

Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia

SOMMARIO 1. *I dubbi intorno al divieto di surrogazione di maternità.* 2. *La distinzione, falsante, tra gpa 'altruistica' e 'commerciale'.* 3. *Un divieto non 'assoluto' ma ben calibrato contro la formazione di un mercato della surrogazione di maternità.* 4. *La surrogazione di maternità non è una tecnica di procreazione assistita.* 5. *Distinzioni ragionevoli.* 6. *Segue. In particolare: gpa e adozione.* 7. *La vera fonte del divieto di surrogacy: il principio mater semper certa.* 8. *L'efficacia del divieto.* 9. *Il bene protetto: essere persona sin dalla nascita.* 10. *L'interesse del bambino.* 11. *Il favor veritatis.* 12. *Tra le due sentenze 'Campanelli': il tempo di una maturazione.*

1. *I dubbi intorno al divieto di surrogazione di maternità.* Con l'ordinanza che è qui in commento, la Corte d'Appello di Milano solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non consente al giudice di accogliere l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità solo se la ritenga rispondente all'interesse del minore. Nel giudizio *a quo* il curatore speciale del minore chiedeva la dichiarazione di inefficacia del riconoscimento, effettuato dalla madre committente, come proprio figlio naturale di un bambino nato per via di maternità surrogata praticata in India, concepito con materiale genetico del compagno, poi marito, della donna, e per il resto «portatore di un patrimonio genetico indiano al 50%». L'ordinanza dedica ampio esame anche al dubbio di costituzionalità, prospettato dalle parti, del divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge n. 40 del 2004, art. 12/6.

Sebbene il giudice concluda per l'irrelevanza della questione, dato che la vicenda in causa originava da una surrogazione 'commerciale', intorno al cui divieto non dubita, gli argomenti che l'ordinanza dedica al tema, tra loro connessi, e tutti ricorrenti nell'odierno dibattito sulla c.d. gestazione per altri, meritano di essere raccolti e discussi, anche perché non estranei alla questione sollevata.

Secondo il giudice remittente la fonte del divieto di surrogazione di maternità è la legge n. 40 del 2004; il divieto è sproporzionato, perché 'assoluto', in quanto colpisce la gpa in tutte le forme, ossia tanto se 'commerciale' quanto se 'altruistica'; è inefficace, perché è privo di sanzioni penali nei confronti delle persone che ricorrono alla gpa all'estero, è lesivo dell'eguaglianza, in primo luogo perché incoraggia il 'turismo procreativo' e sfavorisce le persone che non hanno sufficienti risorse economiche per avvalersene; in secondo luogo perché nega la possibilità di far ricorso a questa particolare 'tecnica di fecondazione assistita' alle coppie il cui peculiare quadro clinico la rende l'unico modo di avere una famiglia con figli; è discriminatorio, per motivi di genere, perché impedisce alla donna, che sia incapace sia di produrre ovociti sia di condurre una gravidanza, di riconoscere come proprio figlio un bambino da altra donna partorito, laddove l'uomo che consenta alla fecondazione eterologa della compagna diventa padre legale del figlio da lei partorito.

Pertanto, ragiona la Corte d'Appello, occorrerebbe sostituire il divieto con una 'buona legge' che tuteli la donna e il minore, legge della quale l'ordinanza non si esime dall'illustrare le grandi linee. Secondo il giudice, infatti, i soli interessi che possono essere danneggiati dalla gpa sono quelli della donna che vi si sottopone, in quanto la sua dignità è offesa dall'essere i suoi comportamenti procreativi resi oggetto di un contratto; e dell'infante, in quanto la gpa può danneggiare il suo interesse a conoscere le proprie origini. Quest'ultimo sarebbe l'unico, tra quelli in ipotesi facenti capo al minore, minacciato dalla gpa (non viene infatti dato credito all'idea che la salute fisica o psichica del nato possa essere lesa) e viene considerato comunque recessivo – è la stessa q/c sollevata a dimostrarlo – rispetto all'interesse a rimanere nella famiglia in cui si trova, comunque sia sorta, con pienezza di *status filiationis*.

Il giudice fa così proprio un punto di vista che oggi ha una certa diffusione, secondo il quale la gpa motivata da ragioni economiche è qualche cosa di negativo, mentre quella 'altruistica' ossia, si intende dire, non retribuita, può essere qualche cosa da valutare positivamente, ma è irragionevolmente impedita dalla legge 40.

2. *La distinzione, falsante, tra gpa 'altruistica' e 'commerciale'*. Per saggiare le consistenza di questo punto di vista, è utile partire dal ricordare che l'espressione 'surrogazione di maternità', utilizzata dalla legge 40, significa che una donna conduce una gravidanza, e partorisce, al posto di un'altra (che è la vera e propria madre surrogata), rinunciando alla propria qualità di madre del bambino, che viene invece acquistata dalla committente, in forza di accordi anteriori o successivi alla nascita.

La rinuncia alla qualità di madre da parte della partoriente è il tratto che accomuna le fattispecie in cui la maternità surrogata in concreto si può presentare¹, e dove la donna: 1) concepisce e quindi porta a termine in modo naturale una gravidanza originata dalla fecondazione dei propri ovuli col seme paterno (cd. surrogazione 'tradizionale'); 2) è 'portatrice' dell'ovulo fecondato di un'altra, che può essere o meno la madre committente (cd. surrogazione 'gestazionale'); 3) interviene non per sostituire un'altra donna, ma in favore di un *single* o di una coppia di maschi omosessuali (situazione dal diffondersi della quale è invalsa la dizione 'gravidanza per altri'); 4) sostituisce un'altra donna non sterile ma che, e per motivi i più vari (estetici, di carriera), non vuol intraprendere la gravidanza (una surrogazione che si potrebbe definire 'di convenienza').

Nel dibattito corrente si è diffusa la distinzione, che il giudice milanese fa propria, tra surrogazione 'commerciale' quando la donna opera dietro compenso, e surrogazione 'altruistica', quando la donna agisce gratuitamente, ossia, si intende, dietro un mero rimborso spese o ristoro dei costi non patrimoniali affrontati (quali la gravidanza in sé e per sé, la sottoposizione alle cure e agli interventi, altamente invasivi e potenzialmente dannosi², necessari per realizzarla, se gestazionale; lo stress connesso al parto).

Rispetto a questa distinzione viene spesso osservato, peraltro, che anche laddove la legge consente la *surrogacy* solo se gratuita i rimborsi o i ristori costituiscono un compenso, una foglia di fico che nasconde le motivazioni economiche che, nella maggior parte dei casi, spingono una donna a sottoporsi a una esperienza di questa natura³.

Soprattutto, la distinzione tra surrogazione gratuita e commerciale non toglie che anche qualora la donna operi 'gratuitamente', qualcuno che lucra sui suoi 'servizi gestazionali' c'è comunque, e sono gli intermediari: le agenzie, gli studi legali, le cliniche, vale a dire la rete dei soggetti che, a pagamento, forniscono le prestazioni necessarie alla realizzazione della surrogazione, a partire dall'incontro della domanda con l'offerta. Nel mercato della surrogazione sono infatti offerti anche servizi 'gratuiti' di donne spinte dalla loro generosissima natura a desiderare di avere figli per altre persone, prima ancora di conoscerle e, talvolta, senza neppure mai conoscerle.

Il carattere 'gratuito' o 'oneroso' della prestazione della donna non cambia dunque che la surrogazione di maternità intervenga all'interno e come risultato di una rete commerciale di intermediazione, ossia di un mercato. Perciò, è possibile ritenere che ciò che rende la surrogazione 'commerciale' sia il suo avvenire in un contesto di mercato, e non, come invece opina il giudice milanese, il fatto in sé che la donna sia pagata invece che rimborsata.

Il carattere commerciale della surrogazione è escluso, allora, soltanto quando il contesto di mercato non c'è, ovverosia quando essa ha luogo in quelle situazioni, dette 'di prossimità', che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali, e di questo mi pare consapevole la legge n. 40.

¹ E la distingue, come giustamente ritenuto da Cass., I Sez. Civ., n. 19599/2016, dal caso della donna lesbica che si faccia impiantare l'ovulo fecondato dalla compagna, perché la donna intende tenere come madre il figlio che partorerà e crescerlo nella coppia.

² Sui quali v. L. Corradi, *Nel ventre di un'altra*, Roma, 2017.

³ Per la confutazione della maternità surrogata come dono v. da ultimo, D. Danna, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso!*, Roma-Bari 2017.

3. *Un divieto non ‘assoluto’ ma ben calibrato contro la formazione di un mercato della surrogazione di maternità.* Il divieto di cui alla legge 40, infatti, anche tenuto conto della sua formulazione letterale⁴, può essere inteso come volto a colpire precisamente l’intermediazione commerciale nella surrogazione di maternità.

Così interpretando, si può ritenere che, oggi come ieri, quanto nella vigenza della legge 40 quanto anteriormente, il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate. Si tratta di accordi che, a mio giudizio e secondo intendimenti diffusi prima dell’intervento della legge 40, sono illeciti, ma non punibili (né coercibili), la cui realizzazione passa attraverso il parto anonimo da parte della donna, il riconoscimento del nato da parte del padre naturale e la sua adozione in casi particolari da parte della moglie di quest’ultimo. Questo tipo di accordi non configurano reato, in particolare non configurano aggiramento della legge sull’adozione né alterazione di stato (data la presenza del padre naturale) e rappresentano zone grigie lasciate all’autodeterminazione individuale nella prudente consapevolezza che non si può entrare nella sfera privata di una donna sindacando i motivi per cui rimane incinta, o la natura dei rapporti che la spingono a contrarre una gravidanza. Tuttavia questi accordi non possono essere teorizzati come validi, perché lesivi, in particolare, oltre che del divieto di atti di disposizione del corpo, del principio *mater semper certa* e dei vincoli che esso impone, nei confronti del nascituro, alla madre e a chiunque, e di cui dirò appresso.

Il regime giuridico della gpa in Italia mi pare dunque così articolato: la surrogazione ‘di prossimità’, ossia gli accordi privati, presi senza intermediazione commerciale e in forza di relazioni interpersonali esistenti, siano essi a titolo oneroso o gratuito, sono oggi, come erano ieri, negozi a causa illecita che non garantiscono alle parti il reciproco adempimento (la consegna del bambino e la corresponsione dell’eventuale compenso) ma non impediscono l’adempimento spontaneo. La surrogazione commerciale, realizzata all’interno di un mercato, sia la prestazione della donna oggetto o meno di un compenso denominato ‘retribuzione’, è penalmente vietata.

In materia di surrogazione di maternità il nostro ordinamento traccia dunque il discrimine non sul versante, opinabilissimo, del carattere ‘altruistico’ o commerciale della prestazione della donna, ma dell’*avvenire degli accordi in un contesto di mercato*, contesto il quale è denotato dalla presenza di intermediari.

Il divieto penale è dunque tutt’altro che ‘assoluto’ ma è ben calibrato intorno all’intento di precludere la formazione di un mercato della surrogazione.

4. *La surrogazione di maternità non è una tecnica di procreazione assistita.* Si incontrano qualche volta, in giurisprudenza, argomenti secondo i quali, siccome il divieto è posto nella legge sulla procreazione assistita, *ergo* la surrogazione di maternità è una PMA, e così par ragionare anche il giudice milanese; ben più correttamente si dovrebbe dire che il divieto penale colpisce la fornitura della surrogazione di maternità *quale tecnica di fecondazione assistita*, e vale a perimetrare, nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata, la nozione di PMA ammesse e ad ammissibili nel nostro diritto.

La *surrogacy*, infatti, non è una ‘tecnica’ di riproduzione assistita. In primo luogo, l’intervento delle ‘tecniche’ (quali l’impianto dell’ovulo) non è coesistente alla surrogazione di maternità, ma serve semmai a realizzarla nella modalità ‘gestazionale’⁵. In secondo luogo, la surrogazione di maternità non presuppone la sterilità della donna committente, ma, per esempio, la mera non volontà di quest’ultima di affrontare la gravidanza e il parto, per cui non è, in sé e per sé, una

⁴ Che colpisce «chiunque in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità».

⁵ Si ritiene del resto il divieto della legge 40 colpisca solo la surrogazione ‘gestazionale’, v. S. Stefanelli, *Accertamento della maternità*, in *BioLawJournal, Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 7 ss., p. 13. Il verbo «realizza» nell’art. 12/6 è generalmente interpretato come riferito al personale medico.

‘terapia’⁶ finalizzata a risolvere un problema di infertilità. In terzo luogo, anche quando realizzata con il ricorso a tecniche medico-cliniche, e motivata con la sterilità della committente, la gpa resterebbe l’unica ‘tecnica’ di PMA in cui non l’oggetto, ma *lo strumento* è la persona umana. Questo strumento umano è una donna estranea alla coppia e che non diventa madre del bambino che partorisce.

E’ qui che, a me pare, la differenza di fatto tra la surrogazione di maternità e le tecniche di procreazione assistita diventa nel nostro ordinamento differenza in diritto.

Infatti, la legge n. 40 permette l’accesso alle tecniche di riproduzione assistita alle coppie, e tutte le tecniche consentite, sia quelle originariamente contemplate dalla legge, sia quelle poi ammesse grazie alla giustizia costituzionale, hanno per presupposto e per risultato che la donna, parte della coppia che accede alle tecniche, sarà colei che partorerà la creatura concepita con l’ausilio di quelle. La surrogazione di maternità invece è un processo che implica che a partorire sia una donna estranea alla coppia.

Questo elemento, in primo luogo, impedisce di considerare, nel nostro ordinamento, la surrogazione di maternità una tecnica di PMA; in secondo luogo, e di riflesso, approfondisce la ragionevolezza del divieto, il quale è coerente con la configurazione che della PMA dà il legislatore: un insieme di tecniche volte a ottenere la gravidanza e il parto della donna che fa parte della coppia richiedente, che non è scelta occasionalistica del legislatore del 2004, ma scelta coerente col criterio principe della filiazione in Italia, ovverosia il principio *mater semper certa*, l’antica *regula juris* recepita nel nostro codice civile.

5. *Distinzioni ragionevoli.* Dal fatto che le tecniche di PMA ammesse nel nostro ordinamento sono quelle coerenti col principio *mater semper certa*, ovverosia quelle in cui la donna, che è parte della coppia sterile, partorisce il figlio ottenuto con le dette tecniche, consegue intanto che non sono discriminatorie, ma ragionevoli, le due situazioni additate dal giudice remittente come lesive dell’eguaglianza, ciò che è vero del resto anche secondo le regole del discorso pratico⁷, che non consentono di considerare discriminatorie norme o istituti che trattano in modo diverso fattispecie che non sono tra loro analoghe.

La prima tra le situazioni indicate dal giudice milanese è la ‘discriminazione di genere’ che sarebbe dovuta al fatto che nel nostro ordinamento l’uomo può diventare padre legale del figlio concepito con eterologa dalla compagna, mentre la stessa possibilità non è data a una donna che non possa portare a termine una gravidanza. Le fattispecie sono dunque, una, quella dell’uomo che per effetto della fecondazione eterologa della partner diviene padre legale del figlio *partorito da lei* e l’altra, quella della donna che diventerebbe madre legale del figlio *partorito da un’altra*. Tra le due situazioni non vi è analogia perché nel secondo caso interviene una differenza dirimente rispetto al primo: il ricorso alla gravidanza e il parto di una donna *terza ed estranea* rispetto alla coppia che crescerà il bambino.

La ‘discriminazione di genere’ di cui il giudice milanese si allarma è in realtà la logica conseguenza, da un punto di vista sistematico, dell’impostazione della nostra legislazione sulla fecondazione assistita, che è imperniata sull’ottenimento di un figlio che è figlio della coppia in quanto è partorito dalla madre, partner nella coppia committente; e cioè con una legislazione che, così concepita è a sua volta coerente - ed è quel che più conta - con un sistema normativo che individua costantemente come madre la madre di parto⁸ e razionale rispetto alla differenza dei sessi

⁶ Nella sent. n. 162/2014 la Corte Costituzionale vi si riferisce come a una «metodica».

⁷ Corte cost. n.162/2014.

⁸ S. Stefanelli, *Accertamento*, cit. dove si sottolinea che il regime delle PMA in Italia è tutto costruito intorno all’idea che la madre è la madre di parto.

nella procreazione⁹. E' dunque ragionevole che l'impossibilità di condurre a termine una gravidanza non sia nella nostra legislazione considerata equivalente – come si vorrebbe in qualche parte dell'argomentazione dell'ordinanza qui in commento - a qualunque altro impedimento alla capacità generativa. Ciò, anche considerando che la gravidanza e il parto, nel nostro diritto, non sono 'solo' elementi della procreazione ma anche gli elementi portanti del rapporto di filiazione e cioè, come dirò, della composizione dell'identità del nato.

6. Segue. *In particolare: gpa e adozione.* Ancor più ragionevole appare l'impossibilità, nel nostro diritto, di utilizzare la maternità surrogata da parte di una coppia per la quale questo sarebbe 'l'unico modo di avere figli', la seconda situazione lesiva dell'art. 3 Cost. di cui si discorre nell'ordinanza in commento. In questo caso il ricorso a una tecnica di PMA chiamata 'surrogazione di maternità' permetterebbe alla coppia di ottenere un bambino che è interamente frutto di materiali genetici e di processi riproduttivi esterni ed estranei, vale a dire che è loro figlio nel solo senso che ne hanno commissionato la nascita e intendono crescerlo.

Non solo questa ipotesi cozza contro la *ratio* delle metodiche di PMA in Italia, ammesse a condizione che sia rispettato il principio *mater semper certa*, ma essa ci mostra anche che proprio intorno al divieto di *surrogacy* sta il discrimine tra le tecniche di procreazione assistita e l'adozione legittimante. Con le tecniche di procreazione assistita, nel nostro ordinamento, si può arrivare solo fino al punto che ho descritto, quello in cui la donna, che è parte della coppia che utilizza le tecniche, partorisce il figlio grazie a quelle concepite; quando questo non è possibile non si configurano situazioni che possano avere risposta con la surrogazione di maternità, ma situazioni che possono avere risposta con l'adozione¹⁰. Garantendo quest'ultima, l'ordinamento non pone le coppie totalmente sterili nell'impossibilità di formare una famiglia con figli¹¹.

7. *La vera fonte del divieto di surrogacy: il principio mater semper certa.* Poiché sta a presidio del principio *mater semper certa*, ritengo che il divieto di *surrogacy* nel nostro paese trovi la sua fonte non nella (sola) legge 40; ma appunto nel principio appena citato. Questo è d'altronde dimostrato dal fatto che gli accordi di surrogazione erano considerati, in prevalenza, illeciti anche prima dell'intervento della legge 40. Il divieto di surrogazione può dunque considerarsi il «frutto di una scelta consolidata nel tempo» (sent. n. 162/2014), ciò che è di grande rilievo ai fini del giudizio di ragionevolezza.

Da qui, il punto diventa sapere se vi è qualche contenuto di valore nel principio *mater semper certa*, che giustifichi anche il mantenimento del divieto di *surrogacy* che a quel valore si connette e l'insieme degli istituti che ne derivano.

8. *L'efficacia del divieto.* Prima però conviene considerare un altro argomento, che compare spesso, e anche nell'ordinanza che si commenta, a supporto dell'introduzione di una legislazione permissiva in materia, secondo il quale il divieto è inefficace perché le persone comunque vanno all'estero, dunque sarebbe meglio sostituirlo con una 'buona legge' che permetta, a certe condizioni, la *surrogacy*.

⁹ La quale giustifica e anzi impone la differenza di trattamento tra loro in queste materie, come ragiona convincentemente B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 183 ss., p. 196 ss.

¹⁰ «La Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli. [D'altronde], il progetto di formazione di una famiglia con figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», Corte Cost., sent. n. 162/2014, corsivo mio.

¹¹ E per converso non vi è pertanto alcuna esigenza di parità di trattamento che imponga di legittimare la gpa in favore delle coppie omosessuali maschili (tema che peraltro non è oggetto dell'ordinanza in commento), alle quali invece in nome di tale parità dovrebbe essere consentita l'adozione piena o legittimante, come ho già sostenuto in *Maternità ecc.*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

Invero, il divieto di cui alla legge 40 non è affatto inefficace: la sua precisa portata è di opporsi alla creazione di un mercato della surrogazione di maternità in Italia, e in Italia un tale mercato non vi è, pertanto il divieto ha raggiunto perfettamente il suo obiettivo.

Inoltre, e ciò che più conta, l'introduzione della possibilità di svolgere la gpa a certe condizioni in Italia non farebbe venir meno l'interesse a svolgerla all'estero in altre condizioni, dai committenti preferite¹². Non si può dire, cioè, che i problemi che oggi in Italia vengono fronteggiati - e che riguardano, come nel caso di specie, lo *status* dei bambini nati all'estero con *surrogacy* - siano una diretta conseguenza del divieto di cui alla legge 40, e ne dimostrino pertanto l'irragionevolezza. Infatti, anche rimuovendo e rimodulando il divieto, problemi analoghi continuerebbero a porsi.

In vero, anche in presenza di una ipotetica 'buona legge' permissiva in materia di *surrogacy*¹³, vale a dire di una legge 'ideale' che tuteli la donna e tuteli il bambino, potrebbe sempre presentarsi il caso di qualcuno che, e con il preciso intento di sfuggire ai 'paletti' che la legge comunque porrebbe (né nell'immaginazione del giudice milanese, né in alcuna esistente proposta la si vuole consentita in ogni sua possibile declinazione) vada comunque all'estero e ritorni col bambino chiedendo il riconoscimento dello stato di famiglia. Rimodulare il divieto non toglierebbe il problema di misurarsi con le questioni, *successive alla nascita* e relativi allo *status* del bambino, che già oggi ci poniamo.

Non solo, allora, anche la 'migliore' legge nazionale sulla gpa avrebbe (e, nei paesi in cui esiste, ha) lo stesso carattere illusorio del divieto 'assoluto', quanto a capacità di frenare le pratiche, pressoché unanimemente condannate, di sfruttamento commerciale di donne e bambini. Infatti, in nessun paese oggi (né è pensabile che sia così domani) in cui la gpa sia consentita, una clinica o un tribunale respinge i genitori committenti invitandoli a fare uso della legge che vale nel loro paese¹⁴. Non solo cambiare il divieto con un permesso non risolverebbe il 'turismo procreativo', e anzi determinerebbe ancor più stridenti ingiustizie e disuguaglianze¹⁵. Ma anche, e soprattutto, modificare il divieto, rimodulandolo, cambierebbe assai poco - ed è questo il punto cui mi preme arrivare - rispetto al tema delle 'sanzioni'. Lo dimostra l'atteggiamento del giudice milanese, il quale, pur dichiarando di condividere il divieto di surrogazione commerciale, pur non potendo non rilevare che nel caso di specie di surrogazione commerciale si è trattato, è restio a trarre le conseguenze che ne derivano quanto allo stato di famiglia del bambino e dei committenti al punto che 'nel bene del bambino' - vi tornerò più avanti - vorrebbe poter cancellare la verità della sua nascita.

Ho detto quanto precede per mettere in evidenza questo punto: se le sanzioni della legge 40 non sono applicate, se la legge è 'inefficace' - se cioè si lascia che, in patente violazione del divieto, studi legali italiani pubblicizzino su internet i propri servizi di assistenza a chi intende usufruire della gpa all'estero, o se chi venga a conoscenza che i committenti si sono avvalsi di intermediari italiani non trasmette alle Procure la relativa notizia di reato nei confronti di questi ultimi - ciò non

¹² Mi è impossibile immaginare che la nostra ipotetica legge permissiva renderebbe legittimo che i committenti stabiliscano le modalità del parto, imponendo ad esempio il cesareo, come si sa che accade nei contratti di *surrogacy*; tuttavia potrebbe esservi sempre qualcuno per il quale è molto importante che il proprio figlio nasca non passando dalle viscere della donna, e, potendosi permettere, vada all'estero dove una simile clausola è, pagando, ammessa. Escludo del pari che vi sarebbe un giudice che, in casi simili, non preserverebbe comunque l'ormai istituito legame del bambino, portato in Italia ad esempio a due anni, coi committenti.

¹³ Come quella che il giudice milanese delinea con tanta facilità (e che lascia peraltro molti punti aperti, per esempio quanto agli aventi titolo ad accedere alla gpa o all'epoca e ai modi del 'ripensamento' concesso alla donna, del sindacato su quest'ultimo, o il semplice problema se il suo 'rimborso' sarebbe o meno tassabile).

¹⁴ Cfr. D. Danna, *Fare un figlio*, cit., p.105 ss.

¹⁵ Le differenze di reddito continuerebbero a permettere al ricco di non solo di commissionare il bambino, ma anche di sottoporre a un minuto regolamento contrattuale ogni momento della gestazione, e il parto, mentre costringerebbero il povero a stare nei limiti della legge italiana.

dipende dalla legge 40 (dal fatto cioè che essa pone un divieto che non può essere applicato, e pertanto va considerato irragionevole, laddove ne esisterebbero altri applicabili, perciò ragionevoli), ma dipende dall'incertezza, o dalla ritrosia, con cui si investigano i valori che quel divieto protegge, la sua *ratio*.

Quando invece si rifletta su quest' ultima – ma non si può farlo se si elide in partenza, come fa il giudice *a quo*, il nesso tra divieto di *surrogacy* e principio *mater semper certa* – emergono serie ragioni per conservare come è il divieto, e - pur all'interno delle considerazioni equitative che, nei casi concreti, possono giustificare la preservazione del legame ormai instauratosi tra il bambino e i committenti - garantirgli ogni possibile effettività¹⁶.

9. *Il bene protetto: essere persona sin dalla nascita*. Come è proprio delle *regulae juris*, il principio *mater semper certa* non è espressione del diritto quale tecnica di ingegneria sociale, o mero strumento adiaforo nelle mani del legislatore – vale a dire dei poteri, nonché dei gusti e delle mentalità, di tempo in tempo dominanti - ma è espressione del diritto come insieme tramandato di principi del vivere insieme. Questi principi rappresentano altrettanti luoghi dell'argomentazione, porosi al cambiamento storico, e a loro volta intrinsecamente valutativi¹⁷.

Possiamo dilungarci a elencare le implicazioni che il principio *mater semper certa* ha assunto nel corso della storia, uno dei quali è certamente stato addossare alla donna sola la responsabilità della nascita di un figlio; ma vi è un significato del principio che è innegabile e non può essere trascurato. Esso significa che davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l'ordinamento si ferma. Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. *Mater semper certa* è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l'identità e la storia di un essere umano facendone il 'costrutto' di quel dispositivo, ed è in questo senso un auto-limite che presidia un rapporto il meno possibile squilibrato tra 'legge' e 'realtà', al cospetto dell'angosciante consapevolezza di ciò che può implicare l'abuso della prima nei confronti della seconda¹⁸.

E' il principio di civiltà che consiste, come è stato in più casi riconosciuto, nell'impedire di trasformare il figlio, e *chiunque*, da soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui¹⁹.

¹⁶ Compresa, e assai importante, quella prettamente culturale consistente nella sola esistenza del divieto, che esprime una visione negativa del fenomeno da parte della nostra comunità, nella consapevolezza che se all'atto pratico, per più di un motivo, concreti comportamenti possono sfuggire sia al divieto sia alle sanzioni, o suggerire in diritto decisioni equitative che contemperino interessi che altrimenti sarebbero più gravemente lesi (come nel caso dei bambini ormai cresciuti con i committenti e ovviamente da essi non più separabili) l'ordinamento mantiene un impegno nel senso della contrarietà al fenomeno e nella direzione del suo disincentivo (il divieto per esempio giustifica e incoraggia l'operare dell'Italia sul piano internazionale contro la gpa). L'immagine del comportamento 'illecito sebbene non punibile' utilizzata a suo tempo dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco con riferimento all'aborto, offre una importante suggestione che è degna di meditazione.

¹⁷ Mi preme prendere le distanze dall'idea per cui davanti al 'nuovo' della vita sociale il 'diritto' è sempre indietro, che riduce il diritto a un insieme transeunte di regole positive costantemente 'da aggiornare' per far spazio al 'nuovo' davanti al quale è per definizione 'inadeguato'. Penso che i grandi principi generali ci offrano invece la possibilità di ragionare sulle trasformazioni e i mutamenti, mantenendo l'ancoraggio, dialettico, ai fondamenti di valore della convivenza, che è specifica responsabilità del giurista e, data la profonda connessione tra i principi generali e quelli costituzionali, del costituzionalista. Ne ho ragionato in *Divieto di surrogazione ecc.*, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno CirsDe, Torino, 10-11 dicembre 2016, cui mi permetto di rinviare anche per l'indicazione dei riferimenti dottrinali.

¹⁸ Il problema della manipolabilità dell'umano è il problema del diritto nella nostra epoca, e tra i molti che vi hanno riflettuto ricordo G. Giuseppe, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora *Giuseppe Capograssi. La vita etica*, cur. F. Mercadante, Milano, 2008, p. 481-566.

¹⁹ Mi pare interessante e significativo che coloro che si oppongono alla legalizzazione della gpa in Italia, giuristi o meno, tendono a vedere nel relativo divieto una espressione del diritto quale momento di civiltà, si confrontino le posizioni di una avvocata come M. Sgorbati, *Maternità surrogata, ecc.*, in *BioLawJournal, Rivista di BioDiritto*,

Non mi pare difficile cogliere come, in questo senso, *mater semper certa* sia intimamente collegato alle radici personalistiche della nostra Costituzione, risolvibili nel principio della anteriorità e irriducibilità della persona umana a qualunque costrutto che la riduca ad oggetto.

Direi dunque che non c'è una *surrogacy* buona (da permettere) e una cattiva (da continuare a vietare); e che non è esatto vedere al fondo del divieto di *surrogacy* in Italia la sola, per quanto importante, dignità della donna. Il divieto di *surrogacy* non protegge le donne dalla mercificazione, ma ogni essere umano dalla manipolazione del suo sé. Esso rimanda a una questione essenziale che investe l'intera relazione tra individuo e ordinamento, relazione che nella nostra cultura giuridica è stata sempre risolta a favore dell'individuo (della persona), in quanto entità portatrice di una dimensione di autonomia, indisponibile alle manipolazioni di dispositivi artificiali di qualsivoglia fonte e natura.

10. *L'interesse del bambino*. Considerando che la gpa consiste nella separazione del nato dalla madre, il senso sistematico del divieto emerge chiaramente. L'ordinamento, intonandosi al rispetto del contenuto di valore del principio *mater semper certa*, considera l'interesse del minore alla stabilità di un rapporto di cui nasce titolare, quello con la donna che lo ha partorito, l'unica persona al mondo che, sino alla nascita, ha avuto una relazione con lui.

Dunque il divieto di *surrogacy*, e il principio *mater semper certa*, non dovrebbero essere visti separatamente da (tanto meno in conflitto con) l'interesse del minore, ma come parti costitutive di quest'ultimo.

Mette conto allora ricordare che, nell'ordinanza che qui si commenta, come in buona parte del dibattito oggi corrente, l'argomento dell'interesse del minore compare nei seguenti contesti e utilizzi: *a)* il bene del minore non può essere portato contro la legalizzazione della gpa, posto che non è provato²⁰ che la gpa danneggi la salute fisica o psichica dei bambini, mentre, quanto al loro interesse alla conoscenza delle origini, una buona legge basterebbe a garantirlo²¹; *b)* consiste, oltre che nell'interesse alla conoscenza delle origini, nell'interesse a preservare le relazioni in cui il bambino si è trovato *dopo la nascita* (e può pertanto condurre a far ritenere opportuno che la verità della nascita non risulti dai suoi documenti).

Questo secondo intendimento dell'interesse superiore del minore (atto a legittimare situazioni sorte in violazione di legge e dei diritti di terzi) è stato spesso criticato dai commentatori delle decisioni che la giurisprudenza ha recentemente emesso in tema di *surrogacy*²². Si tratta in vero di un argomento afflitto da una contraddizione logica profonda. Se, infatti, si ragiona che è nell'interesse del bambino conservare le relazioni in cui si trova è poi difficile sostenere che la gpa non offende l'interesse del minore, tanto in concreto che in astratto, dato che essa *consiste* nel separare un

n.2/2016, p. 111 ss., di una filosofa del diritto come S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre)*, ib., p. 93 ss.; , di una giurista dalla grande esperienza in magistratura come G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili*, in *Consultaonline*, n. 2/2017, di una filosofa politica come L. Muraro, *L'anima del corpo*, Brescia, 2016, di una sociologa come D. Danna, *op. cit.*

²⁰ Impossibile aprire in queste pagine il tema del rapporto tra la giurisprudenza e l'informazione scientifico- tecnica. Mi pare però del tutto inappropriata al compito del giudice l'aspirazione a supplire il proprio giudizio con ricerche scientifiche 'validate', come si esprime l'ordinanza, anche considerata l'ingenuità della credenza, che così si corrobora, circa l'oggettività e neutralità della 'scienza'.

²¹ Peraltro, argomentazioni siffatte possono cercare di dimostrare che la gpa non offende l'interesse del bambino, ma certamente non dimostrano né possono dimostrare che nascere da gpa vada nell'interesse del bambino, il che mi sembra comprovare che gli interessi in vista dei quali l'introduzione della gpa è auspicata non sono mai quelli dei bambini destinati a nascere in questo modo, laddove il 'superiore interesse' dei bambini dovrebbe sempre essere condizionante in ogni scelta, concreta o astratta, che riguardi l'infanzia.

²² Dove esso è stato inteso, scrive assai bene B. Pezzini, *Nascere*, cit., p. 239, come un modo per mettere a tacere e cancellare tutto ciò che vi è prima della nascita.

bambino al momento della nascita dall'unica relazione che ha avuto sino a quel momento, ovverosia quella con la madre che lo ha portato in grembo, relazione alla quale darebbe spontaneamente prosieguo e sviluppo, se non venisse forzatamente staccato dalla partoriente (un neonato cerca da solo il seno materno, e lo trova)²³, e che non è relazione di mero fatto, ma di pieno diritto, dato il principio *mater semper certa*.

La gpa allora, è per definizione un procedimento contrario all'interesse fondamentale del bambino, positivamente riconosciuto nel nostro diritto, a stare nelle relazioni in cui si trova e a consolidarle.

In reazione ai toni svalutativi nei confronti della relazione materna che sono comparsi nella recente giurisprudenza in materia di *surrogacy* la dottrina ha giustamente sviluppato crescente attenzione circa il significato anti-femminile, misogino e patriarcale rivestito dagli argomenti che, come quelli relativi all'interesse del minore a rimanere con la famiglia committente, pretendono che esso nasca come *tabula rasa*, da un 'forno' e non con un corredo relazionale preciso, individuato e suo proprio, argomenti i quali dovrebbero considerarsi banditi in una società che si ispiri al rispetto per le donne²⁴. A me pare che basterebbe appellarsi al principio *mater semper certa* per ricordare che la relazione tra il figlio e la madre è già riconosciuta dal nostro diritto positivo, e come relazione di cui un termine è la madre, l'altro il bambino e non è pertanto a disposizione della prima²⁵.

L'insufficiente volontà di valorizzare, attualizzandolo, il principio *mater semper certa*²⁶ spiega la svalutazione della gravidanza come relazione, e il rifiuto di pensare la relazione madre-figlio come cellula fondativa della famiglia – due elementi che viceversa sono già racchiusi nel principio *mater semper certa*, i quali mostrano anche che il nato da gpa è persona offesa nel suo diritto alla vita

²³ Innegabilmente, «per il neonato o la neonata l'allontanamento è sempre forzato»: D. Danna, *Fare un figlio* cit., p. 138, secondo la quale «l'interesse superiore del neonato non può essere che continuare l'unica relazione che ha avuto, cioè stare con sua madre, che lo nutre e lo accudisce», *ib.*, p. 141.

²⁴ Alla valorizzazione della gravidanza come relazione è dedicato in particolare il qui più volte citato contributo di B. Pezzini, che opportunamente insiste sul rilievo costituzionale della maternità.

²⁵ Dalle decisioni della Corte costituzionale in tema di parto anonimo mi parrebbe argomentabile che, nel nostro sistema, la madre può disporre della relazione col figlio e del figlio con lei, ma non a sua discrezione, ossia per motivi economici, ovvero 'altruistici' nei confronti di terzi che aspirino a diventare genitori, ma solo in nome dell'interesse del bambino a nascere, o di interessi di pari rango, tutti interni alla relazione tra madre e nascituro. Questo mi rende dubbiosa rispetto alla proposta, meditatamente avanzata da B. Pezzini, *Nascere*, cit., di scindere il «progetto di gravidanza» (della donna) dal «progetto di genitorialità» (dei committenti), che si basa sul convincimento che rientri nell'autodeterminazione della donna «dare compimento a un progetto riproduttivo destinato a non avere seguito e continuità personale, dopo la nascita del figlio/a, bensì destinato ad avere seguito e continuità con un progetto genitoriale di altri» (*ib.*, p. 201). Quando rileva che il parto anonimo consente una scissione della genitorialità naturale da quella giuridica, la sent. 278/2013 in nessuna sua parte fa pensare che la donna sia «arbitra» di quella scissione, ossia possa prenderla per qualunque motivo possibile, e in particolare in nome degli interessi di terzi (né del resto alcunché di analogo vale per la decisione abortiva). La scissione tra maternità naturale e giuridica è giustificata dalla Corte solo in presenza di «pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi [madre e nascituro]», e con il fine che «la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili». Consentire per legge che una donna possa intraprendere una gravidanza allo scopo di far diventare genitori altri, e precisamente, come nell'ipotesi disegnata da Barbara, una coppia di committenti, dei quali uno almeno è privo di legame biologico col nato mi parrebbe, inoltre, non poter non condurre alla conseguenza che la partoriente (o, quando del caso, il padre naturale) che, non riconoscendo il figlio, lo rende adottabile, dovrebbe allora poter scegliere i genitori adottivi, ciò che non è consentito nel nostro ordinamento, a differenza di altri. In nessun modo mi pare sostenibile che nel nostro ordinamento la madre può rinunciare alla sua funzione genitoriale verso la prole in considerazione della persona e degli interessi di coloro che ne vorrebbero diventare genitori.

²⁶ Ciò si spiega con il convincimento che il principio *mater semper certa* è discriminatorio nei confronti degli uomini, e in particolare dei maschi omosessuali, e perciò dovrebbe essere sostituito da una più generale fonte di riconoscimento, il divieto di discriminazioni. Quest'ultimo però riesce a tutelare soltanto, e propriamente, gli interessi dei genitori intenzionali e l'interesse del bambino quale risulta, come dice B. Pezzini, 'a valle' dell'avvenuta gpa (*Nascere*, cit., p. 230 ss.), mentre per definizione esclude la protezione della relazione originaria del nato con la madre, che è invece abbracciata dal principio *mater semper certa*.

familiare da parte di tutti i partecipanti all'accordo che contempra il suo distacco dalla madre al momento della nascita e che per questo, ovverosia perché implica la lesione del diritto alla famiglia di ciascun nuovo nato, la gpa è istituto lesivo dei diritti umani fondamentali²⁷.

11. *Il favor veritatis*. Il *favor veritatis* in materia di atti di nascita si salda con il principio *mater semper certa* quale momento di auto-limitazione dell'ordinamento davanti alla minaccia di alterazione della realtà della nascita, con danno all'identità, e alla libertà, della persona-bambina considerata²⁸. Proteggere la persona dalla manipolazione della sua identità è del resto, al fondo, lo scopo del diritto alla conoscenza delle proprie origini che la stessa ordinanza sottolinea come fondamentale, e che, va detto subito, non è un diritto alla felicità, cioè un diritto a non conoscere circostanze difficili o singolari inerenti la propria nascita.

Ci si spiega in effetti a fatica come, dopo aver argomentato a più riprese l'importanza per il minore del diritto a conoscere le proprie origini, il giudice chieda di ricevere il potere di cancellarle, e sempre nell'interesse del minore. Rendendosi conto della contraddizione in cui incorre, il giudice argomenta, intanto, che l'annotazione di non veridicità della nascita dalla madre committente avrebbe una logica «latamente sanzionatoria della condotta genitoriale».

Poiché l'ordinamento vieta la surrogazione di maternità, che i committenti possano subire una certa sanzione, e in particolare un giudizio di disvalore, per il loro comportamento, a me parrebbe, a dire il vero, del tutto logico. Da parte del giudice mi appare contraddittorio individuare come vizio del divieto della legge 40 la sua 'inefficacia' contro chi ricorre alla *surrogacy*, e poi considerare incostituzionali le conseguenze, incommode o sfavorevoli, che discendono in capo a qualcuno per aver violato quel divieto. E particolarmente contraddittorio mi pare che il giudice, dopo aver ribadito la propria convinzione circa il disvalore della gpa 'commerciale', chieda un rimedio che permette di sanare, per così dire, proprio un caso in cui si è fatto ricorso a quest'ultima, e dunque condurrebbe alla pratica obliterazione del divieto (che in quanto tale è prima di tutto un giudizio di disvalore).

Il giudice poi richiama il «possibile interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico (oltre che di affetto) corrispondente alla effettività della relazione con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre» ». Al riguardo, direi che un simile interesse può certamente bilanciare, ma non annullare, un altrettanto 'possibile' (opinabilità vale opinabilità) interesse del minore a conservare la propria identità, vale a dire la propria storia nella sua complessità. Oggi le studentesse americane di college rifiutano sdegnate di indossare abiti indiani, considerandolo un atto di *cultural appropriation*. Noi non possiamo escludere che, crescendo, questo bambino il cui patrimonio genetico «è al 50% indiano» non senta di essere stato oggetto di un atto di appropriazione, vedendosi legalmente descritto come figlio naturale di una donna occidentale.

Poiché d'altronde «la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre» non è, proprio per queste ragioni, la madre di nascita, è irragionevole volerla equiparare a quest'ultima. In un ordinamento che riconosce il principio *mater semper certa* la differente qualità tra gravidanza e parto, da un lato, e 'progetto familiare' dall'altro, è *in re ipsa*.

Maggiore considerazione meriterebbe inoltre, a mio giudizio, l'ipotesi, che nell'ordinanza non viene neppure accennata, per cui l'interesse sostanziale al quale risponderebbe l'indicazione della

²⁷ Cfr. I. Anrò, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: it is compatible with the European Catalogues of Human Rights?* in questa Rivista, III/1, 2016, p. 22 ss., p. 36 ss. La gpa, vietata nella maggior parte dei paesi del mondo, è bandita in numerosi documenti internazionali, ciò che depone per la ragionevolezza del divieto che la concerne in Italia.

²⁸ La conoscenza delle proprie origini è pre-condizione di libertà nelle relazioni con gli altri, per primi i genitori sociali. La materia della gpa ha già ampiamente dimostrato, anche in Italia, le tentazioni manipolatorie dell'identità personale cui essa espone in primo luogo il giudice, si pensi a Trib. Milano 28 dicembre 2016, che ha negato la relazione di fratellanza tra due bambini nati dalla stessa partoriente e dagli ovuli della stessa donna (fecondati con i gameti di ciascuno dei due padri biologici), e che giustamente ha preoccupato B. Pezzini, *Nascere*, cit., p. 237.

madre committente come madre naturale sia un interesse proprio di quest'ultima, a considerarsi e essere considerata davanti al mondo la 'vera' madre del figlio. E' un interesse la cui forza è indubbia, e umanamente forse comprensibile, ma privo di valore alla luce dei nostri principi, e certamente gioca contro il 'superiore interesse del minore' alle proprie origini. Di qui la profonda sensatezza dell'intervento terzo dell'ordinamento per il *favor veritatis*, che protegge il soggetto debole sin da un'epoca della sua vita in cui non può ancora manifestare ciò che egli pensa, sente e desidera per sé, ma è già pienamente titolare del diritto alla trasparenza sulle circostanze della propria nascita.

Affidando al giudice il potere di valutare caso per caso che cosa scrivere nei documenti di nascita si apre inoltre la possibilità di dar vita a situazioni ingiustamente diversificate. Un uomo e una donna italiani che abbiano ottenuto via *surrogacy* un bambino con tratti caucasici, avendolo commissionato per esempio in Ucraina, una volta ottenuto 'nel superiore interesse del minore' un atto di nascita che lo rende loro figlio naturale potrebbero tenere nascoste al bambino le sue origini, sulle quali egli potrebbe, occidentale figlio di occidentali, mai interrogarsi. Ciò stabilisce una potenziale discriminazione nei confronti, da una parte, dei genitori adottivi, tenuti a far conoscere al figlio le sue origini, dall'altra delle coppie omosessuali maschili, che in nessun caso possono tener nascosto ai figli l'esser nati da gpa.

La scelta dell'ordinamento per il *favor veritatis*, alleata al diritto del minore a conoscere e preservare le proprie origini, pone sullo stesso piano tutte queste situazioni, impedendo che le diverse condizioni personali o sociali delle persone interessate (avere o meno commissionato un figlio con tratti somatici simili ai propri; essere o meno eterosessuali) incidano in modo diseguale sulla titolarità e l'esercizio dei loro diritti e doveri.

In casi come quello in discorso, in cui il minore ha un padre naturale e legale, e la madre committente può ricorrere all'adozione in casi particolari, la situazione giuridica del bambino è d'altronde certa e solida, sebbene giuridicamente limitata, ad esempio nei diritti ereditari, nei confronti del ramo familiare del genitore adottivo; è una situazione, cioè, corrispondente a uno *status* contemplato dalla legge in termini generali, astratti, che in nessun modo possono essere considerati stigmatizzanti.

Non si deve perdere di vista che l'interesse che il minore rischia di vedere leso è quello, primario e fondamentale, alla conoscenza delle proprie origini, che come tale, può essere limitato e bilanciato solo da interessi di altrettanto primaria e fondamentale natura. Mi pare che l'estensione dei propri diritti ereditari non abbia questa caratura, mentre discorso diverso potrebbe valere nel solo caso in cui il minore nato da gpa rischi di trovarsi in una situazione di apolidia. In questo solo caso il danno minacciato è pari all'interesse destinato a essere compresso (il diritto alle proprie origini) perché direttamente in gioco è l'integrità della identità e dei connessi basilari diritti della persona.

12. *Tra le due sentenze 'Campanelli', il tempo di una maturazione.* L'ordinanza milanese mi appare, come una buona parte della giurisprudenza recente in materia di *surrogacy*, ampiamente risentire del clima istituito dalla prima decisione della Corte di Strasburgo sul caso Campanelli, quando la Corte fu molto recisa nel sostenere la criticabile e criticata asserzione secondo cui 'l'unico interesse' di un bambino nato da *surrogacy* è quello di rimanere presso la famiglia committente. Oggi noi disponiamo però della seconda e più meditata decisione di Strasburgo su quel caso, la quale ha riconosciuto che l'intento dello stato italiano di contrastare la surrogazione di maternità è un *relevant public interest*.

In questo intervallo mi pare maturato il tempo per riconoscere il senso e il valore di un divieto²⁹, che guarda all'essere umano come soggetto a pieno titolo, detentore di una propria identità e di proprie relazioni, indisponibili, sin dal momento del suo venire al mondo.

²⁹ Per analogo auspicio: E. Lamarque, *Navigare a vista*, in *giudicedonna.it.*, 1/2017.