie di un sistema che nel professare la tutela forte dei diritti fondamentali della persona si irrigidisce di fronte a taluni atti o pratiche, al punto da sottovalutare, non adeguatamente considerare o persino violare interessi pienamente meritevoli di protezione perché espressivi di principi fondanti della convivenza civile e dell'impianto costituzionale, quali sono, ad esempio, quelli sottostanti al diritto di avere una famiglia, all'aspirazione alla genitorialità, alla libertà di autodeterminazione nella sfera privata e familiare, al mantenimento delle relazioni affettive di fatto, la cui soglia di tutela in concreto finisce per dipendere dal punto di bilanciamento di volta in volta raggiunto in sede applicativa.

Pur se non è possibile per ragioni di spazio approfondire il profilo della connotazione in termini di diritti fondamentali della genitorialità e della libertà di costituire una famiglia, quali momenti di realizzazione della persona, indipendentemente dalla forma familiare prescelta, dall'identità di genere e dall'orientamento sessuale, già alla luce delle scarse

---

<sup>16</sup> In base alle modifiche apportate dall'art. 1 della l. 55/2015, *Disposizioni in materia di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*, per la proposizione della domanda di divorzio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione giudiziale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato o dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. L'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta.

considerazioni sin qui svolte può constatarsi come dai principi fondamentali attualmente vigenti nel nostro ordinamento giuridico non può trarsi un divieto assoluto all'ammissibilità della gpa.

### 3. Gli atti di disposizione del corpo

Così come si è a lungo discusso della portata dell'autonomia privata con riguardo agli stati familiari, allo stesso modo la dialettica tra (in)disponibilità del corpo e autodeterminazione è stata oggetto di attenzione tra gli interpreti che per molto tempo hanno indagato il tema del rapporto tra la persona e il suo corpo.

Come è noto, il codice civile del 1942 prende in considerazione questa relazione da due punti di vista: da una parte, tutelando l'integrità fisica del soggetto dalle lesioni provenienti da terzi nel quadro della disciplina della responsabilità civile; dall'altra, vietando gli atti di disposizione del corpo quando determinino una diminuzione permanente della integrità fisica o siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 5 c.c.).

Nel sistema codicistico, imperniato sulle relazioni di natura patrimoniale, l'art. 5 prende in considerazione la persona nel rapporto con il proprio corpo, dando rilevanza alla volontà del singolo per scopi determinati e entro limiti precisi.

L'evoluzione scientifica, in particolare la possibilità di effettuare trapianti di organi tra viventi sollecitava, infatti, una specifica attenzione rispetto al tema degli atti di disposizione del corpo, specie in seguito al dibattito apertosi negli anni Trenta riguardante la controversia sorta in giurisprudenza della cessione a titolo oneroso di una ghiandola sessuale maschile (a scopo di trapianto) che aveva mostrato la rilevanza delle questioni implicate e sollecitato l'attenzione del legislatore.

A un primo progetto di impronta liberale (ove erano permessi gli atti che importavano un pregiudizio sul proprio corpo purché non in contrasto con la legge e la morale: art. 6 del Progetto preliminare del codice civile) ha fatto seguito la restrittiva formulazione dell'art. 5 c.c., più aderente alle istanze autoritarie dell'ordinamento corporativo. In questo contesto in cui sulla libertà del singolo prevalgono gli interessi della collettività e dello Stato erano

consentiti soltanto quegli atti che corrispondevano a modelli e a comportamenti predeterminati in via autoritativa.

L'entrata in vigore della Costituzione, imponendo una rilettura dell'art. 5 cod. civ., diviene uno snodo importante nella ricostruzione del sistema delle regole che devono presiedere agli atti di disposizione del corpo.

Alla luce delle norme costituzionali e dei principi in essa formulati di libertà, autodeterminazione e solidarietà (artt. 2 e 13 Cost.) la maggioranza degli interpreti, facendo leva sul valore fondante della dignità della persona (artt. 32, 36, 41 Cost. e poi art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ritiene superato il carattere d'indisponibilità dell'integrità fisica espresso nell'art. 5 cod. civ., così come originariamente inteso.

Il corpo viene considerato quale elemento inscindibile della persona fisica guardata nella sua unità e nella sua rappresentazione esteriore nel rapporto con gli altri<sup>17</sup>.

Oggi, sono ammessi atti che comportano una diminuzione permanente della fisicità purché espressivi di solidarietà sociale (la donazione del rene e di parti di fegato da vivente: l. 458/1967 e l. 483/1999), ovvero in quanto momenti di manifestazione della tutela della salute e dell'identità della persona o di attuazione di scelte procreative libere e responsabili (il cambiamento di sesso attuato anche attraverso il ricorso a interventi chirurgici di tipo demolitivo e ricostruttivo: l. 164/1982; la sterilizzazione volontaria, ad esempio).

Peraltro, l'estensione agli atti di disposizione del corpo dei limiti posti in via generale per i negozi a contenuto patrimoniale – la non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (arg. da artt. 5 e 1343 c.c.) – permette di (ri)modulare i concetti di illiceità e immoralità sulla base innanzitutto dei principi costituzionali.

La consapevolezza che le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume rappresentano parametri mutevoli e storicamente determinati, il cui significato va verificato in base all'assetto sociale di volta in volta riflesso nell'ordinamento giuridico, fa sì che siano

---

<sup>17</sup> Questa nuova visione del corpo conduce al superamento della logica proprietaria, tesa a considerarlo come una *res*, che per lungo ha intriso le trattazioni in tema di atti di disposizione del corpo.

attualmente considerati illeciti perché lesivi dell'ordine pubblico gli atti che obbligano la persona a comportamenti contrari ai principi fondamentali di dignità e di libertà e che la valutazione di immoralità, in passato legata principalmente alla sfera sessuale (prostituzione), venga ora riferita prevalentemente al carattere oneroso, cioè compiuto dietro corrispettivo, dell'atto di disposizione (v. in particolare l'art. 3, 2° co., della Carta di Nizza).

In dottrina si è messo in evidenza come risultino oggi superati i «due pilastri concettuali che un tempo sorreggevano l'art. 5 cod. civ., ossia a) il corpo visto come elemento esterno alla persona ed oggetto di un diritto a contenuto anche patrimoniale; b) il controllo sulla sua disposizione inteso come funzionale alla tutela di interessi sovraordinati dello Stato.

Le parole chiave del “moderno” statuto giuridico del corpo umano sono divenute quelle di autodeterminazione e gratuità»<sup>18</sup>.

Malgrado la correttezza di una simile constatazione deve rilevarsi come in Italia il processo di affermazione dei diritti della personalità, seppure contrassegnato dal progressivo riconoscimento di ampi spazi di operatività dell'autonomia privata, è stato condizionato da una dialettica che sovente ha privilegiato il momento del divieto e del limite rispetto a quello della libertà, specialmente con riguardo ad ambiti, quali la sessualità o l'inizio e la fine della vita, più intimamente connessi alla sfera della coscienza individuale.

Dialettica che induce, ancora in tempi recenti, a fare prevalere il momento del controllo e della coercizione sul corpo rispetto al diritto di autodeterminazione, attraverso il recupero di una sorta di etica di Stato che mira a circoscrivere gli spazi di apprezzamento del singolo, demandando integralmente all'ordinamento l'individuazione della portata e del contenuto di alcuni valori «prioritari» da preservare nell'interesse della società.

Al riguardo è sufficiente un solo esempio riguardante ancora una volta la l. 40/2004 e il complesso iter, anche parlamentare, che ha portato alla sua approvazione; una legge che, discostandosi dai risultati raggiunti al livello europeo ed anche al livello interpretativo interno, nella sua originaria formulazione ammetteva soltanto la tecnica dell'inseminazione artificiale omologa, circoscritta alle «coppie di maggiorenne di sesso diverso, coniugate o

---

<sup>18</sup> G. Resta (2011, 844).

conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5). Come si è già osservato, l'impianto proibitivo e sanzionatorio delle sue disposizioni è stato smussato, o meglio fortemente ridimensionato, dai numerosi interventi della Corte costituzionale.

Acquisita la consapevolezza che il principio di indisponibilità dei diritti della personalità viene a risolversi in una contraddizione e in un ostacolo al pieno e libero sviluppo della persona, non compatibile con i valori e i principi sanciti dal legislatore costituente e non giustificato dalla protezione di interessi di pari rango, l'attenzione degli interpreti si è ben presto focalizzata sui limiti opponibili al potere di autodeterminazione, coagulati oggi nel rispetto della dignità della persona, quale valore centrale nella nostra Costituzione e principio fondante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La dignità diviene il parametro di valutazione della liceità e ammissibilità di atti, pratiche e relazioni che chiamano in causa la persona, la sfera della sua affettività.

Nel rispetto di questo limite invalicabile, si registra l'apertura – nella prassi e in sede interpretativa – verso spazi sempre più ampi di autodeterminazione, alla quale, però, sempre più di frequente si accompagnano in sede legislativa momenti di diniego e preclusione di pratiche consentite dallo sviluppo tecnologico, in nome, lo si ripete, di una dignità individuale, il cui apprezzamento è rimesso al terzo (lo stesso legislatore, come accade nella pma).

Se volessimo individuare, senza tracciare il percorso sistematico di riferimento, i principi che pacificamente si ritiene debbano presiedere al compimento di atti di disposizione del corpo potremmo affermare che essi si identificano nella gratuità, autodeterminazione e affidamento che fungono da specifica garanzia della riconoscibilità dell'atto, della libertà e consapevolezza del consenso (che richiede una puntuale informazione) e della tendenziale revocabilità della volontà sino all'ultimo momento utile.

Principi questi affermati pure in ambito sovranazionale dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997 (ratificata in Italia con la l. 145/2001: c.d. Convenzione di Oviedo) e dalla Carta di Nizza.

### 3.1. Segue. Il corpo tra autodeterminazione e coercizione: la donna e la sfera procreativa

Con riguardo agli atti di disposizione del corpo, la dottrina più sensibile ha sottolineato come risulti difficile tracciare un unico, indistinto «statuto del corpo», prospettandosi rilevanti differenze, anche di disciplina, a seconda che si guardi al corpo della donna e a quello dell'uomo, al corpo delle persone capaci e di quelle incapaci, al corpo vivo e a quello morto, al corpo sano e a quello malato<sup>19</sup>.

Nel presente scritto l'attenzione si soffermerà sulla prima di queste distinzioni, a partire da una considerazione generale significativa per il giurista civilista. La nozione di capacità delineata nel codice civile del 1942, nella dicotomia tra capacità giuridica e di agire, complementare a quella di soggettività, presuppone l'idea di un individuo razionale e ragionevole, capace di rivendicare e azionare i propri diritti (individuo in realtà coincidente con l'uomo adulto). Idea questa che rispecchia gli assetti di potere all'interno della società all'epoca della codificazione, tanto che per un lungo periodo di tempo di questa soggettività non ha beneficiato la donna, relegata ai margini della rilevanza giuridica.

La tenuta di un sistema così congegnato inizia ad incrinarsi, se non a scardinarsi, quando entra in gioco la soggettività femminile e viene in rilievo il corpo delle donne, perché a partire da questo momento viene messa in discussione l'idea del soggetto neutro e astratto ed emerge una soggettività differenziata, storicamente situata, in relazione con altre e con altri.

Sul versante dei diritti individuali l'attenzione sulla libertà femminile si traduce nel diritto di autodeterminazione della donna sulla propria esistenza, sul proprio corpo e dunque anche sul processo procreativo rispetto al quale è evidente l'irriducibilità della differenza tra i sessi. Le questioni in tema di procreazione assistita prima e dopo la l. 40/2004 si insinuano lungo un percorso che passa dalla contraccezione e quindi dalla scissione della sessualità dalla riproduzione, alla depenalizzazione dell'aborto, alla maternità responsabile.

Gli ambiti in cui la soggettività femminile provoca un aspro conflitto di senso – come la riproduzione – sono subito apparsi difficilmente decidibili secondo i paradigmi di norme che, formalmente generali e astratte, sono state invece pensate e formulate a misura di un soggetto

---

<sup>19</sup> Cfr. S. Rodotà (2006, 80 ss.); Id- (2011, 54), ove si rinviene una ben più ampia tassonomia.

nelle cui caratteristiche le donne non si riconoscono, dando luogo a conflitti la cui soluzione è stata spesso affidata alla giurisprudenza.

La riappropriazione da parte delle donne del proprio corpo e della propria persona e la conquista di un ampio potere di autodeterminazione sulle scelte di vita si riflettono in maniera dirompente proprio in ambito familiare e si scontrano con soluzioni legislative anche relativamente recenti che, come è stato opportunamente osservato, guardano ancora al corpo della donna come luogo pubblico su cui legiferare e sul quale esercitare un forte potere di «disciplinamento»<sup>20</sup>.

D'altra parte il rapporto tra esperienza femminile e diritto è sempre stato piuttosto problematico.

Tutti gli ordinamenti giuridici, specie negli ultimi decenni, sono stati attraversati da tensioni e modificazioni provenienti da grandi fattori di mutamento sociale, tra cui quelli derivanti dalla soggettività femminile, capaci di incidere in maniera dirompente sulle dinamiche inerenti alla famiglia, al corpo, al lavoro, alle differenze culturali<sup>21</sup>.

Come si è accennato, la tematica della corporeità, specie negli ultimi anni, non soltanto ha fatto implodere la nozione di soggettività giuridica e messo in discussione lo stesso paradigma dell'uguaglianza, ma è divenuta il fulcro di molte questioni di bioetica.

Tra queste, cruciale resta quella dell'autodeterminazione.

Particolarmente contrastato è, infatti, il concetto di autodeterminazione riproduttiva, inteso come riconoscimento di una posizione singolare, unica, della donna in relazione alle scelte procreative. Le normative sull'aborto che si sono andate formando in tutto il mondo e che riconoscono, seppure in modo diverso, l'autodeterminazione femminile, vengono periodicamente rimesse in discussione. Si tende, inoltre, a negare l'autodeterminazione in materia di riproduzione assistita, e ciò in maniera radicale come è avvenuto in Italia nel corso

---

<sup>20</sup> S. Rodotà (2012, posiz. 1830 e-book).

<sup>21</sup> Pur se non è possibile in questa sede soffermarsi ad analizzare i singoli contesti, è sufficiente notare come la specificità femminile abbia immediate ricadute sul modo di atteggiarsi delle relazioni sociali e del diritto con riguardo all'uso del corpo, all'organizzazione della famiglia e del lavoro, anche in ragione dell'identità culturale di riferimento della donna (si pensi alle questioni insorte in conseguenza della poligamia, delle mutilazioni genitali femminili, dell'uso del velo).



del dibattito parlamentare sulla l. 40/2004, ovvero in relazione ad alcune metodiche più problematiche (quali ad esempio la fecondazione *post mortem*, la gpa), o a decisioni delicate come la scelta sulla sorte degli embrioni c.d. soprannumerari.

L'apparente neutralità del diritto confligge con la specificità femminile che conduce le donne a rivendicare (e in taluni casi ad avere riconosciuto) un ruolo differente rispetto a quello dell'uomo nella realizzazione (o non realizzazione) del processo procreativo e nell'esercizio del diritto ad una maternità cosciente e responsabile.

L'impossibilità dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alla donna sola e il divieto assoluto della gpa sono esempi evidenti della compressione, ancora attuale nel nostro ordinamento, dell'autodeterminazione femminile in campo riproduttivo, a tutela della quale è, però, intervenuta la Corte costituzionale anche con riferimento alla l. 40/2004<sup>22</sup>.

La normativa pensata dal legislatore con riguardo alla pma mette in evidenza, ancora una volta, la criticità di un sistema quale quello italiano che stenta a dare piena visibilità giuridica al «predominio» femminile in ambito procreativo e a prendere atto della necessità di guardare con occhi nuovi, e non condizionati da categorie e pregiudizi vecchi, alle potenzialità aperte dalla scienza e dalla medicina in campo procreativo al fine di individuare strumenti, regole, criteri inediti con i quali affrontare le nuove forme in cui si manifesta la genitorialità, nella consapevolezza che, nel rispetto di alcune garanzie essenziali, condotte sinora vietate possono essere ammesse in quanto rispondenti alle nuove dinamiche sociali e agli emergenti interessi di natura personalissima che connotano la vita delle persone.

---

<sup>22</sup> Si ricorda l'intervento della Consulta con cui è stata ritenuta illegittima la previsione della l. 40/2004 (art. 14, commi 1 e 2) che impone un unico e contemporaneo impianto degli embrioni, di numero non superiore a tre, senza prendere in considerazione la volontà della donna e l'eventuale pregiudizio per la sua salute: così Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

Altro ambito in cui la specificità femminile nella vicenda procreativa ha ottenuto il riconoscimento dei giudici delle leggi è quello dell'interruzione volontaria della gravidanza: così Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27 in [giuricost.org](http://giuricost.org).

#### 4. Processo riproduttivo e gravidanza

Prima di provare a svolgere qualche considerazione sui profili maggiormente problematici della gpa, non possono non mettersi immediatamente in luce il ruolo essenziale svolto dall'esperienza della gravidanza nella vita della donna e nella vita del/la nato/a, il rilievo della figura femminile della madre biologica e il ruolo asimmetrico che connota il processo riproduttivo per ciò che concerne donne e uomini<sup>23</sup>. Una relazione, quella che si sviluppa nei nove mesi di gravidanza, unica, assolutamente originale, nel corso della quale vi è un'intensa interazione/fusione delle due dimensioni che la connotano: quella femminile della madre e quella della persona in formazione. Una relazione che tuttavia coinvolge anche altri soggetti, innanzitutto il padre o, se guardiamo alle nuove tecniche, i futuri genitori intenzionali.

Proprio l'elemento fondante del processo riproduttivo, ossia la gravidanza, mette in evidenza la difficoltà, se non l'impossibilità, di assimilare o comunque accostare la gpa ad una forma più complessa di fecondazione eterologa, come invece in talune occasione tendono a fare dottrina e giurisprudenza<sup>24</sup>. Questa considerazione deve condurre a riflettere sulle regole da enucleare al fine di dare delle risposte che tengano conto dell'esperienza relazionale che sta alla base di un progetto che è insieme riproduttivo e genitoriale, che utilizza il ricorso alla tecnologia e che vede partecipi più soggetti non necessariamente tutti coinvolti contemporaneamente sia nel progetto riproduttivo che in quello genitoriale. Soggetti che però sono sin dall'inizio in relazione tra loro; relazione/interazione che non può essere ignorata dal diritto e che non può neppure sparire, divenire non visibile agli occhi dell'ordinamento giuridico e della specifica realtà sociale-familiare considerata.

---

<sup>23</sup> Sul punto v. le considerazioni svolte da B. Pezzini (2017, 195 e ss).

<sup>24</sup> Così, ad esempio, G. Baldini (2012, 29); V. Scalisi (2017, 1098). Per B. Salone (2014, 158), la maternità surrogata dal punto di vista fenomenico rappresenta una fattispecie composita che coniuga due momenti: quello della fecondazione artificiale con quello della «*locatio ventris*». Per la sua peculiarità la gpa assume una rilevanza autonoma, ragione che – secondo l'Autore – rende assai dubbia, in caso di violazione del divieto, l'estensione in via analogica delle soluzioni dettate dalla l. 40/2004 nei casi di fecondazione omologa o eterologa per l'attribuzione della maternità e per l'esercizio delle azioni di stato.

In sede interpretativa si è puntualmente rilevato come nella gpa si abbia una scissione tra progetto riproduttivo e genitoriale, progetti tuttavia tra loro integrati nel senso che l'assunzione del percorso di gravidanza nasce a partire da un percorso di altri di tipo genitoriale. La donna si determina in ragione dell'esistenza di un progetto genitoriale altrui, perché sa che ci sono altre persone che intendono prendersi cura del/la bambino/a che nascerà.

La messa a disposizione della propria persona non si esaurisce in un unico atto ma si sviluppa in diverse attività coordinate verso un unico fine, costituito dalla gpa che, quindi, si connota come atto di destinazione, realizzato in funzione dell'interesse altrui; l'esistenza di destinatari finali e di uno scopo finale sono gli elementi caratterizzanti la fattispecie<sup>25</sup>.

Volere inquadrare una simile situazione in una delle categorie tradizionali della civilistica italiana risulta estremamente difficile. Del tutto inadeguato è lo schema del contratto, qualsiasi sia il tipo di riferimento evocato dagli interpreti (donazione, prestazione d'opera, locazione, vendita), del tutto inadeguati sono i principi che regolano i rapporti di natura mercantile. Ma pure le figure consuete del diritto di famiglia non si prestano ad essere richiamate per la definizione delle relazioni che trovano fondamento nella gpa. In un simile contesto, ciò che può e deve farsi è individuare i principi, i valori, le regole, i criteri che possono orientare l'interprete in un momento, qual è quello attuale, in cui a causa del divieto espresso nella l. 40/2004 l'Italia è chiamata a confrontarsi con casi di gpa realizzati all'estero e conseguenti richieste di riconoscimento/trascrizione dei certificati di nascita rilasciati dallo Stato straniero; principi e regole che, in prospettiva futura, potranno orientare il legislatore laddove ritenga di ripensare al divieto sancito nella legge sulla pma.

Sotto questo profilo deve osservarsi, come si è provato a dimostrare nella parte introduttiva di questo scritto che, in linea astratta (stante l'attuale divieto), l'accordo di gpa può considerarsi espressione di interessi meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico – i diritti di costituire una famiglia e alla bigenitorialità, l'aspirazione a divenire genitori ove possibile anche genetici, il diritto al rispetto della vita privata e familiare – tutte

---

<sup>25</sup> In questi termini si esprime M.C. Venuti (2002, 265).

le volte in cui l'assetto di interessi in concreto configurato sia in grado di garantire adeguatamente la posizione delle parti coinvolte nella relazione, i loro diritti e le loro libertà fondamentali. Al contempo deve ritenersi, sempre alla luce delle considerazioni svolte e del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, che un'intesa di questo genere (attualmente giudicata illecita dal legislatore) non può però in sé considerarsi contraria all'ordine pubblico e al buon costume, così come oggi rispettivamente intesi, ossia quali regole e principi indefettibili dell'ordinamento giuridico e quali valori etici diffusi e condivisi nella realtà sociale nazionale ed europea, quando il modo in cui tale intesa è congegnata rispetta i criteri cui devono essere improntati nel nostro sistema giuridico gli atti di disposizione del corpo e garantisce la salvaguardia del migliore interesse del minore.

#### 4.1. Le questioni maggiormente problematiche in tema di gpa

Nel tentativo di delineare qualche possibile percorso interpretativo sembra opportuno, per maggiore semplicità espositiva, individuare innanzitutto le questioni maggiormente problematiche, che possono così riassumersi:

- a) ruolo della madre biologica, questione, questa, che investe il tema della scelta di divenire madre biologica per altri, dei possibili momenti di interazione/conflitto tra la madre biologica e la coppia intenzionale, dei presupposti in presenza dei quali l'accordo è meritevole di riconoscimento e tutela;
- b) rilevanza della partecipazione (genetica) dei genitori intenzionali;
- c) interesse del minore, profilo che per ragioni di spazio verrà in questa sede sinteticamente affrontato, anche perché oggetto di grande attenzione da parte degli interpreti e di numerose note decisioni della giurisprudenza, tendenzialmente sempre più omogenee e aderenti ai principi costituzionali.

a) Come si è avuto modo di mettere in rilievo nella precedente parte volta alla ricostruzione, per quanto rapida, dei criteri che devono stare alla base degli atti di disposizione del corpo alla luce del sistema dei valori in materia di persona e diritti fondamentali – e che possono riassumersi nei caratteri della libertà, integrità, spontaneità e piena consapevolezza del

consenso, gratuità, nonché conformità ai principi di autodeterminazione, dignità e solidarietà – la premessa da cui partire, anche nel caso di gpa, è che in presenza di una manifestazione di volontà pienamente libera e consapevole che riguardi il proprio corpo e che sia rispettosa dei valori e principi sopra richiamati, l'atto dispositivo deve essere consentito se non entra in conflitto con interessi di rango costituzionale indefettibili; cosa che non accade nell'ipotesi in esame non potendosi considerare il divieto contenuto nella l. 40/2004 costituzionalmente obbligato, essendo, al contrario, frutto di una scelta, fra diverse opzioni possibili, di politica del diritto del legislatore ordinario<sup>26</sup>.

Un volere non dipendente da nessun elemento, innanzitutto di natura economico-mercantile, è la prima condizione per attribuire visibilità giuridica ad una scelta che si configura come espressione del potere di autodeterminazione della persona; una scelta solidale che si caratterizza per interagire con un progetto più ampio, ossia quello legato all'assunzione della genitorialità da parte di soggetti diversi dalla donna che intende farsi carico della gestazione. Una progettualità, quella procreativa, voluta e condivisa con altre/altri che manifestano la volontà, anche in questo caso libera e consapevole, inerente ad una determinazione pure essenziale, ossia divenire genitori, in un sistema in cui oggi è possibile scindere nettamente i due profili. Il primo, quello procreativo, che comunque resta di dominio esclusivo della donna; il secondo quello genitoriale che può riguardare un uomo e una donna, una coppia di persone dello stesso sesso (generalmente maschile) ovvero, in astratto, anche la sfera di una persona sola che decide di attivare un percorso genitoriale mediante la collaborazione di una madre biologica.

Escludere a priori, attraverso divieti e sanzioni, la rilevanza della volontà della madre di gestazione trincerandosi dietro l'obiezione che la gpa sarebbe espressione dello sfruttamento della donna e della riduzione del corpo femminile ad una mera incubatrice o ancora che porrebbe al centro della riproduzione la trasmissione del legame genetico sulla falsariga di

---

<sup>26</sup> Sul punto v. in giurisprudenza Cass., 30 settembre 2016, n. 19588, in NGCC, 3/2017, pag. 372, con commento di G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, ivi, pag. 362.

V. pure Trib. Agrigento, 12 aprile 2017, n. 6892, in Articolo29.it.

posizioni e valori tipicamente maschili<sup>27</sup>, è un modo per negare in via generale la capacità di autodeterminazione femminile, che tradisce, ancora una volta, una visione paternalistica ed autoritaria diretta al controllo sul corpo della donna, considerata non in grado di scegliere in maniera consapevole il percorso da intraprendere, gli atti da porre, le relazioni da instaurare. Una concezione che in epoca non troppo distante da quella attuale ha condotto ad affidare ad altri i compiti di salvaguardia e a situare ai margini dell'ordinamento giuridico la donna in quanto soggetto fragile e vulnerabile; una valutazione, quella di debolezza, discendente da una visione maschile dei rapporti ed escludente, di sotto-ordinazione del sesso femminile, resa in origine possibile dall'impianto civilistico profondamente discriminatorio delle relazioni tra donne e uomini.

Escludere a priori che la gpa possa essere il risultato di una assunzione di volontà ponderata e pienamente consapevole, espressione della libertà della donna non più soggetta ad un potere esterno di controllo sul (suo) corpo e di governo sociale della funzione procreativa, contrasta con ciò che accade spesso nella prassi quando una donna si determina a una iniziativa del genere; peraltro, vietare in modo assoluto la gpa non risponde neppure a un interesse fondamentale dell'ordinamento italiano sulla base del testo costituzionale e delle normative sovranazionali di rango primario, in cui, come già sottolineato, il diritto di costituire una famiglia è declinato in modo assai ampio.

Un simile rigido approccio conduce, inoltre, a sottovalutare il percorso di radicale trasformazione compiutosi a partire da una lettura attenta dei principi di uguaglianza e di non discriminazione che ha portato lentamente, e sovente pure con evidenti contraddizioni, al

---

<sup>27</sup> Sotto quest'ultimo profilo v. S. Niccolai (2015), che propone una ricostruzione in termini di differenza di genere. L'Autrice, in apertura del suo lavoro, mette in evidenza come la rivendicazione «delle persone omosessuali» alla procreazione finisce per rendere irrilevante la differenza sessuale facendo riemergere, sotto l'egida universalizzante che neutralizza, l'aspirazione di tipo patriarcale diretta «a fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella “genitorialità”, appunto) e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità [...]» (pag. 8 e s.). Niccolai propone di accostarsi in termini di differenza sessuale al tema della maternità lesbica e della paternità gay, stante il conflitto che intorno al momento procreativo sussiste tra maschi e femmine. Conflitto di cui è espressione la maternità surrogata che «reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali»: la donna ridotta a mera dimensione biologica (la gestazione separata dalla maternità); la donna elevata a «santa» che dona il figlio a un'altra coppia (pag. 19 e s.)

riconoscimento, anche al livello legislativo (riforma del diritto di famiglia e della filiazione, introduzione del divorzio, i.v.g., consultori familiari, pma, unioni civili, ecc.), delle specificità individuali e per quel che qui interessa della specificità femminile con riguardo al corpo, alla maternità e alle scelte inerenti alla riproduzione. In questa prospettiva è sufficiente richiamare i principi della maternità cosciente e responsabile e dell'autodeterminazione in ambito procreativo che non possono che essere declinati in modo differente in capo alla donna rispetto all'uomo, in ragione del diverso ruolo rivestito dai due sessi nel progetto e nel processo riproduttivo.

D'altra parte, a garanzia della dignità e della integrità psicofisica della donna ed al fine di evitare lo sfruttamento della sua persona, è possibile congegnare un sistema puntuale di controlli di varia natura (amministrativa, medica, giurisdizionale), sia a monte che a valle, tesi a verificare la consapevolezza del consenso e la piena libertà della scelta, le modalità di attuazione della gpa, il concreto interesse della prole, come accade in molti ordinamenti in cui la pratica è ammessa<sup>28</sup>.

Una volta riconosciuto che non vi sono ragioni per negare in radice la possibilità di intese di questo genere e chiarito come esse siano ammissibili soltanto in presenza di un progetto condiviso frutto di scelte libere e consapevoli, a garanzia delle quali deve necessariamente porsi un principio di gratuità (in conformità con la previsione dell'art. 3, comma 2, Carta di Nizza)<sup>29</sup>, deve mettersi in luce come l'assoluta peculiarità del processo procreativo imponga che tutte le decisioni che riguardano la gravidanza siano rimesse alla determinazione della madre biologica. Durante la gestazione alla donna non possono essere imposte regole di

---

<sup>28</sup> A. Valongo (2016, 151), *de iure condendo* ipotizza tre fasi della procedura di gpa: la prima, anteriore al concepimento, in cui si forma l'atto complesso basato sulle dichiarazioni di volontà espresse per iscritto congiuntamente al medico da tutte le parti che concorrono alla gpa (donna gestante e aspiranti genitori sociali); la seconda, posteriore al parto, in cui viene resa all'ufficiale di stato civile la dichiarazione della partoriente di non volere essere nominata nell'atto di nascita, con indicazione del suo nome in un separato registro a tutela del diritto del minore a conoscere le proprie origini; la terza, di formazione dello status di figlio attraverso un provvedimento di controllo successivo dell'autorità giudiziaria, che secondo l'Autore, «avrebbe natura di condizione di efficacia dell'intero procedimento».

<sup>29</sup> In dottrina vi è chi ritiene compatibile la previsione di un compenso a favore della gestante, criticando le definizioni di gpa commerciale e gpa altruistica e la loro stessa distinzione. Sul punto v., per tutti, M. Gattuso (2017, 11) e la letteratura ivi indicata.

condotta ad opera dei futuri genitori intenzionali, essendo la madre biologica libera di autodeterminarsi sia sul se che sul come portare avanti la gravidanza; la volontà della gestante non può, infatti, essere coartata per ciò che concerne le decisioni relative alla propria persona (cure mediche, prosecuzione o meno della gravidanza, stile di vita).

Una questione di particolare delicatezza è quella che attiene al momento in cui la scelta di separare il processo procreativo dal processo genitoriale si stabilizza e diviene non suscettibile di mutamenti/ripensamenti rispetto al percorso intrapreso, ossia fino a che punto l'impegno assunto all'inizio del processo procreativo di condurre una gravidanza per altri possa considerarsi «vincolante» laddove la madre biologica in conseguenza del parto decida di svolgere anche il ruolo genitoriale.

Le soluzioni prospettate nei vari ordinamenti dove la gpa è consentita sono diverse, e vanno dall'ammissibilità del ripensamento della donna dopo il parto e dunque della sua individuazione come madre del/la nato/a, all'attribuzione della genitorialità alla coppia intenzionale in ragione della (originaria) rinuncia ai diritti-doveri parentali da parte della madre biologica e del marito/partner ove esistente e al preventivo accertamento dello status di filiazione ad opera dell'ordinamento di riferimento.

Anche sotto questo profilo, a volere ragionare sulla scorta dei criteri e dei principi vigenti in ambito di atti di disposizione del corpo, non vi è dubbio che deve essere ammessa la possibilità di ripensamento. Tuttavia consentire il consolidarsi della manifestazione di volontà soltanto a conclusione del processo procreativo, entro un lasso di tempo anche ristretto dopo il parto ma congruo per fare ponderare adeguatamente la scelta manifestata all'inizio del percorso gestazionale, come proposto in dottrina<sup>30</sup>, rischia di rendere incerte e

---

<sup>30</sup> B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, pag. 225, secondo cui la volontà materna nel suo incontro con il progetto dei genitori intenzionali è il frutto di un processo di formazione e perfezionamento che dura l'intero arco della gravidanza, dando vita ad una fattispecie a formazione progressiva. La volontà iniziale si perfeziona lungo il percorso e si completa all'esito dell'esperienza gestazionale.

L'Autrice individua nel principio del nome della madre il fulcro dell'eventuale disciplina giuridica della gpa. Indipendentemente dall'assunzione della responsabilità genitoriale, la madre biologica deve essere nominata «[...] per il riconoscimento dell'origine "da un corpo di donna" e per il riconoscimento di una esperienza relazionale che si è compiuta nell'arco dei mesi della gravidanza» (pag. 220). La proposta è di pensare a una



instabili le relazioni e di condurre ad una condivisione «imposta» del progetto genitoriale tra persone che in origine non hanno intenzione di avere in comune l'assunzione della responsabilità genitoriale (madre biologica e padre genetico-intenzionale, ad esempio) e finisce per mettere in ombra l'elemento della scelta dei genitori sociali, oggi valorizzato dal legislatore, elemento che dà inizio al procedimento procreativo.

Nella consapevolezza della complessità delle questioni in esame, ci si interroga sulla possibilità di fissare al momento dell'avvio del progetto procreativo-genitoriale la volontà dei soggetti coinvolti, nel senso di vincolare a tale consenso sia la determinazione della donna di portare avanti una gravidanza per altri sia quella della coppia che richiede la gestazione di assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del bambino che nascerà. Come prospettato da una attenta dottrina con riguardo al momento costitutivo dello status, alla gpa possono applicarsi – in via diretta ovvero facendo ricorso al procedimento analogico, a seconda delle diverse opinioni – le disposizioni dettate per il bambino nato a seguito di pma che ricollegano il momento costitutivo dello status al consenso, all'autoresponsabilità genitoriale<sup>31</sup>.

Ammettere un principio di libera revocabilità della volontà<sup>32</sup> finirebbe per rendere fragile il rapporto, meno ponderata la scelta iniziale, asimmetrica la relazione tra i soggetti coinvolti, perfino ipotizzabile il ripensamento anche da parte di coloro che intendono assumere il ruolo di genitori sociali e a cui è da imputare l'impulso dell'intera vicenda. Sotto quest'ultimo profilo, è da escludersi in ogni caso l'ammissibilità di un ripensamento da parte dei genitori intenzionali rispetto alla determinazione presa azionando la gpa. La certezza dell'assunzione

---

figura giuridica nuova, che garantisca alla madre biologica di essere presente nel progetto riproduttivo-genitoriale, di non essere cancellata anche se non assume la responsabilità genitoriale sul nato/a.

Anche S. Niccolai, (2015, 44 e ss.), – che vede nel divieto di maternità surrogata un principio ordinatore dell'ambito della filiazione, considerando ammissibile soltanto ipotesi di maternità solidale tra donne – ritiene che in ogni caso dovrebbe essere sancita la conoscibilità dell'identità della madre (biologica).

<sup>31</sup> Al riguardo v., per tutti, M. Gattuso (2017, 46 e ss.) L'Autore è critico in ordine alla possibilità di ammettere che la gestante possa ripensare alla scelta inizialmente compiuta (pag. 22 e ss.), così come esclude che con riferimento alla partoriente possa operare la previsione dell'art. 9, comma 2, della l. 40/2004 che le nega il diritto di non essere nominata (pag. 43).

<sup>32</sup> Conformi alla diffusa opinione della piena revocabilità del consenso della partoriente prima, durante e dopo il parto, fra gli altri, A. Valongo (2016, 152); B. Pezzini (2017, 225 e s.); A. Ruggeri e C. Salazar (2017, 146); R. Villani (2004, 166 e s.); V. Scalisi (2017, 1110 e ss).

della responsabilità genitoriale in capo alla coppia che dà inizio al progetto procreativo è una garanzia per la madre biologica che mette a disposizione la propria persona per consentire ad altri di avere un figlio, sapendo che in conseguenza del proprio atto, solidale e altruistico, è apprestata una idonea tutela giuridica al/la bambino/a che nascerà.

E tuttavia risulta difficile ipotizzare che mediante una disposizione di legge o un accordo negoziale un bambino possa essere «strappato» alla madre che lo ha partorito e che intende prendersi cura di lui, quando non vi sono ragioni per ritenere contrario al suo interesse una simile decisione.

Un dilemma, quello da sciogliere, di difficile soluzione in un sistema in cui oggi la genitorialità intenzionale ha pieno riconoscimento unitamente a quella genetica e biologica e che sollecita un'attenta e ponderata riflessione ai fini dell'individuazione della risposta meno tragica e maggiormente rispondente ai principi indefettibili del nostro ordinamento, nella auspicabile prospettiva di una rimediazione del divieto assoluto di gpa<sup>33</sup>.

Chi scrive, nella consapevolezza della rilevanza dell'esperienza della gravidanza e dell'interazione tra nascituro e madre biologica che connota il lungo periodo di gestazione, ritiene che proprio perché il processo procreativo costituisce momento essenziale, centrale e complesso del percorso che conduce alla nascita di un/a bambino/a, il ruolo della madre biologica che decide di accogliere la gravidanza quale esperienza relazionale ricca di implicazioni e valori deve, e non può non, essere reso visibile e riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

Qualunque possa essere la soluzione accolta in futuro dal legislatore rispetto al nodo cruciale qui prospettato, è di fondamentale importanza prevedere il mantenimento di contatti e relazioni fra tutte le persone che hanno partecipato ai progetti procreativo e genitoriale. Ciò significa valorizzare il momento riproduttivo, garantendo al nato la possibilità di avere coscienza del modo in cui è venuto ad esistenza e conoscenza delle proprie origini (sulla

---

<sup>33</sup> L'eliminazione del divieto assoluto di gpa porterebbe alla sua regolazione in conformità dell'attuale assetto del nostro ordinamento giuridico, con conseguente eliminazione del c.d. turismo procreativo ed elevata riduzione del rischio di sfruttamento della donna in condizione di debolezza e della negoziazione dello status di figlio. Inoltre, si giungerebbe ad una puntuale ed inequivoca garanzia della condizione del nato in seguito a gpa (attualmente eseguita all'estero nonostante il divieto di diritto interno: sul punto v. infra in questo § sub c).

falsariga della vicenda del c.d. parto anonimo); alla madre biologica, ove lo voglia, di essere consapevole dell'esito del proprio percorso riproduttivo in un'interazione con il nato e con i genitori intenzionali che a lei si sono rivolti per dare vita a una famiglia composta anche da figli. In questo senso una indicazione può venire dall'esperienza testimoniata dalla pronuncia del Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 (prima dell'introduzione della l. 40/2004) in cui si afferma che «non si può *rectius* non si deve escludere il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo, di partecipare nelle sue manifestazioni di vita e di tenerlo con sé per alcune ore al giorno»; decisione che mostra come in questa materia il punto di bilanciamento e di equilibrio imponga una visione plurale delle relazioni familiari, segnatamente della maternità e una valutazione caso per caso delle singole fattispecie<sup>34</sup>, nel rispetto dei principi indefettibili e dei prefigurati criteri cui devono conformarsi gli accordi di gpa.

b) Quest'ultima considerazione sembra particolarmente indicata per affrontare la seconda questione problematica, cioè quella relativa alla rilevanza del contributo genetico nell'articolato processo che si snoda attraverso la procreazione e l'assunzione della genitorialità. Ancora una volta vengono in evidenza la difficoltà di ricorrere a schemi e categorie consolidate in ambito civilistico e l'esigenza di muoversi per principi, sulla base di criteri chiari ma duttili che permettano di modulare la soluzione tenendo conto della specificità delle relazioni in concreto considerate e degli interessi emergenti.

Non vi è dubbio che il dato genetico fino a non molto tempo addietro non preso espressamente in considerazione perché ritenuto, quanto meno rispetto alla donna, inevitabilmente insito nella gravidanza e nel parto, sia oggi un elemento che merita un proprio riconoscimento specifico una volta che si è determinata la scissione tra maternità biologica e maternità genetica con la possibile separazione dei differenti profili (biologico, genetico e

---

<sup>34</sup> Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in Corr. giur., 2000, pag. 483, con nota di M. Sesta, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, e in Dir. fam. pers., 2000, pag. 706, con nota critica di L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*. Contr. Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in DeJure.

intenzionale) e dunque della presenza di più donne (tre o soltanto due) che assumono i diversi ruoli con riguardo alla maternità.

Proprio l'ampia varietà di situazioni che in concreto possono presentarsi induce a considerare, seppure in modo diverso, tutti i differenti apporti che entrano in gioco nel percorso riproduttivo e di genitorialità<sup>35</sup>.

Se appare certamente preferibile e condivisibile la scelta, anche legislativa, di non attribuire rilevanza giuridica al contributo genetico dei donatori nei casi di fecondazione eterologa rispetto alla quale la persona donatrice non intende assumere nessun ruolo genitoriale, una diversa prospettiva deve accompagnare la valutazione della singola fattispecie quando l'elemento genetico si muove insieme all'elemento intenzionale (caso frequente nelle coppie composte da due donne). In questa ipotesi esso riveste uno specifico rilievo che non può essere ignorato dal legislatore, e in generale dall'ordinamento giuridico e che, al contrario, deve essere positivamente apprezzato quale elemento costitutivo dello status di filiazione. Alla luce della attuale complessiva disciplina di rango primario e ordinario in materia di famiglia e filiazione, dei nuovi assetti sociali e delle possibilità aperte in ambito medico, è allora certamente condivisibile il percorso seguito dalla Corte di cassazione di valorizzazione dell'apporto genetico della madre intenzionale e di riconsiderazione della regola secondo cui madre è colei che partorisce, desunta dall'art. 269 c.c.<sup>36</sup>, proprio al fine di attribuire uno specifico rilievo al dato della discendenza genetica, in un caso in cui tra le due donne non vi era conflittualità bensì piena partecipazione ad un unico progetto procreativo e genitoriale<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Tra gli interpreti vi è chi ritiene in ogni caso preponderante il momento gestazionale, chi collega la maternità al dato genetico e chi, invece, privilegia l'elemento intenzionale. In dottrina si è pure suggerito di attribuire la maternità a colei che coniuga due dei tre profili (legame genetico, legame biologico, volontà).

<sup>36</sup> In ordine alla portata della previsione dell'art. 269 c.c. v. le considerazioni svolte da M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., pag. 95. Sulla perdurante centralità del parto per la determinazione della maternità nel diritto positivo v. J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, pag. 151.

<sup>37</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in NGCC, 3/2017, pag. 372, con nota di G. Palmeri, *Ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, ivi, pag. 362. I principi enunciati nella sentenza 19599/2016 vengono reiterati nella successiva decisione 14878/2017: Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in NGCC, 12/2017, pag. 1718, con nota di G. Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, ivi, pag. 1709.

Tutte le volte in cui si è in presenza di una «donazione» eseguita all'interno di un percorso procreativo comune con la propria compagna, l'assunzione della genitorialità deve essere riconosciuta tanto alla madre genetica quanto alla madre biologica, entrambe madri intenzionali<sup>38</sup>.

Tuttavia, in presenza della scissione del dato biologico e del dato genetico-intenzionale in taluni casi può determinarsi un lacerante conflitto tra le due donne che rievoca il dilemma già evidenziato sub a) in ordine a quale debba essere la madre cui imputare la responsabilità genitoriale; ritorna cioè l'interrogativo se la madre biologica debba comunque prevalere o se, come si ritiene preferibile, l'insieme degli elementi, discendenza genetica-intenzionalità genitoriale, possano condurre all'opposta soluzione in sede di bilanciamento degli interessi in concreto emergenti nella fattispecie considerata in vista del riconoscimento anche di tale maternità.

Il vero nodo si pone quando il dato intenzionale della genitorialità è del tutto sganciato dal legame genetico e biologico, dissociazione frequente nella prassi in ambito di gpa con riguardo ad uno dei componenti della coppia intenzionale. In quest'ultima ipotesi, pure in assenza di conflitto tra i soggetti coinvolti nel processo procreativo-genitoriale, la tendenza iniziale della giurisprudenza è stata di escludere il riconoscimento della genitorialità sociale e di considerare eventualmente ammissibile la successiva adozione del coniuge o del partner della coppia intenzionale.

Questa soluzione non appare coerente con il modo in cui è oggi congegnato il rapporto di filiazione, il cui fondamento è costituito dallo stato unico di figlio e dal principio della

---

In un diverso caso di alcuni anni prima, connotato invece da forte conflittualità, i giudici di merito non hanno ritenuto ravvisabile nella giurisprudenza costituzionale «una verità genetica della maternità contrapponibile a quella determinata dalla gestazione e dal parto: la verità da tutelare quanto alla maternità è sempre stata affermata in relazione alla gestazione e al parto»: Trib. Roma, 2 ottobre 2015, in *Pluris*.

La vicenda, che ha origine da uno scambio di embrioni avvenuto per errore medico, riguardava la richiesta dei genitori genetici di ottenere il riconoscimento dello status genitoriale nei confronti del minore nato in conseguenza dell'esito positivo della gravidanza della donna dell'altra coppia. Al riguardo si è già avuto modo di osservare come la decisione desti perplessità laddove non attribuisce alcun rilievo agli elementi genetico ed intenzionale ad esclusivo vantaggio del dato biologico del parto.

<sup>38</sup> Così come nei casi di gpa la genitorialità non può non essere riconosciuta in capo all'uomo che coniuga in sé il dato genetico e quello intenzionale.

bigenitorialità che sta alla base degli artt. 30 e 31 Cost. e innerva l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, gli artt. 3 e 8 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e al livello di normativa di rango primario gli artt. 5, 8 e 9 l. 40/2004 e l'art. 1 l. 54/2006; principio che si traduce nel diritto del figlio alla doppia figura genitoriale e, dunque, al mantenimento di relazioni costanti e continuative con ambedue i genitori, indipendentemente dal loro sesso (si pensi ai casi in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso ai sensi dell'art. 4, l. 164/1982) e dal loro orientamento sessuale, a meno che ciò sia contrario al suo interesse.

La crescente attenzione alla realizzazione in concreto dei preminenti interessi del minore ha indotto, da ultimo, la giurisprudenza a mutare il proprio orientamento al fine di garantire pienamente il diritto alla bigenitorialità<sup>39</sup>, giungendo in caso di gpa al riconoscimento della trascrivibilità dei certificati stranieri attestanti la co-genitorialità dei genitori intenzionali<sup>40</sup>, a prescindere dalla sussistenza in entrambi di legami genetici con il nato.

c) la gpa guardata dal punto di vista dei bambini pone, dunque, il problema del mantenimento in Italia dello status di figlio acquistato all'estero dal minore con riferimento ai genitori intenzionali pure in mancanza di una sua discendenza genetica da uno o da entrambi i genitori sociali, oltre che la questione del diritto alla conoscenza delle proprie origini<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> In questa direzione si muovono le recenti pronunce volte ad ammettere la compilazione dell'atto di nascita con l'indicazione del secondo genitore (dello stesso sesso) nei casi di bambini nati in Italia in seguito a pma eterologa. Così Trib. Bologna, decr. 6 luglio 2018, cit., in cui si puntualizza come la costituzione dello status di figlio per effetto del consenso prestato ai sensi dell'art. 8 della l. 40/2004 opera anche in presenza di tecniche di pma non previste o non consentite in Italia (punto 2Ab della motivazione). Il Tribunale reputa applicabile il criterio dettato dall'art. 8 alle coppie omosessuali, giacché una diversa interpretazione della regola posta nell'interesse della prole, darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento non consentita alla luce dei principi costituzionali di matrice interna e sovranazionale.

V. pure Trib. Torino, decr. 21 maggio 2018 e 11 giugno 2018, in *Articolo29.it*, in cui, nell'ambito di una domanda diretta ad ottenere l'integrazione dell'atto di nascita con il cognome del secondo genitore, incidentalmente si ammette la conformità all'interesse del minore della registrazione negli atti dello stato civile del certificato di nascita in cui l'ufficiale di stato civile ha attestato la co-genitorialità delle due mamme.

<sup>40</sup> Tra le decisioni più recenti v. App. Venezia, 16 luglio 2018, in *Articolo29.it*; Trib. Roma, 11 maggio 2018, in *Articolo29.it*; App. Trento, 23 febbraio 2017, cit.

<sup>41</sup> Per una prima ricognizione del diritto a conoscere le proprie origini cfr.: V. Scalisi (2017, 1112); B. Pezzini (2017, 220 e ss.); S. Niccolai (2015, 44); J. Long (2017, 156); A. Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pag. 250 e con specifico riguardo al parto anonimo v. S. Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni*

Come si è anticipato, per ragioni di spazio soltanto il primo profilo verrà qui sinteticamente affrontato, rinviandosi, peraltro, per una sua più ampia trattazione alle considerazioni formulate altrove<sup>42</sup>.

Il tema della trascrivibilità dei certificati di nascita rilasciati all'estero è stato oggetto di attenzione sia in dottrina che in giurisprudenza. L'orientamento maggioritario, in ambedue i contesti, è di permettere la trascrizione in considerazione dell'interesse del figlio alla continuità dello status genitoriale e alla salvaguardia del suo diritto all'identità personale e familiare.

A fronte di un simile approdo, diretto in sede di bilanciamento a considerare preminente l'interesse del minore, si registrano tuttavia soluzioni di ampiezza differente a seconda che la trascrizione sia consentita esclusivamente con riguardo al genitore geneticamente legato al nato, con eventuale successiva adozione da parte del/della compagno/a-coniuge<sup>43</sup>, ovvero sia ammessa con riferimento ad ambedue i genitori intenzionali.

All'esito di un lungo e articolato percorso interpretativo portato avanti dalla dottrina e dalla giurisprudenza (interna e sovranazionale) si è giunti a non considerare contraria all'ordine

---

*genetiche e tecniche di tutela*, in Riv. crit. dir. priv., 2000, pag. 571 ss.; M.R. Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in Giur. it., 2001, pag. 1768 e ss.; A. Palazzo, *La filiazione*, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2013, pag. 157 ss.; G. Ferrando, *Relazione introduttiva*, in Ead., G. Laurini (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Assago, 2013, pag. 12; E. de Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in Fam. dir., 2017, pag. 935 ss.; J. Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in NGCC, 2006, I, pag. 549 ss.; Id., *Adozioni e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in NGCC, 2014, I, pag. 289 ss.; T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in Corr. giur., 2014, pag. 473 ss.; G. Lisella, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in Dir. fam. pers., 2014, pag. 27 ss.; S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in Giur. cost., 2013, pag. 4031 ss.; S. Taccini, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in NGCC, 2014, pag. 405 e ss.

<sup>42</sup> V. da ultimo G. Palmeri (2018, 85 e ss).

<sup>43</sup> Ipotesi questa che offre minori garanzie al/la bambino/a, come attesta la considerazione che il ricorso all'adozione in casi particolari ai sensi delle lett. b) e d) dell'art. 44, l. adoz., oltre a non dare luogo ad una adozione piena (quantomeno nell'interpretazione tradizionale dell'istituto), sposta in avanti nel tempo la costituzione dello status genitoriale. Status non automaticamente collegato alla nascita e dipendente, invece, da una serie di elementi, quali l'iniziativa dell'aspirante adottante, il consenso del genitore, il provvedimento del giudice, che per ragioni svariate potrebbero non ricorrere (si pensi al caso dell'intervenuta rottura della relazione di coppia).

pubblico l'efficacia del provvedimento straniero in ragione dell'esigenza indefettibile della conservazione dello status familiare<sup>44</sup>. Il mantenimento della relazione genitoriale con la persona che si è assunta sin dall'inizio la relativa responsabilità (peraltro in conformità delle regole giuridiche vigenti nel Paese in cui è avvenuta la nascita) e il consolidamento della continuità affettiva sono funzionali all'attuazione piena del diritto all'identità personale e sociale del minore. Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione instaurato all'estero determinerebbe, infatti, un pregiudizio alla sfera giuridica del nato non soltanto sotto il profilo personale ma anche patrimoniale, in ragione della perdita di prerogative e di tutele che soltanto il permanere della bigenitorialità di diritto (e non soltanto di fatto) è in grado di assicurare (si pensi, per fare solo alcuni esempi, all'ambito successorio, sanitario e socio-assistenziale).

In definitiva, in presenza di un atto di nascita formato all'estero in conformità della normativa ivi vigente, dal quale risulti che in esito a metodiche di pma, pure non consentite dal nostro ordinamento giuridico, quali la gpa, il nato è figlio di due genitori (di diverso o di uguale sesso), deve riconoscersi piena rilevanza giuridica allo status del minore, pena la compressione dei suoi diritti fondamentali.

## 5. Brevi considerazioni conclusive

Le questioni sopra richiamate mettono in luce la complessità della materia e del punto di equilibrio da raggiungere che, tuttavia, dovrebbe condurre, alla luce di un vaglio complessivo del nostro ordinamento e dei principi fondanti di rango costituzionale, ad un'apertura anche rispetto ad un possibile allargamento delle figure genitoriali oltre il paradigma tradizionale, peraltro superato nella realtà dei fatti da già diffuse situazioni di genitorialità monoparentale e/o di interazione tra i soggetti che cooperano e prendono parte al complesso processo

---

<sup>44</sup> La prima sezione della Corte di cassazione ha da ultimo invocato l'intervento delle Sezioni unite allo scopo di fugare ogni dubbio in ordine alla portata della nozione di ordine pubblico internazionale: Cass., ord. 22 febbraio 2018, n. 4382, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it)



procreativo-genitoriale. Un'interazione consentita dall'articolazione della maternità e dalla possibilità che essa sia declinata, anche al livello giuridico, in modo plurale<sup>45</sup>.

Il vero scoglio per il giurista, chiamato a confrontarsi con gli svariati casi della vita reale, è costituito dal possibile (anche se non particolarmente diffuso, quanto meno negli ordinamenti in cui la scelta della madre biologica è davvero frutto di una manifestazione di volontà libera, consapevole e non condizionata dal bisogno economico) ripensamento della madre biologica in ordine alla (non) assunzione della responsabilità genitoriale; questione di difficile definizione perché incentrata sul conflitto tra soggetti (la coppia intenzionale e la madre di gestazione) che con modalità differenti hanno tutti contribuito al progetto procreativo-genitoriale, e la cui soluzione dovrebbe comunque rifuggire da prese di posizione ideologiche e consentire, ove possibile, la partecipazione, a diverso titolo e con differente modulazione, di tutti i genitori alla cura del/la figlio/a.

La prospettiva da cui muovere dovrebbe essere quella di una valutazione caso per caso che, a partire dalle garanzie e dalle cautele sopra indicate e preventivamente delineate, tenga conto dell'atteggiarsi della situazione concreta e della specificità delle interazioni/relazioni instaurate, in funzione del rispetto dei diritti fondamentali, della dignità della persona e della realizzazione dell'interesse della prole in attuazione del principio guida presente nella Costituzione in materia di filiazione, ossia il preminente interesse del minore alla cura e alla protezione.

## Bibliografia

Angelini Francesca, "Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso

---

<sup>45</sup> Contrario ad una simile soluzione sembra essere B. Salone (2014, 160), secondo cui la sostanziale «destrutturazione» dell'identità materna insita nella gpa, che inevitabilmente si ripercuote sull'identità del figlio, rende la pratica di dubbia compatibilità con il principio costituzionale della tutela della maternità, sancito nell'art. 31, comma 2, Cost.

giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in Nicolai Silvia e Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 31-53.

Baldini Gianni, *Riflessioni di biodiritto*, Cedam, Padova, 2012.

Brunelli Giuditta, “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in Nicolai Silvia e Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 77-90.

Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I e II, Giuffrè, Milano, 2011.

Casaburi Geremia, “Maternità surrogata”, in *Il libro dell'anno del Diritto*, a cura di Alberto Giusti e Francesco Macario, Treccani, Roma, 2016.

Casaburi Geremia, “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, in *Foro italiano*, 2014, I, cc. 3408 ss.

Cassano Giuseppe, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2000.

Corti Ines, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

Corti Ines, “La maternità per sostituzione”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1479-1494.

Dell’Utri Marco, “Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione”, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2, 2010, pp. 358-385.

Di Masi Maurizio, “Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania”, in *GenIUS*, n. II, 2015, pp. 214-225.

Di Stefano Marcella, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, in *GenIUS*, n. I, 2015, pp. 160-173.

Faraoni Alice Benedetta, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano, 2001.

Ferrando Gilda, “Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore”, in *Il Corriere giuridico*, 2018, n. 4, pp. 449-458.

Ferrando Gilda, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017.

Gattuso Marco, “Clausola generale di equivalenza e filiazione”, in Buffone Giuseppe, Gattuso Marco e Winkler Matteo Maria, *Unione civile e convivenza*, Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs 19 gennaio 2017 n. 5, 6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 219-336.

Gattuso Marco, “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40”, in *Giudicedonna*, 2017 ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)).

Long Joelle, “Di madre non ce n’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità” in Niccolai Silvia e Olivito Elisa (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 145-159.

Lorenzetti Anna, “Maternità surrogata”, in *Digesto, disc. priv.*, Utet, Torino, 2017.

Madeo Antonella, “La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità”, in *Diritto penale e processo*, n. 8, 2016, pp. 1088-1095.

Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

Niccolai Silvia, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 3.

Palazzo Antonio, “Surrogazione materna e interesse del minore”, in *Libero Osservatorio del Diritto*, n.1/2015.

Palmeri Giuseppa, “Rapporti con i figli”, in Ferrando Gilda, Fortino Marcella, Ruscello Francesco (a cura di), *Legami di coppia e modelli familiari*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 85-109.

Pezzini Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 2017, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

Pezzini Barbara, “Riconoscere responsabilità e valore femminile: il ‘principio del nome della madre’ nella gravidanza per altri” in Niccolai Silvia, Olivito Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 91-118.

Querci Agnese, “La maternità «per sostituzione» fra diritto interno e Carte internazionali”, in *Fam. e dir.*, n. 12, 2015, pp. 1142-1157.

Renda Andrea, “La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio”, in *Europa e dir. priv.*, n. 2, 2015, pp. 415-467.

Resta Giorgio, “La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Giuffré, Milano, 2011, pp. 805-854.

Rodotà Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012.

Rodotà Stefano, “Il corpo giuridificato”, in Canestrari Stefano, Ferrando Gilda, Mazzoni Cosimo Marco, Rodotà Stefano e Zatti Paolo (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Giuffré, Milano, 2011, pp. 51-76.

Rodotà Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.

Ruggeri Antonio, Salazar Carmela, “«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone”, in *Consulta Online*, n.1, 2017, pp. 140-142.

Salone Bartolo, “La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatisti”, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, pp. 39-71.

Salone Bartolo, “Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004”, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, pp. 157-183.

Scalisi Vincenzo, “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, in *Rivista di diritto civile*, 2017, n. 5, pp. 1097-1114.

Sesta Michele, “La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale”, in *Corr. giur.*, n. 2000, pag. 488-495.

Shavel Carmel, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

Stefanelli Stefania, “Accertamento della maternità nella gestazione per altri”, in *BioLaw Journal*, 2016, n. 2, pp. 7-37.

Stefanelli Stefania, “Procreazione e diritti fondamentali”, in Sassi Andrea, Scaglione Francesco, Stefanelli Stefania, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. 4, UTET, Torino, 2015, pp. 79-175.

Valongo Alessia, “La gestazione per altri: prospettive di diritto internazionale”, in *Biolaw Journal*, n. 2, 2016, pp. 131-155.

Venuti Maria Carmela, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, in *GenIUS*, n. 1, 2018 pag. 85-100.

Venuti Maria Carmela, *Gli atti di disposizione del corpo*, Giuffrè, Milano, 2002.

Villani Riccardo, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004.

Zatti Paolo, “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3-70.

Zatti, Paolo, “Maternità e surrogazione”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 193-202.