



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2017

LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri

di BARBARA PEZZINI

**NASCERE DA UN CORPO DI DONNA:
UN INQUADRAMENTO COSTITUZIONALMENTE
ORIENTATO DALL'ANALISI DI GENERE DELLA
*GRAVIDANZA PER ALTRI***

di *Barbara Pezzini*

*Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Bergamo*

ABSTRACT

ITA

Il saggio propone un inquadramento delle esperienze di “gravidenza per altri” orientato dal principio anti-subordinazione di genere ricavabile dalla trama delle disposizioni della Costituzione italiana.

La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità viene ricostruita attraverso le irriducibili asimmetrie di genere che si manifestano nella riproduzione: sottolineare la distinzione tra desiderio e progetto riproduttivo, e poi tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, consente di vedere le diverse condizioni di complementarietà fra i sessi. La gravidenza è riconosciuta come esperienza relazionale complessa, profondamente segnata dalla condivisione corporea ed inevitabilmente asimmetrica, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni inter-soggettive (presupponendo soggetti interamente separati). Dal valore specifico della relazione di gravidenza, radicato nell'ordinamento costituzionale ed orientato dall'analisi di genere, discende la possibilità di riconoscere anche la gravidenza per altri come un'esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di relazioni; il principio costituzionale anti-subordinazione di genere consente di aprire al riconoscimento della capacità

femminile di intrecciare relazioni significative: con il nascituro/la nascitura “nella” gravidanza, innanzitutto, ma anche con altri soggetti (genitori intenzionali) ai fini del progetto di genitorialità.

Ammessa la possibilità di una scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre, la tutela della dignità e della piena libertà di scelta della madre biologica (colei che partorisce) è affidata alla necessità imprescindibile di riconoscimento della genealogia materna: l’affermazione di un “principio del nome della madre” viene proposto sia in prospettiva *de iure condendo*, sia come chiave di una rilettura critica della giurisprudenza che, nonostante un assoluto divieto nel diritto interno, non può evitare di misurarsi con le conseguenze di esperienze di GPA fatte all’estero.

EN

The essay assumes the theoretical perspective of a gender analysis oriented by the “principle of gender non-subordination”, as typically expressed by the Italian Constitution, and moves from the starting point of considering pregnancy as a complex relational experience between a pregnant mother and an unborn baby, deeply marked by bodily sharing and necessarily unsymmetrical.

The gender asymmetry has marked in the past and still marks the whole experience of procreation, as well as its legal shaping; therefore, it is necessary to investigate whether and how far complementarity in the sex-gender system has to be considered, when addressing the issue of the experience of a “pregnancy for others” (a “birth mother” gives birth to a baby for a couple of intending parents, either of the same or of different sex). This can be better done drawing a clear distinction between the procreative project (from insemination to birth, via childbearing) and the parental project (from the birth onwards); the core of a procreative project is the (woman’s only) relational experience of pregnancy, while a parental project implies parental care and responsibilities towards the newborn, which both women and men are able to guarantee.

The constitutional principle of gender non-subordination may provide guidance to protect the dignity and the freedom of choice of a “birth mother”, without denying her self-determination; but the criterions by which the law usually considers inter-subjective relationships (assuming subjects, which are entirely separate) do not fit the situation of surrogate motherhood, which requires new legal categories to be shaped. It is necessary to recognize the woman’s competence to build different ties (before, during and after the relational experience of pregnancy) and to assume different responsibilities over the reproductive and the parental projects by the means of a legal regulation of surrogacy: a new legal framework able to protect and safeguard the special and unique role of the birth’s mother. The new principle of “birth mother’s acknowledgement” also allows revising critically some recent judgments, which deal with children born by surrogate motherhood abroad and their intended parents, affirming the need to safeguard the recognition of the special and unique role of birth’s mother together with the best interests of the children.

NASCERE DA UN CORPO DI DONNA: UN INQUADRAMENTO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO DALL'ANALISI DI GENERE DELLA *GRAVIDANZA PER ALTRI*

di *Barbara Pezzini*

SOMMARIO: 1. *Il principio anti-subordinazione di genere nella costituzione italiana (in dialogo con Silvia Niccolai)*; 2. *Prologo*; 3. *Il punto di partenza: la gravidanza come esperienza relazionale complessa*: 3.1. *Specificità della maternità - e della gravidanza - nella costituzione italiana (soggettività incarnata in un corpo femminile in gravidanza e costituzione italiana)*; 4. *Posizionare la GPA, oggi*: 4.1. *L'irriducibile asimmetria relazionale nella riproduzione*; 4.2. *La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità*; 4.3. *Un nuovo livello di complessità: la gravidanza per altri*; 5. *I nodi della costruzione giuridica del genere*: 5.1. *Progetto riproduttivo, progetto genitoriale e orientamento sessuale*; 6. *La cornice e la storia*; 7. *La gravidanza per altri: la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre*: 7.1. *Il nome della madre*; 7.2. *L'autodeterminazione della madre (solo) biologica*; 7.3. *La relazione tra madre biologica e genitori intenzionali*; 8. *La gravidanza per altri: di chi è il progetto genitoriale?*; 9. *La gravidanza per altri dal punto di vista del figlio/della figlia*; 10. *Per aprire una riflessione: il principio anti-subordinazione di genere come criterio di lettura della giurisprudenza*: 10.1. *De iure condito: gli effetti e le conseguenze della GPA, nonostante il divieto.*

1. Il principio anti-subordinazione di genere nella costituzione italiana (in dialogo con Silvia Niccolai)

Queste riflessioni nascono da una esplicita intenzione di dialogo con Silvia Niccolai: è stata prima di tutto la sua “proposta di riflessione”¹ a spingermi ad affrontare espressamente i nodi complessi e impegnativi della *gravidanza per altri* (GPA), saggiando l'ipotesi di un in-

¹Che muove dichiaratamente dalla opzione in favore di un approccio capace di tenere presenti le posizioni del femminismo italiano detto della “differenza sessuale”: S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte III, pp. 1-53 ss.

quadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere di questa esperienza².

In queste riflessioni, tenendo conto di quanto da lei messo in luce e degli stimoli ricevuti dalle sue riflessioni critiche, proverò, dunque, a superare alcuni limiti del suo ragionamento (o, per lo meno, alcuni che a me sono apparsi come limiti del suo ragionamento), sforzandomi, innanzitutto ed ancora in diretto dialogo con lei, di motivare quella che considero la premessa fondativa di ogni questione di genere, e di ogni possibile inquadramento della riproduzione: premessa che si ritrova nel diritto costituzionale positivo e che ho in precedenti lavori indicato come “principio anti-subordinazione di genere”³.

In riferimento alle obiezioni esplicitamente rivolte al principio anti-subordinazione da Niccolai⁴, voglio sottolineare che la lettura dell'uguaglianza di genere che propongo, in chiave anti-subordinazione, si radica in una analisi di genere delle disposizioni della costituzione italiana, prima e indipendentemente che in qualsiasi dottrina generale (in particolare, di derivazione statunitense⁵); viene quindi proposta in una declinazione di diritto positivo, ricavando dalla trama delle norme costituzionali uno strumento che fornisce una chia-

²Il dialogo con S. Niccolai ha trovato una preziosa occasione confronto diretto nel convegno organizzato a Torino l'1 e 2 dicembre 2016 dal CIRSDE, intitolato “Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere”, all'interno della sessione “Corpi” (gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione).

³B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio antisubordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, vol. III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009; *Costruzione del genere e costituzione*, in *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, vol. I, Studi*, a cura di B. PEZZINI, Bergamo University Press – Sestante edizioni, 2012, p. 15.

⁴In *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? cit.*, p. 17, come già in *Il dibattito sulla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 313, dove peraltro osservava, più articolatamente, p. 352, nt. 87, il riferimento «a una idea sociale di dignità» e l'orientamento ad una tutela dei valori della persona situata, vale a dire, ad obiettivi di uguaglianza di fatto.

⁵A partire da O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, No. 2 (Winter, 1976), pp. 107-177; ma anche nella versione del principio anticaste di C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Mulino, 2009, p. 215. Piuttosto, è dal saggio di M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, 23, 2004, p. 364, che ho tratto gli spunti iniziali per la formulazione del principio anti-subordinazione di genere nella dimensione costituzionale nazionale.

ve interpretativa specifica delle contraddizioni di genere e che permette di esplorare tutte le contraddizioni di genere del diritto positivo, superando, innanzitutto, le strettoie della mera prospettiva antidiscriminatoria – che rischia di risultare, troppo spesso e troppo facilmente, astrattamente neutralizzante.

Una densa trama di norme costituzionali prende in considerazione le relazioni tra uomini e donne e la loro posizione nei diversi ambiti della vita: le differenze tra i sessi sono nominate e rilevano non solo con riferimento espresso ai *sessi* (così nell'art. 3 cost.), ma anche in termini di genere.

Benché il riferimento espresso e consapevole alla nozione di *genere*⁶ non sia emerso negli studi sociali che in una fase successiva, sono, infatti, originariamente presenti nella costituzione repubblicana regole che – riconoscendo le differenti situazioni di fatto in cui si trovano gli uomini e le donne ed i differenti ruoli sociali che ricoprono, particolarmente nella famiglia e nella riproduzione – dispongono tutele e garanzie adeguatamente “sitate”. Norme che confermano e rafforzano – sia nella sfera familiare (gli art. 36, 37, 31), sia nella sfera pubblica (art. 29, 48, 51 e, successivamente, anche 117, co. 7) – il principio di uguaglianza già affermato nei principi fondamentali, consentendo che esso operi nella effettiva consistenza delle condizioni materiali di esistenza delle donne e degli uomini nella società: nel quadro della autodeterminazione dei percorsi di vita riconosciuta dai principi fondamentali del personalismo e di uguaglianza degli artt. 2 e 3 cost., le norme costituzionali imprimono alle relazioni tra i sessi, ed a tutti i contesti in cui tali relazioni si svolgono, una precisa direzione volta alla rimozione di ogni forma della subordinazione femminile al maschile.

⁶ Per intendere le potenzialità del *genere* come strumento concettuale applicato all'analisi delle norme giuridiche che riguardano la specificità del soggetto femminile e, per ciò di cui stiamo specificamente trattando, della *madre* come soggetto essenziale della riproduzione, si può fare riferimento ad una prima definizione di *genere*: «Il genere è l'insieme di status-ruoli attribuiti ad una persona o a un gruppo di persone esclusivamente sulla base della loro appartenenza sessuale. È perciò la definizione sociale dell'appartenenza di sesso. Si parla quindi di “identità di genere” per riferirsi al modo in cui l'essere donna (o uomo) viene prescritto socialmente. Si tratta di un concetto più adeguato di quello di ruoli “sessuali”, in quanto indica l'insieme delle risorse, aspettative, norme, che definiscono socialmente un'appartenenza sessuale, nel corso della vita», C. SARACENO, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità femminile*, F. Angeli, Milano, 1992, p. 40-41.

Nella costituzione repubblicana risulta così incorporata una prospettiva di ridefinizione dell'*universale*, che non può più essere fatto semplicisticamente coincidere con gli orizzonti del diritto preesistente in una prospettiva meramente assimilazionistica del “femminile” entro costruzioni normative, categorie ed istituti nati e definiti entro un orizzonte di esperienza esclusivamente “maschile”. Se il riferimento al sesso/genere è pensabile solo nella differenza e attraverso la differenza, che rende la prescrizione dell’uguaglianza tra i sessi un vero e proprio ossimoro⁷, è proprio questa tensione intrinseca ad imporre il superamento della semplificazione per cui l’uguaglianza è percepita come *in-distinzione* (*sameness*), spingendo ad una elaborazione culturale più complessa, sia della lettura della *differenza* tra i sessi, sia dell’articolazione del principio di uguaglianza: che va declinato in chiave *antidiscriminatoria*, *antistigmatizzazione* e, soprattutto, in chiave *anti-subordinazione*, valorizzando quella differenza che sarebbe resa irrilevante da un’uguaglianza normativa pensata in funzione meramente antidiscriminatoria.

2. Prologo

L’art. XI della *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* scritta da Olimpia de Gouges nel pieno della Rivoluzione francese affermava che:

«*La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi della donna, poiché questa libertà assicura la legittimità dei padri verso i figli. Ogni Cittadina può dunque dire liberamente, io sono la madre di un figlio che vi appartiene, senza che un pregiudizio barbaro la obblighi a dissimulare la verità; salvo rispondere dell’abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge*».

⁷Di ossimoro parla C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32; M. MINOW, in particolare in *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education, LCP*, vol. 48, n. 2, 1985, p. 157 ss. e *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-London, 1990, introduce l’espressione “dilemma della differenza”, rimarcando che la differenza viene perpetuata sia notandola che ignorandola, sia da un trattamento indifferenziato che da un trattamento diseguale. Sui molteplici percorsi che rivelano la consapevolezza dell’ossimoro e lo elaborano, v. anche D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, ES@, 2004.

La de Gouges aveva pubblicato, nel settembre 1791, la sua *Dichiarazione* orientata a riconoscere alle donne la titolarità ed il godimento degli stessi diritti riconosciuti agli uomini: il testo denunciava la condizione delle donne francesi e rivendicava, anche per loro, il riconoscimento delle garanzie di uguaglianza e libertà conquistate dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* proclamata dall'Assemblea Nazionale nell'agosto 1789 e confermata dalla Costituzione del 1791. L'art. XI va, dunque, collocato nel contesto complessivo di una dichiarazione che avrebbe permesso alle donne di essere comprese *ab initio* nell'orizzonte degli uguali che costituisce la premessa della costruzione degli stati del costituzionalismo moderno, dal quale sono, invece, risultate strutturalmente escluse.

Diritti declinati anche al femminile che contribuiscono a definire l'universale (impedendo l'assunzione del maschile come suo riferimento e *standard* implicito): questo è il passaggio mancato in quel tornante della storia e, da allora, continuamente inseguito; un modo di concepire i diritti, gli *status*, le posizioni che non sia segnato da una dimensione astratta di universalità – che in realtà dissimula la gerarchizzazione che subordina il femminile al maschile –, ma che sia capace di concreta assunzione della differenza di genere in modo non subalterno e non discriminatorio.

Nell'art. XI l'affermazione di un diritto “diseguale”, specificamente declinato al femminile nell'intitolazione formale e nel suo contenuto esclusivamente riferito all'esperienza vitale della maternità, emerge alla nostra attenzione perché rivendica la differenza e per come lo fa: rivendicare il diritto di rivelare una filiazione naturale e/o adulterina significa impedire che si perpetui una condizione di pregiudizio e subordinazione che appare drammaticamente destinata ad operare nel senso di condannare la donna ad assumere da sola tutta la responsabilità sociale del frutto di una gravidanza, che riguarda e colpisce il suo corpo come “destino biologico”⁸.

Molto ci sarebbe su questo terreno da dire e da approfondire, sulla scorta di quanto già ricostruito da quanti alla vita della de Gouges ed alla sua *Dichiarazione* hanno dedicato studi e riflessioni.

⁸Evocando l'art. XI è necessario richiamare il fatto che già nel precedente art. X si afferma: «Nessuno deve essere perseguitato per le sue opinioni, anche fondamentali; la donna ha il diritto di salire sul patibolo, deve avere ugualmente il diritto di salire sulla Tribuna; a condizione che le sue manifestazioni non turbino l'ordine pubblico stabilito dalla legge».

A partire da Joan Scott⁹, che ha affrontato esplicitamente il modo in cui le donne hanno posto la questione dell'uguaglianza nella rivoluzione francese, chiedendosi come abbiano creato il soggetto politico che pretendevano di rappresentare e come abbiano tentato di rifiutare quel disegno della natura funzionale all'ordine sociale, che veniva assunto come evidenza indiscutibile dei loro corpi e, contemporaneamente, come contraddizione insuperabile alla loro domanda di cittadinanza. A proposito dell'art. XI, Scott ha rilevato che rappresentare le donne come soggetti con diritto di parola richiede più che una estensione quantitativa della cittadinanza, in quanto comporta il rifiuto esplicito di accettare sesso e maternità come la ragione per cui le donne devono tacere, come ciò che le de-qualifica come soggetti e le rende estranee alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*: l'art. XI – facendo sì che i fondamenti impliciti dell'esclusione, ribaltandosi, divenissero le ragioni espresse dell'inclusione (nella sfera dei diritti) – ha reso visibile il contratto sessuale alla base del contratto sociale. La possibilità di “dare il nome al padre” – osserva Scott – riconosceva il potere della legge e rivelava le trasgressioni dei potenti: esprimeva contemporaneamente una rivendicazione nei confronti delle responsabilità del padre ed una denuncia degli abusi patriarcali; senza il diritto di parola le donne non avrebbero avuto potuto costringere gli uomini ad assumere le proprie responsabilità ed i doveri della paternità, adempiendo obbligazioni dalle quali dipendono la coesione sociale e le libertà individuali.

Nell'art. XI la garanzia dell'uguaglianza trae forza dalla specificazione e dal particolare; sottolineando il contrasto con le astratte generalizzazioni dell'articolato della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, che non indulge mai ad un tale livello di dettaglio, Scott illumina la questione cruciale della differenza (se «la specificità della Donna marca la sua differenza dalla universalità dell'Uomo» è nella misura in cui «l'inclusione della Donna implica il bisogno di pensare in modo differente l'intera questione dei diritti»¹⁰), ma mette anche in luce il para-

⁹J. SCOTT, *French Feminists and the Rights of 'Man': Olympe de Gouges's Declarations*, History Workshop, No. 28 (Autumn, 1989), pp. 1-21, Oxford University Press.

¹⁰J. SCOTT, *cit.* p. 11: «At the most crucial point in the argument – the demand for liberty to speak – the specificity of Woman marks her difference from the universality of Man. But the addition of Woman also implies the need to think differently about the whole question of rights».

dosso della teoria politica della rivoluzione francese e della tradizione dell'universalità giuridica che in essa trova fondamento¹¹.

Certo non si vogliono qui ignorare le osservazioni critiche di chi ha rilevato nella formulazione dell'art. XI – in cui la libertà di espressione sarebbe stata (sottinteso: riduttivamente) “femminilizzata e maternalizzata” a garanzia delle ragazze madri – un sostanziale disinteresse ed una diffidenza della de Gouges rispetto al tema generale del diritto alla libera manifestazione del pensiero, che ne avrebbe comportato lo slittamento dalla dimensione pubblica ad una esclusivamente privatizzata¹².

Si tratta di letture che, più marcatamente, sottolineano il nesso di questa specifica disposizione con il “femminismo” della de Gouges, che appare evidente soprattutto quando le formulazioni degli articoli della Dichiarazione vengano ricollegate alle considerazioni della *Postfazione (Postambule)* che segue l'articolato, da cui emerge il rifiuto della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, tra politica e società, insieme con la netta rivendicazione della necessità che la garanzia dei diritti della donna penetri nello spazio domestico e nella camera da letto, fondando un nuovo contratto sociale tra l'Uomo e la Donna¹³.

L'art. XI, in ogni caso, mostra plasticamente come «una caratteristica fisiologica femminile, la capacità procreativa, congiunta al rischio di una paternità negata, se non fonda, ciò non di meno introduce la questione dell'accesso femminile alla libertà di espressione», rivedandone la dimensione sessuata (fondata sull'appartenenza sessuale e sul corpo sessuato)¹⁴.

¹¹J. SCOTT, *cit.* p. 17-18: «By those terms, political was synonymous with rational, public, and universal, with the free agency of autonomous subjects. Woman, by a set of definitions attributed to nature, was construed as having antithetical traits, hence being outside politics. In order to formulate a critique of this theory, feminists like de Gouges contested its definitions, and sometimes also its legitimating premises, but at the same time they used the prevailing terminology of the day. This produced an ambiguous discourse which both confirmed and challenged prevailing views, and which exposes to us a fundamental paradox of the political theory of the Revolution: the relative and highly particularized aspect, the undeniable embodiment, of its claim to universality».

¹²J. COLE, *Between the Queen and the Cabby. Olympe de Gouges's Rights of Women*, Montreal; Kingston; London; Ithaca: MQUP, 2011, p. 129-131.

¹³*Ibidem*, p. 142.

¹⁴S. ABOUDRAN, *Construction normative et féminité. Olympe de Gouges, ou la portée du modèle déclaratif*, in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 197-210, DOI 10.3917/anso.031.0197, p. 206.

Ed è per questo che alle parole dell'XI articolo possiamo anche guardare come ad sorta di prologo del nostro discorso sull'analisi di genere della GPA (*gravidanza per altri*, come meglio si chiarirà più avanti¹⁵): per marcare la centralità della questione riproduttiva dentro la costruzione giuridica del genere.

È la riproduzione che rivela l'inconsistenza delle categorie di – falsa o, comunque, illusoria – neutralizzazione; è a partire dalla riproduzione che emerge l'urgenza di nuovi strumenti, di diritto diseguale non discriminatorio.

Prologo ideale anche per marcare come il peso del *corpo* femminile, indissolubilmente legato al destino biologico della maternità, si leghi alla insostenibile leggerezza (alla evanescenza) della *mente* della donna, a cui è negata la libertà di parola funzionale alla chiamata alla responsabilità paterna: perché nella attribuzione di paternità (nel chiamare alla responsabilità un padre) è titolo quel rapporto coniugale che affida al marito l'esclusività dell'accesso al corpo della moglie, mentre non si riconosce alcun rilievo alla volontà connessa all'esperienza materna della donna.

Certo, quell'orizzonte sembra molto lontano dall'esperienza attuale.

Da un lato, se pensiamo oggi al tema dell'attribuzione della paternità evocato dalla XI disposizione, guardiamo alla tecnologia ed al DNA piuttosto che alla "libertà di parola" della madre.

Dall'altro, è il contesto dei diritti delle donne ad essere profondamente mutato, dal momento che le garanzie di parità – cui le donne della rivoluzione francese hanno invano aspirato – risultano ormai acquisite (per quanto non possiamo ignorare che il completamento del percorso assimilazionista è storia solo recente e per quanto dobbiamo tenere presente la disomogeneità della geografia dei diritti delle donne nel nostro mondo così globalizzato).

3. Il punto di partenza: la gravidanza come esperienza relazionale complessa

Ma anche in questo nuovo e diverso contesto, gli sviluppi della tecnologia e le categorie paritarie dei diritti non hanno ancora rimosso

¹⁵V. oltre par. 4.

l'irriducibilità della differenza e le asimmetrie della complementarità – che pure esiste – dei due sessi nella vicenda riproduttiva.

Si viene al mondo per il tramite di un corpo di donna.

E non è un fatto circoscrivibile e riducibile ad un processo biologico. La mediazione femminile che porta alla luce un nuovo essere umano ha tempi lunghi, è un lungo processo di trasformazione che connette l'esperienza di una donna (la madre biologica) e quella della donna/ dell'uomo che lei partorirà (il/la nascituro/a).

La gravidanza deve essere considerata come un'*esperienza relazionale complessa*, che non sempre siamo in grado di vedere nella sua dimensione propriamente relazionale.

Il concepito ha un'aspettativa di vita solo per il tramite di quella speciale "accoglienza" in un corpo di donna che si realizza durante la gravidanza¹⁶ e, contemporaneamente, l'accoglienza del prodotto del concepimento in un corpo di donna si impone anche come condizione materiale della paternità: la gravidanza resta, di conseguenza, il momento centrale ed imprescindibile della vicenda umana riproduttiva, per quanto l'evoluzione delle tecnologie riproduttive possa avere modificato le forme della relazione uomo-donna, rendendo oggi possibile, tramite la fecondazione in vitro, una riproduzione sganciata dalla relazione sessuale.

Ed è, per certi versi, proprio nella sfera giuridica che emerge e si rivela una fatica particolare a riconoscere la dimensione relazionale della gravidanza, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni inter-soggettive – presupponendo, cioè, due soggetti interamente separati, mentre la relazione tra la madre gestante ed il nascituro / la nascita è profondamente segnata dalla condivisione corporea. La gravidanza è una relazione che rende la donna "due e tutt'uno" (unità duale), una relazione inevitabilmente asimmetrica, come ha saputo almeno in parte riconoscere la giurisprudenza costituzionale laddove l'asimmetria si manifesta nella

¹⁶V. anche T. PITCH, *Un diritto per due*, cit., 80: «si viene al mondo grazie ad una donna, alla sua cura, al suo desiderio; si diventa persone tramite quella mediazione femminile»; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 442, sottolinea il «modo singolare ed esclusivo di dipendenza della vita del figlio dalla vita e dal corpo della madre», nel contesto di una riflessione sull'embrione che non mette a tema questa specificità con riferimento al corpo femminile (al soggetto sessuato femminile).

sua forma più carica di drammaticità, nell'interruzione volontaria della gravidanza¹⁷.

3.1 Specificità della maternità – e della gravidanza – nella costituzione italiana (soggettività incarnata in un corpo femminile in gravidanza e costituzione italiana)

Nonostante l'indubbia difficoltà della sfera giuridica a cogliere la dimensione relazionale della gravidanza, la specificità della maternità/gravidanza trova proprio nel testo della costituzione italiana un riconoscimento saldo, entro una dimensione della costruzione costituzionale dei rapporti di genere che procede alla rimozione non solo delle *discriminazioni* a carico delle donne ma anche, e soprattutto, della *subordinazione* del genere femminile al maschile¹⁸.

Entro questa visione complessiva, la costituzione garantisce esplicitamente la *tutela della maternità*, in particolare attraverso gli articoli 31 (*La Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù*) e 37 cost. (*Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione*).

Una *maternità* che non può essere un valore astratto dalla persona che è “*madre*”, né tanto meno può essere ridotta ad un processo puramente biologico che consente all'embrione di diventare una persona.

La maternità costituzionalmente tutelata costituisce il centro della relazione primaria ed essenziale tra le persone umane, quella generativa (riproduttiva), senza la quale l'esperienza esistenziale semplicemente non c'è, non ci può essere.

La maternità costituzionalmente tutelata è la maternità *in un corpo di donna*, l'esperienza esistenziale che attraversa – molto materialmente – il corpo di una donna.

Nel quadro del personalismo costituzionale, che situa ogni soggetto nel contesto anche materiale delle sue relazioni, non si può ignorare che le donne hanno un *corpo femminile* che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedu-

¹⁷Sent. 27/1975 sull'aborto; sul tema si rinvia a B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, a cura S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, tomo II, p. 1655-1687, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁸V. sopra par. 1.

re mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo.

Si tratta di una prospettiva da cui emerge l'essenziale *specificità* della soggettività incarnata nel corpo femminile in gravidanza. Da qui una posizione costituzionalmente rilevante, privilegiata e tutelata *della madre*, anche se non realmente emersa in tutta la sua portata nell'approccio prevalente di inquadramento costituzionale *della relazione tra madre e embrione*, per come l'abbiamo conosciuto nella giurisprudenza costituzionale e nelle posizioni dottrinali espresse in relazione alle questioni della interruzione volontaria della gravidanza e della fecondazione medicalmente assistita, orientate da una prospettiva di tutela della *salute della madre* che rischia di offuscare la madre stessa, come soggetto e come persona¹⁹. Riconoscendo che il *soggetto incarnato in un corpo femminile*, in quanto tale e in quanto soggetto portatore di una specificità di genere, precede logicamente ed assiologicamente ogni riferimento al diritto alla *salute* del soggetto medesimo, riusciamo finalmente a vedere un soggetto femminile portatore di una specificità di genere (il corpo gravido di una madre) e a comprendere la necessità di una regola davvero pertinente all'assoluta specificità dell'essere *unità duale*, da cui emerge la specificità della relazione del nascituro con la madre²⁰, senza la quale una tutela è addirittura impensabile, perché non c'è possibilità di sviluppo e quindi aspettativa di vita fuori ed a prescindere da un corpo di donna che accolga l'embrione nella gravidanza fino al termine di questa, fino al momento in cui è possibile una sopravvivenza autonoma.

¹⁹Come ha rilevato G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, p. 828

²⁰«Madre e nascituro sono, in un modo altrimenti impensabile, due e tutt'uno. Senza questa ammissione, l'habeas corpus non esiste, se non come diritto dei maschi per i maschi»: A. SOFRI, *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palermo, Sellerio, 2008, p. 27.

4. Posizionare la GPA, oggi

Per poter procedere ad affrontare un'analisi della posizione che può assumere l'esperienza della gravidanza per altri (GPA) nel contesto costituzionale italiano è necessaria, innanzitutto, una premessa terminologica²¹.

Intendo consapevolmente usare la sigla GPA per riferirmi all'espressione "gravidanza per altri", pur sapendo che tale acronimo rimanda più comunemente all'espressione "gestazione per altri"²², che non mi sembra, tuttavia, un'opzione condivisibile, in quanto mette in primo piano il processo gestazionale evocandolo prima e persino al posto della donna in gravidanza, quasi come un processo oggettivato e "disincarnato" dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica.

Si tratta evidentemente di una scelta che già orienta la considerazione dell'esperienza di GPA, a fronte di una varietà della terminologia impiegata per identificare il fenomeno che non è univoca e neppure neutra: si registrano, infatti, espressioni come *maternità per sostituzione*, *maternità surrogata*²³ o *su commissione*, *locazione o affitto d'utero* (che facilmente diventa, più comunemente nel linguaggio corrente, *utero in affitto*, brutale sineddoche che rimuove la donna in quanto soggetto), *contratto di maternità*, *maternità su procura*, che sottendono o si riferiscono ad esperienze differenti (o profili differenti di una esperienza di gravidanza)²⁴.

²¹Già lo notava I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3; la sua scelta a favore dell'espressione *maternità per sostituzione* sottolinea e delimita come elemento caratterizzante il contesto relazionale tra due donne, una delle quali «si presta ad avere una gravidanza per un'altra» (p. 4): proprio per questo, però, non pare adatta a comprendere anche l'ipotesi di una gravidanza per altri in favore di una coppia omosessuale maschile, che è una parte dell'esperienza della GPA che non credo opportuno ignorare.

²²In particolare veicolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani; l'espressione è raccomandata anche dalle *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI*, a cura dell'Unar, 2015, p. 18, che, richiamando le denominazioni utilizzate in lingua francese ed inglese *gestation pour autrui*, *surrogate motherhood*, *surrogacy*, propongono le espressioni *gestazione di sostegno*, *gestazione per altri*, *maternità surrogata*, sollecitando ad evitare, invece, l'espressione *utero in affitto*, ampiamente ricorrente nei media, in quanto espressiva di un giudizio negativo.

²³L'espressione surrogazione di maternità compare nella l. 40/2004, all'art. 12, co. 6.

²⁴Dal contesto anglo-americano deriva l'espressione *surrogacy*, utilizzata anche, insieme alla corrispondente versione francese *maternité de substitution*, nei documenti del progetto

L'esperienza della GPA riguarda la riproduzione, ma anche la genitorialità, obbligandoci innanzitutto a riflettere sul nesso tra l'una e l'altra.

La genitorialità si riferisce al progetto di chi accoglie un figlio/una figlia assumendo la responsabilità di accompagnarlo/a nel percorso di progressiva costruzione di una piena autonomia personale.

La riproduzione è un processo che prende avvio dalla fecondazione (incontro di un ovulo da parte di uno spermatozoo), ma la cui componente essenziale resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza*, che non può essere messa in ombra né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante: il corpo gravido per nove mesi è una *donna che intesse una relazione* ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata.

Il progetto di genitorialità ha, a sua volta, un legame complesso con la riproduzione.

L'assume come necessario presupposto (non può esserci assunzione di responsabilità di genitore/i se non per un essere umano venuto al mondo attraversando il processo di riproduzione), ma se ne distingue, dal momento che le responsabilità genitoriali riguardano (e, quindi, hanno inizio quando) un nuovo essere umano è nato al mondo sepa-

“Parentage/Surrogacy Project” – “Filiation/Maternité de substitution” nell’ambito della Conferenza de L’Aja di diritto internazionale privato (HCCH, Hague Conference on Private International Law – Conférence de La Haye de Droit International Privé); il glossario proposto dal documento preliminare n. 3 B del marzo 2014, *The desirability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project, Annex A, Revised Glossary*, distingue ulteriormente non solo tra i diversi soggetti dell’accordo di surrogazione (*surrogacy arrangement*) – *surrogate mother* e *intending parent(s)* –, ma anche tra i diversi aspetti e le diverse condizioni della surrogazione: *traditional/gestational*, a seconda che ci sia o meno un legame genetico tra madre surrogata e figlio; *for-profit/altruistic*, in relazione alla presenza di una remunerazione da parte dei genitori intenzionali che vada oltre la copertura delle spese “ragionevoli”; nonché tra i diversi livelli di riconoscimento di un legame tra figlio e genitori: *legal parentage / genetic parentage*, distinguendo tra il criterio di attribuzione dello status di genitore (l’assunzione dei diritti e degli obblighi genitoriali) ed il riconoscimento del legame genetico, che nella surrogazione possono disgiungersi ed anzi spesso non coincidono. Quello che il *Glossario* sembra completamente ignorare è la possibilità (e la necessità) di nominare autonomamente la relazione della madre biologica con il figlio/figlia, dando quindi riconoscimento alla relazione di gravidanza come tale: la madre surrogata – acconsentendo a portare a termine una gravidanza per i genitori intenzionali e rinunciando ai diritti genitoriali che seguono alla nascita – sembrerebbe entrare in relazione solo con i genitori intenzionali e non con il nascituro.

randosi dal corpo della madre (quando termina la gravidanza) e possono essere assunte (tramite l'adozione) anche da soggetti che non hanno alcun legame biologico con il figlio/la figlia adottivo/a (non hanno contribuito alla fecondazione, né alla gravidanza), o che ne hanno uno solo parziale (fecondazione eterologa e gravidanza per altri/e).

4.1 *L'irriducibile asimmetria relazionale nella riproduzione*

Tutta l'esperienza della riproduzione risulta profondamente marcata dall'asimmetria relazionale: oltre a quella che caratterizza la gravidanza c'è, infatti, quella dei due sessi, radicalmente diverso essendo il ruolo di maschi e femmine, padri e madri nella riproduzione.

Diventa perciò importante nominare tutte le asimmetrie implicite nella riproduzione, perché la loro visibilità costituisce la premessa per assumerne consapevolmente l'eventuale rilievo e compiere consapevolmente l'operazione di decidere quanto e come debbano essere rilevanti.

Muoviamo dalla constatazione che il desiderio di avere dei figli è una delle componenti essenziali della esperienza umana; non indispensabile, non ugualmente condiviso da tutti e da tutte, ma certamente presente in modo che possiamo considerare generalizzato negli esseri umani.

Ne ha dato atto anche la giurisprudenza costituzionale²⁵, riconoscendo la irriducibile e fondamentale componente di autodeterminazione (sfera di libertà) in ordine al progetto genitoriale.

²⁵Si intende fare riferimento alla sentenza 162/2014, laddove riconosce che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»: con questo richiamo non si intende ovviamente ignorare o sottovalutare l'ampia discussione suscitata dalla sentenza (v. per tutti G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, ESI, 2014, p. 127, anche e specificamente per quanto riguarda lo specifico passaggio citato, ma sottolineare come la prospettazione della sentenza 162/2014 risulti certamente più impegnativa nel richiamare l'autodeterminazione della sfera personale (la sfera più intima e intangibile) del mero riconoscimento delle "esigenze della procreazione" contenuto, in precedenza, nella sent. 151/2009: sul punto C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 15; Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere, in *Giur. cost.*, 3/2014, p. 2593 ss., spec. 2596 s.

Ma il desiderio individuale di avere figli è espresso da esseri umani *uomini e donne*, è dunque un desiderio di *paternità* (maschile) e di *maternità* (femminile) che, per concretarsi in un progetto riproduttivo e genitoriale, deve confrontarsi con le condizioni per realizzarlo: la prima di tutte è che per entrambi, uomini e donne, la realizzazione del desiderio richiede necessariamente un contributo nella riproduzione da parte di un essere umano dell'altro sesso, implicando di conseguenza una (qualche forma di) relazione con un essere umano dell'altro sesso (una relazione propriamente di natura sessuale – un atto sessuale che determini la fecondazione, necessario e sufficiente presupposto per l'avvio di una gravidanza – non è più indispensabile da quando gli sviluppi delle tecnologie riproduttive hanno reso la fecondazione indipendente e sganciata dalla sessualità).

Questa *complementarietà dei sessi* nella riproduzione conduce spesso ad inquadrare il desiderio individuale di paternità e di maternità nella cornice di una relazione di coppia eterosessuale, proponendo una implicita associazione necessaria del desiderio di avere dei figli all'esistenza di una relazione di coppia eterosessuale. In realtà, la necessaria complementarietà dei sessi nella riproduzione, non muta la sostanza *individuale* del desiderio di maternità e paternità trasformandolo in un desiderio necessariamente condiviso da una coppia eterosessuale (in un desiderio che non può che essere espresso all'interno di una coppia eterosessuale e, tanto meno, nel desiderio *di una coppia* eterosessuale); non solo perché *desiderio e progettualità* non possono che appartenere ed essere ricondotti alla dimensione irriducibilmente unica di ogni singola persona umana, ma perché il grado di complementarietà e di reciproca dipendenza da una persona dell'altro sesso per soddisfare il proprio desiderio mostra una profonda e irriducibile asimmetria.

Già considerando le condizioni minime indispensabili per la riproduzione, le differenze tra i sessi cominciano a mostrarsi in tutta la loro evidenza.

Il contributo maschile al desiderio femminile di maternità consiste un "apporto biologico" che implica un uso del corpo maschile non in-

vasivo, generalmente piacevole, limitato nel tempo e facilmente ripetibile (e che in ciò si esaurisce).

Il contributo femminile al desiderio maschile di paternità non solo richiede l'apporto di un contributo biologico che può essere "separato" dal corpo della donna solo con il ricorso a procedure invasive e di forte impatto sulla salute della donna (nonché, comunque, di per sé non sufficiente a portare a compimento il processo riproduttivo), ma soprattutto implica la gravidanza, cioè un processo di lunga durata, fisiologicamente di nove mesi, che comporta un impatto di grande trasformazione del corpo della donna ed una esperienza "relazionale" tra la madre gestante ed il feto (quell'esperienza relazionale specifica che si è già evidenziata, caratterizzata dalla peculiare condizione di un corpo di donna che è *due e uno contemporaneamente*, che diventa unità duale).

4.2 *La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità*

Desiderio di maternità e paternità procedono quindi in un percorso che resta fortemente asimmetrico (in ragione soprattutto, ma, come si è visto, non unicamente, della centralità della gravidanza), sino a che ci concentriamo sulle condizioni – umane, relazionali, tecnologiche – necessarie per mettere al mondo un nuovo essere umano, sino a che intendiamo paternità e maternità in senso proprio come "*progetto riproduttivo*".

Ma la messa al mondo di un nuovo nato comporta/implica anche l'assunzione di responsabilità di accudimento ed educazione nei suoi confronti, responsabilità genitoriali²⁶ in cui maternità e paternità trovano oggi una maggiore reciprocità e simmetria di posizione giuridica²⁷ e sociale (probabilmente più giuridica che sociale); il desiderio di maternità e paternità implica, quindi, anche un "*progetto genitoriale*".

²⁶Anche se l'antropologia ci restituisce esperienze di responsabilità collettive e condivise per le funzioni di accudimento ed educazione dei bambini, la cornice giuridica e sociale entro la quale ci collochiamo individua preliminarmente le responsabilità genitoriali, configurate come principio costituzionale nell'art. 30 cost.

²⁷Si tratta di un percorso relativamente recente, prefigurato ed imposto a livello delle norme costituzionali dal principio di uguaglianza che viene garantito nella sfera delle relazioni familiari (art. 30), ma anche nella sfera del lavoro (art. 37 ed estensione della garanzia di tutela della essenziale funzione familiari dalle lavoratrici madri ai lavoratori padri).

Progetto riproduttivo (rivolto a mettere al mondo un nuovo essere umano) e progetto genitoriale vengono resi concettualmente e materialmente distinguibili l'uno dall'altro dal fatto della nascita, anche se il riconoscimento della loro continuità è imposto dalla unicità/continuità di chi viene al mondo (il/la nascituro/a, che ha una connessione genetica con un padre ed una madre, ha sperimentato una relazione umana con la madre biologica, è il figlio /la figlia dei genitori che ne assumono la responsabilità).

Per quanto il progetto genitoriale con elevata frequenza statistica si saldi e si compenetri con il progetto riproduttivo, confondendosi con quello, senza soluzione di continuità di tutti i soggetti interessati (padre, madre, figlio/a), e per quanto dobbiamo sempre tenere a mente fino a che punto in questa forma ed in questa continuità abbia strutturato la nostra comprensione della riproduzione umana²⁸, è pacificamente acquisito che un progetto genitoriale può anche, attraverso l'istituto dell'adozione, configurarsi in forma del tutto indipendente dal progetto riproduttivo (in assenza di un progetto riproduttivo) e che la continuità dei soggetti (padre e madre) del progetto riproduttivo rispetto a quello genitoriale può spezzarsi e venire a mancare²⁹.

A me sembra che la necessità di fare i conti con l'asimmetria (con l'esistenza di relazioni inevitabilmente asimmetriche nei progetti riproduttivi e genitoriali) costituisca, oggi, una difficoltà specifica dei giuristi che, in materia di rapporti di genere, si sono da poco abituati (o forse dovremmo dire arresi?) alle categorie della non-discriminazione, che offrono la comoda, anche se illusoria, prospettiva della *neutralità* di genere. Una prospettiva illusoria nella misura in cui la neutralità del diritto è sempre una "neutralizzazione", vale a dire l'assunzione – di fronte ad un elemento di differenziazione che si manifesta – della prospettiva della irrilevanza: trattare due situazioni "come se" quella differenza non esistesse comporta una prospettiva "attiva" di intervento, prescrizione, definizione ed inquadramento giuridico.

²⁸Per una riflessione sul rilievo specifico degli impliciti di genere e sulla necessità di decodificarli: *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, a cura di L. MORRA, B. PASA, Torino, Giappichelli, 2015.

²⁹Possono essere le diverse ipotesi di riconoscimento da parte della sola madre, di disconoscimento di paternità successivo, di esercizio da parte della madre biologica del diritto a non essere nominata.

La *pseudo-neutralità* ha due limiti, che agiscono in direzione opposta ma convergono nella prospettiva della rimozione: da un lato, occulta, dietro la maschera formale ed astratta della parità, le condizioni della subordinazione; dall'altro, impedisce di assumere l'opposta prospettiva di riconoscimento e di attribuzione di un valore specifico a quella differenza.

Per questo non convincono le elaborazioni³⁰ che assumono il genere come un concetto che neutralizza interamente ogni differenza tra i sessi, finendo per coincidere con la persona umana, che è stata, però, de-materializzata e disincarnata proprio dalla condizione primaria della sua corporeità. Ed è più che dubbio che la «posizione epistemologica *gender neutral* espressa dalla diffusa sostituzione da parte delle varie legislazioni (nazionale, regionale ed europea) del termine sesso con genere» – ammesso che possa ricostruirsi davvero in questi termini una complessiva tendenza neutralizzante – sia l'unica prospettiva che apre alla possibilità di «far breccia su stereotipi e prospettive giuridiche sessiste per giungere al riconoscimento, ad esempio, dell'omogenitorialità o della plurigenitorialità»³¹: innanzitutto, perché genere non può equivalere a sesso neutralizzato dalla differenza, se non ignorando la funzione e la caratteristica più significativa del concetto, che incorpora la costruzione – anche giuridica – della differenza, intesa come relazionalità e subordinazione³²; ma anche perché, al contrario, è proprio la possibilità di riflettere sistematicamente sia in

³⁰Come quella di A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia, in Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di A. SCHUSTER, Milano-Udine, Mimesis, 2011, p. 35 ss.

³¹Così L. MORRA, B. PASA, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in *Questioni di genere nel diritto cit.*, p. 10.

³²*Genere* è un concetto descrittivo e insieme una categoria analitica: indica la costruzione sociale dell'essere donna e uomo (i processi, i comportamenti, i rapporti che organizzano la divisione dei compiti tra uomini e donne, differenziandoli) ed implica l'adozione di un codice binario e relazionale, che richiede dialettica e reciprocità tra le sue componenti; il *genere* ha come presupposto il riconoscimento del fatto che le differenze tra i sessi determinano relazioni sociali imperniate sulla differenza (costruiscono gli uomini e le donne come *generi*) e che, a loro volta, tali relazioni sociali (i *generi*) riproducono le differenze. Genere rimanda ad una codificazione della coppia maschile/femminile in termini gerarchici, è l'elaborazione, pur variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica, dove il maschile è codificato come superiore e il femminile come inferiore: A. CRANNY-FRANCIS ET ALL., *Gender Studies: Terms and Debate*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 4.

termini di sesso, sia in termini di genere³³ che rende riconoscibili le differenze per elaborarle, nel quadro della prospettiva costituzionale di un principio anti-subordinazione di genere, neutralizzandole quando agiscono come poteri creando condizioni di subordinazione, ma consentendone anche la valorizzazione.

4.3 Un nuovo livello di complessità: la gravidanza per altri

Nel contesto relazionale già di per sé complesso ed asimmetrico della riproduzione/genitorialità, la GPA impone un nuovo livello di complessità.

La “gravidanza per altri” fa riferimento alla situazione di una *madre biologica* (cioè di una donna che vive con il nascituro l’esperienza relazionale della gravidanza) che consapevolmente e liberamente sceglie di dare compimento ad un progetto riproduttivo destinato a non avere seguito e continuità personale, dopo la nascita del figlio/a, in un progetto genitoriale di maternità propria, bensì destinato ad avere seguito e continuità con un progetto genitoriale di altri/e (in cui, cioè, saranno altri/e ad accogliere ed accompagnare il nuovo nato/ la nuova nata nel percorso di costruzione dell’autonomia personale, che convenzionalmente il diritto fa coincidere con il raggiungimento della maggiore età).

Scegliamo di nominarla come *madre biologica*³⁴ e di posizionarla al centro della scena per rimarcare la centralità ed irriducibilità della gravidanza come esperienza umana relazionale, a prescindere dalla possibilità che la madre biologica sia contemporaneamente anche *madre genetica* (che abbia cioè fornito anche l’ovulo che è stato fecondato) oppure no (avendo, in questo caso, ricevuto in utero l’impianto di

³³G. RUBIN, *The Traffic in Women. Notes on the “Political Economy” of Sex*, in RAYNA R. REITER (ed.), *Toward an anthropology of women*, New York: Monthly Review Press, 1975, p.157, definisce il *sex/gender system* come «l’insieme delle disposizioni sulla base delle quali una società trasforma la sessualità biologica in prodotti dell’attività umana e nelle quali questi bisogni trasformati trovano soddisfazione» (p. 159) rilevandolo come lo strumento concettuale che permette «di mantenere la distinzione tra la capacità umana e la necessità di creare un mondo sessuato, e i modi oppressivi in cui empiricamente i mondi sessuati sono stati organizzati» (p. 33).

³⁴Anche in questo caso c’è una intenzionalità nella scelta della espressione che identifica la madre che accoglie e porta a termine la gravidanza: v. D. DANNA, *Contract Children, Questioning Surrogacy*, Stuttgart, *ibidem*-Verlag, 2015, p. 39, che argomenta la scelta dell’espressione *Birth mother*.

un ovulo di altra donna fecondato). Lasciando, quindi, sullo sfondo la dimensione più propriamente genetica della maternità, *scegliamo consapevolmente di centrare il discorso sulla differenza ed asimmetria tra i sessi*, che si manifesta nella gravidanza (esclusivamente femminile) molto più marcatamente di quanto non emerga considerando il contributo genetico, rispetto al quale entrambi i sessi debbono fornire un apporto (ovulo femminile e spermatozoo maschile, per quanto, come notato in precedenza, anche rispetto alle modalità di fornitura del contributo genetico siano rilevabili significative asimmetrie tra i due sessi).

Non si ignorano le differenze che riguardano anche la messa a disposizione del materiale genetico, già di per sé molto più complessa per parte femminile che non per parte maschile; e neppure la differenza di qualità e quantità del trattamento medico richiesto per una *surrogazione tradizionale* e per una *gestazionale*³⁵, che certamente potranno e dovranno essere prese in considerazione ai fini di ulteriore sviluppo ed approfondimento di un discorso di cui qui si vogliono solo porre alcune premesse.

L'esperienza della gravidanza *per altri* si manifesta oggi come il punto di caduta delle trasformazioni nella sfera della riproduzione sessuale e nella sfera dei ruoli di genere nei rapporti familiari: in essa convergono gli effetti delle modificazioni profonde delle relazioni genitoriali, che hanno ampiamente ridefinito i confini dei ruoli materno e paterno nei confronti dei figli, e quelli dei processi tecnologici di fecondazione medicalmente assistita, in particolare in considerazione della praticabilità della fecondazione eterologa con utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia di genitori intenzionali.

Ci limitiamo qui a considerare la gravidanza per altri in relazione al progetto di genitorialità (maternità e paternità) di una coppia eterosess-

³⁵Nel *Glossario* richiamato nella nota 23, nella surrogazione *tradizionale* poiché la madre surrogata fornisce il proprio materiale genetico (ovulo), il nato ha con lei un legame genetico (il concepimento può indifferentemente avvenire naturalmente o con procedure di inseminazione artificiale); in quella *gestazionale* non fornendo la madre l'ovulo, non vi è alcun legame genetico tra madre surrogata e nato/a (è richiesto un trattamento di fecondazione assistita ed i gameti possono provenire dai due genitori intenzionali, da uno solo, da terzi). L'accento è posto sulla presenza / assenza di legame genetico con la madre (surrogata) biologica.

suale³⁶ in cui la madre non sia in condizioni di affrontare la gravidanza e, dunque, non possa essere la madre biologica (indipendentemente dal fatto che possa o meno fornire il proprio contributo genetico – l’ovulo da fecondare con lo spermatozoo del padre³⁷) nonché in relazione al progetto genitoriale (di doppia paternità) di una coppia omosessuale maschile. Lasciamo, quindi, sullo sfondo le ipotesi che al momento appaiono solo marginali e occasionali (gravidanza per altre in favore di una coppia omosessuale femminile, in cui entrambe le madri intenzionali non siano in grado di affrontare una gravidanza) per concentrarci su quelle intorno alle quali più concretamente si sta avviando la discussione³⁸.

La soluzione di continuità che, nelle circostanze qui considerate, si manifesta tra progetto riproduttivo e genitoriale *dal lato della madre biologica* comporta la differenziazione dei soggetti nelle due fasi e la necessità di indagare, e qualificare, le relazioni più complesse che essi intrattengono.

Lasciamo, invece, in sospenso anche la questione della imprescindibile esistenza di una *coppia* ai fini di un progetto genitoriale, limitandoci ad un breve riferimento a quello che potremmo chiamare il *binario della bi-genitorialità*, per alludere alla necessità di connettere l’esperienza genitoriale alla esistenza di una *coppia*.

Si tratta di rilevare almeno gli slittamenti progressivi che il riferimento alla necessità di una *coppia* genitoriale ha assunto, ad esempio, prima della sentenza 19599/2016 della Corte di Cassazione³⁹, che la applica ad una coppia di persone dello stesso sesso (e per arrivare sino ad essa).

Innanzitutto, vale la pena di ricordare come, a partire dal superamento della visione patriarcale che rendeva la genitorialità materna subalterna e marginale, la bi-genitorialità sia stata, innanzitutto, una

³⁶Ipotesi statisticamente prevalente, secondo quanto attestato dalle ricerche: di 80% dei casi riferisce, ad esempio, L. POLI, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE online* 2016-3, p. 7.

³⁷La madre genetica potrebbe quindi essere la madre intenzionale, la madre biologica ovvero una terza donna (spesso indicata come *donatrice*).

³⁸E che più concretamente hanno rilevanza anche nei casi giurisprudenziali: v. oltre par. 10.1.

³⁹Su cui v. oltre par. 10.1, per la parte in cui la Cassazione argomenta in relazione all’interesse del minore alla “doppia” genitorialità, indipendentemente dal sesso – comune o differente – della coppia di genitori (nel caso due madri).

faticosa conquista femminile rispetto alla mono-genitorialità della *patria potestà*⁴⁰.

In secondo luogo, come essa abbia poi trovato un fondamento legislativo – prima con l'introduzione della normativa sull'affido condiviso in caso di separazione (l. 54/2006), poi nell'ambito della riforma della filiazione (art. 337 ter c.c.) – riconducibile alla sfera di disciplina delle relazioni orizzontali genitori/figli nel contesto di crisi della coppia genitoriale⁴¹. *Ratio* e funzione della bi-genitorialità legislativa, quindi, ne collocano il rilievo a valle di un contesto di relazioni già instaurate mentre, sempre a livello legislativo, sarebbe piuttosto la disciplina della legge 40/2004 a pretendere che l'interesse del minore resti sempre univocamente e di per sé agganciato alla presenza di una coppia genitoriale eterosessuale⁴².

Nella normativa interna la *bi-genitorialità* si afferma avendo come presupposto implicito la continuità dei soggetti coinvolti nei progetti riproduttivo e genitoriale (e degli stessi progetti riproduttivo e genitoriale) e, per ciò stesso, anche la connotazione di complementarità maschile e femminile; quando passa a connotare la *doppia genitorialità* del progetto genitoriale di una coppia di persone dello stesso sesso, implica, tuttavia e al contrario, la discontinuità del progetto riproduttivo rispetto a quello genitoriale e la discontinuità dei soggetti che ne

⁴⁰Negli anni che precedono la riforma del diritto di famiglia del 1975, la stessa giurisprudenza costituzionale faticava a riconoscere la parità delle posizioni genitoriali di padre e madre: l'attribuzione della patria potestà veniva ricostruita attribuendo all'esercizio paterno della potestà la funzione di neutralizzare *ab origine* ogni possibile dissenso tra i genitori (così la sent. 71/1966) e riconoscendo che la madre potesse eventualmente concorrere ad esercitarla in quanto titolare *iure proprio* ma «in conformità di istruzioni altrui» (sent. 102/1967); solo eccezionalmente si incontrano sentenze che apertamente riconoscono la possibilità della madre di affiancare il padre nell'esercizio della potestà sui figli (sent. 9/1964: quando non si vede il rischio di un potenziale conflitto tra i coniugi) o di sostituirlo con pienezza di poteri (in una sorta di espansione della titolarità fino a quel momento compressa dal potere di istruzione paterno: sent. 102/1967).

⁴¹Il diritto dei minori di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione, costituisce il criterio guida che il giudice deve seguire nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, senza pregiudicare l'affidamento mono genitoriale nelle ipotesi in cui l'affidamento ad entrambi i genitori sia contrario all'interesse del minore: v. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. ZATTI, *Tomo I, Relazioni familiari – matrimoniali – famiglia di fatto*, Seconda edizione, Milano, Giuffrè, 2011, p. 47.

⁴²Già P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 1996, I, 84 ss. rilevava nella giurisprudenza della Cassazione una «caduta dell'assunto per cui è di per sé miglior interesse del minore avere due genitori anziché uno».

sono protagonisti, oltre a perdere il riferimento alla complementarità dei sessi (nella riproduzione) e dei generi (nella genitorialità)⁴³.

Ignorando la distinzione tra capacità generativa e genitorialità ed enfatizzando la complementarità dei sessi, si corre il rischio di sovrastimare la differenza tra la coppia etero e quella *same-sex*: differenza che non solo non è in grado di fondare ragionevolmente una diversificazione del trattamento giuridico della relazione orizzontale di coppia⁴⁴, ma che nemmeno può giustificare la differenziazione del trattamento nei confronti dell'assunzione di responsabilità genitoriali: ed, infatti, in questa prospettiva la Corte di cassazione, con la sentenza 22 giugno 2016, n. 12962, ha recentemente ritenuto che – dal momento che all'adozione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983, possono accedere sia le persone singole, sia le coppie di fatto – l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge per l'adozione in casi particolari, sia in astratto (la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo), sia in concreto (l'indagine sull'interesse

⁴³È questo un passaggio in cui il mantenimento della distinzione tra sesso e genere si rivela necessario alla piena comprensione delle vicende: la complementarità *dei sessi* maschile e femminile resta essenziale al progetto riproduttivo, pur non essendo tale rispetto *ai ruoli di genere* nel progetto genitoriale (che sono necessariamente mobili, in trasformazione e non sono inchiodabili alla prospettiva statica della complementarità); il riconoscimento delle differenze resta un passaggio imprescindibile alla valutazione di quale possa essere il trattamento giuridico ragionevole: non certo perché fondi, né autorizzi automaticamente un diverso trattamento giuridico delle coppie dello stesso o di diverso sesso, anzi, ma come precondizione di ogni valutazione in termini di ragionevolezza ed appropriatezza.

⁴⁴L'argomento specifico della "funzione riproduttiva" come caratteristica strutturalmente distintiva delle coppie eterosessuali rispetto alle coppie di persone dello stesso sesso – che compare, come è noto, nella sent. 138/2010 – risulta ampiamente criticato in dottrina; fra gli altri: A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *forumcostituzionale.it*, 2010, p. 12; R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni sam-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, p. 23; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, partic. p. 115 sg.; F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 29; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *www.dircost.unito.it*, p. 14, osservano: «la volontà della corte di predicare la necessità di applicare, anche nelle materie eticamente sensibili, il principio di precauzione: da tempo immemorabile è riconosciuto come un bene il fatto che i figli crescano con due genitori di sesso diverso, ed è dunque un bene che così sia anche per il futuro» aggiungendo anche che «anche in questo caso, la corte sembra non osare teorizzare tali conclusioni» (*corsivo ns.*).

del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non possa essere svolto, neanche indirettamente, dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio *partner*, dovendosi bensì dare preminenza all'esclusivo interesse del minore⁴⁵.

Attraverso questo passaggio, la bi-genitorialità diventa per sé *costitutiva*, nel senso che il legame di coppia va a costituire il fondamento del riconoscimento dell'esistenza di una relazione familiare (di ciò che costituisce famiglia). D'altro canto, tuttavia, sottovalutare la distinzione tra capacità generativa e genitorialità può portare, all'opposto, a dissolvere nella "coppia" genitoriale – che appare complementare di per sé, nella sua dualità di relazione affettiva stabile – l'asimmetria dei due sessi nella riproduzione, rendendola invisibile ed irrilevante.

5. I nodi della costruzione giuridica del genere

A maggior ragione è, dunque, necessario riconoscere che *la riproduzione sta al centro della questione di genere* ed analizzare compiutamente dal punto di vista di genere ogni vicenda che riguardi la riproduzione.

Se la riproduzione continua ad essere la vicenda umana che più segna la differenza e la complementarità dei due sessi, qual è oggi il posto socialmente e giuridicamente costruito che viene assegnato agli uomini e alle donne nelle vicende che interessano la generazione umana (in senso stretto, come riproduzione sessuata, ed in senso più ampio, proiettandosi fino a comprendere le relazioni genitoriali – di maternità e paternità)?

Qual è la *costruzione di genere* della riproduzione? Ed in che modo viene determinata anche dal diritto (il diritto agisce in essa)?

Il *genere* come categoria descrittiva e analitica dell'appartenenza sessuale ci dice, innanzitutto, quanto un'appartenenza sessuale – ed in particolare l'esistenza di un corpo femminile che genera – venga elaborata e costruita da *norme*, sociali e propriamente giuridiche; in se-

⁴⁵Cass. 12962/2016: su cui v. M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in *articolo29.it*; A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*, in *Diritto e giustizia*, 2016, fasc. 29, p. 61; con visione decisamente più critica, S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?* in *Giur. cost.* 2016, p. 1169.

condo luogo, ci permette di rappresentare i rapporti tra gli uomini e le donne, non solo attraverso un riferimento (che si pretende) naturale – il sesso –, ma anche attraverso i riferimenti sociali che li riguardano. Sono le regole giuridiche imposte e le norme sociali condivise che attribuiscono il genere agli individui, costruendo in tal modo ciò che è *maschile* e ciò che è *femminile* in una determinata società e così determinando il *tipo di relazione* che i due soggetti intrattengono.

Ma la duplice valenza – descrittiva ed analitica – della definizione ci impone anche di riflettere criticamente sull'artificialità e la non consequenzialità dei significati socialmente e storicamente normati di ogni appartenenza sessuale, sulla sua sostanziale non naturalità, quantomeno nel senso che non si tratta mai di una naturalità predicabile *tout-court*, esclusiva ed immediata; il fondamento di carattere naturale-biologico, pur non completamente relativizzabile o riducibile ad irrilevanza, è, quantomeno, sempre interpretato culturalmente, quindi storicamente e socialmente relativo.

Riflettere sulla costruzione di genere della riproduzione richiede di pensare alle relazioni umane-personali di fronte ai cambiamenti sociali, culturali, giuridici e tecnologici che incidono nella sfera specifica della riproduzione sessuata e nella sfera della maternità e della paternità.

Significa pensare maternità e paternità genetica, maternità biologica (gravidanza) nonché maternità e paternità genitoriale affrontando criticamente il tema del *dualismo* e della complementarità dei sessi e dei generi (della necessità e/o della rigidità del dualismo sessuale e di genere, di cosa possa significare ed implicare nella concretezza delle esperienze esistenziali).

Significa anche dovere assumere problematicamente le opposte dimensioni in cui la condizione specifica di un essere umano femminile (una donna) viene segnata dal suo corpo sessuato: di *neutralizzazione* (che condanna all'irrilevanza la specificità della esperienza della gravidanza) e di *essenzializzazione* (che ingabbia in una connotazione assolutizzante e totalizzante la condizione della donna, quasi ancorandola alla sola dimensione della gravidanza, come se potesse definirla interamente ed esaustivamente).

Questi indispensabili passaggi di analisi consentono di riposizionare e ripensare criticamente, nella sfera giuridica, le condizioni di *libertà, autonomia e differenza* che, di volta in volta, concernono i soggetti coinvolti nei progetti riproduttivi e genitoriali, in particolare ai fini

della analisi critica (in prospettiva *de iure condito*) e della formulazione (in prospettiva *de iure condendo*) delle norme giuridiche che intervengono negli ambiti della riproduzione umana, vale a dire ragionando sulla struttura e sui contenuti delle:

- regole di riconoscimento della specificità della relazione di gravidanza (della gravidanza come relazione);
- regole per l'attribuzione delle responsabilità genitoriali (attribuzione di maternità e paternità);
- regole di disciplina delle relazioni inter-soggettive implicate da un progetto riproduttivo e da un progetto genitoriale.

5.1 Progetto riproduttivo, progetto genitoriale e orientamento sessuale

Il processo che sta conducendo verso una piena accettazione, sociale e giuridica, dell'orientamento sessuale – sia etero-, sia omo-, sia bisessuale – come componente essenziale della persona, che attiene alla e si esprime nella sfera della autodeterminazione della persona stessa e che non può consentire discriminazioni⁴⁶, ha aperto anche la discussione sulla *omogenitorialità* (espressione con cui si intende l'esercizio delle responsabilità genitoriali all'interno di una coppia omosessuale)⁴⁷.

L'espressione stessa reca in sé una certa problematicità, in quanto tende ad offuscare la presenza di differenze tra coppie gay e lesbiche, ma soprattutto mostra la sua difficoltà di fronte alla necessità di affrontare il nesso tra progetto riproduttivo (che della complementarità tra i sessi non può fare a meno) e progetto genitoriale.

Mentre una coppia omosessuale femminile può con relativa facilità ottenere il contributo maschile necessario alla fecondazione ed è in grado di assumere al proprio interno – da parte di una delle donne partner – la gravidanza (ove l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita è consentito alle donne singole, ma anche con il ricorso a meto-

⁴⁶Sul processo complessivo, v. il fondamentale riferimento a M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2010; per una ricostruzione in ambito italiano v. M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore, 2011; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, Laterza, 2015.

⁴⁷A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Udine 2011.

dologie “fai-da-te” di auto-inseminazione con il seme di un donatore), la coppia omosessuale maschile non può che ricorrere alla gravidanza per altri. Ed è questo che spiega perché il dibattito sulla GPA coinvolga ed intrecci il tema dell’orientamento sessuale e del riconoscimento dei diritti LGBT nonostante si tratti di una pratica prevalentemente di coppie eterosessuali; tanto più quando l’ordinamento – come attualmente avviene in Italia – precluda alle persone singole ed alle coppie omosessuali l’accesso all’adozione (che consente la realizzazione della progettualità genitoriale indipendentemente da quella riproduttiva), di fatto imponendo di indirizzare il desiderio e la progettualità genitoriale della coppia omosessuale maschile unicamente in questa forma di necessaria saldatura della progettualità genitoriale con quella riproduttiva⁴⁸.

Per altro, come spesso accade, proprio la riflessione sulla situazione che appare più nuova, di frontiera (che sfugge o si ritiene estranea alle categorie generali), può aiutare a riflettere sulle categorie generali, che riguardano tutti e tutte.

Il progetto genitoriale della coppia omosessuale maschile è un progetto di *paternità*: di doppia paternità, potremmo dire. Non troppo diversamente da qualsiasi progetto di paternità eterosessuale, ha bisogno innanzitutto di costruire una preliminare *relazione* con una donna che accetti un progetto riproduttivo nel quale assume l’esperienza di madre biologica, accettando/volendo un figlio e volendolo per quel padre (per quei padri).

Al di fuori di questa specifica dimensione relazionale con una donna che intenda e possa essere (almeno) madre biologica, non c’è spazio per pensare la paternità; per nessun uomo, mai.

Nella dimensione del solo progetto riproduttivo, la paternità è una partecipazione con apporto di materiale genetico, la maternità coinvolge la dimensione genetica e quella biologica della gravidanza⁴⁹; la donna ha, per il suo ruolo indispensabile e specifico di madre biologica, una assoluta centralità di posizione nella riproduzione, che è premessa della genitorialità e che nessuna riflessione può ignorare.

⁴⁸S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit.*, p. 44.

⁴⁹Penso sia possibile, nel contesto del discorso che qui si vuole affrontare sul terreno del diritto positivo, prescindere qui dalla considerazione di una possibile eccedenza della paternità nella riproduzione, pur opportunamente evocata da S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit.*, p. 8, nota 16, attraverso la “parola poetica” di Amos Oz: una “nostalgia potente di paternità”, una “natura parentale” che può rivelarsi attraverso il piacere sessuale.

Anche nella più tradizionale e semplice forma della progettualità riproduttiva di una coppia eterosessuale che condivide progetto riproduttivo e genitoriale (in cui vi è coincidenza e continuità tra padre genetico e intenzionale, così come tra madre genetica, biologica e intenzionale), il progetto di *paternità* di un uomo deve passare necessariamente attraverso una donna che sia madre biologica con lui e per lui; che non solo fornisca un apporto genetico complementare, ma anche che percorra nell'arco dei nove mesi della gravidanza la relazione con il/la nascituro/a che permette lo sviluppo dell'embrione.

E la donna madre non è semplicemente presente come corpo-strumento che produce un figlio per il padre, ma nell'unità inscindibile corpo-e-mente di una donna, che vuole consapevolmente *e* il figlio *e* rendere padre un uomo.

Quando – giustamente a mio parere – ci preoccupa che la relazione che coinvolge la madre biologica con i genitori intenzionali assuma le forme di un “contratto”, mercatizzando la sfera più intima della nostra esistenza umana, è anche per la consapevolezza di quanto recente – ed ancora assai precaria nel mondo – sia la conquista di una *autonomia femminile* rispetto alla riproduzione, che fino a tempi molto vicini a noi era schiacciata nella subordinazione giuridica alla legge del padre, anche se non per l'operare del contratto, ma degli istituti giuridici del diritto di famiglia. Conformato dalla concezione patriarcale del rapporto coniugale, l'ordinamento consentiva al marito di imporre alla moglie sia la fecondazione (debito coniugale, divieto di propaganda anticoncezionale), sia la gravidanza e il parto (divieto di aborto); più in generale, la repressione penale dell'aborto implicava una decisione sociale che imponeva al corpo femminile fecondato la gravidanza e il parto, consentendo alla donna di sottrarsi solo agli effetti legali della maternità (diritto della madre a non essere nominata). Risultavano tutelati in questo quadro ordinamentale, insieme all'interesse del marito capo della famiglia, l'interesse sociale alla riproduzione (interesse demografico, declinato come “integrità della stirpe”) e persino l'aspettativa di vita del concepito, a spese, però, dell'autonomia della donna, il cui corpo femminile gravido veniva *reificato* per il raggiungimento di finalità che la trascendevano.

La considerazione della differenza tra i ruoli paterno e materno entro il progetto riproduttivo ci può aiutare a problematizzare la posizione che, anche nella coppia eterosessuale che fa ricorso alla GPA, assumono i due genitori intenzionali: sia il padre che la madre, infatti, si

rivolgono entrambi alla madre biologica con una richiesta di relazione tipicamente “paterna”, chiedendole, cioè, di essere madre per loro.

Si è osservato come ciò condurrebbe a mettere al centro della riproduzione il valore tradizionalmente *maschile* della trasmissione del legame genetico tra le generazioni, rendendo, al contempo, la donna «più simile all'uomo»⁵⁰; in un processo che, assumendo la prospettiva di genere sopra prefigurata, in realtà ostacola il processo di ridefinizione dell'universale a partire dalla complessità di maschile e femminile, per percorrere, ancora una volta, una scorciatoia di uguaglianza meramente assimilazionista⁵¹.

Di più, si potrebbe anche osservare come questo processo contribuisca attivamente a ridimensionare, soffocandola sul nascere, l'opposta prospettiva di una affermazione e riconoscimento di un principio (a matrice) essenzialmente femminile come vero e proprio valore universale⁵².

Nella GPA, sfumano, anche se non si cancellano, alcune delle differenze rilevanti ai fini della costruzione di relazioni tra soggetti femminili e maschili coinvolti nei progetti riproduttivo e genitoriale (relazioni tipicamente di *genere*).

Il progetto genitoriale – tanto di una coppia eterosessuale, quanto di una coppia omosessuale – deve saldarsi con il progetto riproduttivo di una donna che non si riduce ad un corpo femminile strumento biologico, ma afferma, da un lato, la sua determinazione di mettere al mondo un figlio per rendere genitori altri (per affidarlo alla responsabilità genitoriale di altri) e, dall'altro, fa esperienza di una relazione umana

⁵⁰Così S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 105-6, che, a proposito della madre genetica, parla di «un posizionamento della donna nel luogo tipicamente maschile: di colui che attende che la donna, un'altra ancora questa volta, sviluppi la gravidanza e partorisca la prole che perpetua i propri geni» rilevando uno «spostamento della femmina-madre-genetica nella posizione (e nei valori) del maschio-padre-genetico attraverso l'uso del corpo di una seconda donna».

⁵¹Per S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit.*, p. 10-11, lo slittamento della genitorialità verso una dimensione interamente e solo sociale ed intenzionale «istituisce un nuovo principio neutro ... quel fare, quel fatto sociale che servirebbe a neutralizzare le differenze che discriminano, è sempre stato necessario e sufficiente alla paternità, non alla maternità».

⁵²Ed è la prospettiva programmaticamente assunta da S. NICCOLAI in *Maternità omosessuale cit.*, p. 37, e dichiarata fin nell'intitolazione data al proprio intervento nel convegno Cirsde citato in nota 2: *Il divieto di surrogazione di maternità come principio della convivenza*.

specifica, quella della gravidanza, che prende l'avvio dall'accoglimento dell'embrione fecondato nel proprio corpo e si snoda nel tempo della gestazione fino alla separazione dal figlio con la nascita, relazione della quale assume la responsabilità.

6. La cornice e la storia

Ogni prospettiva di riconoscimento e regolamentazione della GPA – che ne voglia affrontare adeguatamente i problemi e che intenda cominciare a proporre soluzioni – deve assumere una cornice che restituisca i percorsi e la storia di come le asimmetrie siano state trattate, in passato, e continuano ad essere trattate, di quali costruzioni di genere abbiano alimentato e possano alimentare. Si tratta di interpretare gli snodi sociali, ma anche le trasformazioni delle categorie giuridiche, all'interno dei processi che hanno contribuito a ridefinire la funzione riproduttiva, sospinti dalle trasformazioni dei ruoli di genere in tutti gli ambiti, a partire da quello familiare, ma anche dalle innovazioni medico-tecnologiche che si sono affermate in questo campo; processi che hanno al centro la elaborazione della specificità della condizione femminile (dell'unità corpo-mente femminile) nelle questioni che riguardano la riproduzione e la procreazione.

Di questa storia vanno richiamati sommariamente almeno alcuni passaggi fondamentali⁵³.

Il primo di questi consiste nella svolta costituzionale che impone l'abbandono della regola del *controllo paterno/maritale della procreazione* che – avvalendosi del divieto dell'aborto e della propaganda degli anti-concezionali, del dovere di fedeltà fatto coincidere con la fedeltà sessuale della moglie attraverso la penalizzazione dell'adulterio della stessa, del “debito coniugale” che conferiva al marito un diritto sul corpo della moglie – garantiva il controllo della potenza generatri-

⁵³Per lo sviluppo e l'approfondimento di come personalmente abbia inteso interpretare le vicende di radicale trasformazione della intera vicenda della procreazione, dentro e fuori l'istituto del matrimonio, nell'arco temporale dei quasi settant'anni di vigenza della Costituzione repubblicana e sotto l'influenza delle norme costituzionali, non posso che rimandare ad alcuni studi specifici: *Costruzione del genere e costituzione cit.*, nonché *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA. VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 35.

ce femminile tramite la subordinazione della moglie ed il privilegio maschile nella relazione coniugale e nel diritto di famiglia.

Il superamento della concezione patriarcale che costruiva il matrimonio e la sua unità intorno al perno del marito capo-famiglia, fondandoli sulla subordinazione della moglie, è strettamente connesso all'autonomo ingresso delle donne nella sfera pubblica politica, novità fondativa e fondante della costituzione repubblicana, che toglie ogni giustificazione e plausibilità alla necessità che la famiglia abbia a capo un soggetto di sesso maschile – il quale, nell'ordine di genere precedente, assolveva alla funzione essenziale di connessione tra il mondo interno della famiglia e il resto della società. L'accesso autonomo delle donne alla sfera pubblica, con il suffragio universale riconosciuto dal d.lgs.lgt. 23/1945, costituisce la novità – e la discontinuità di genere – della costituzione repubblicana, a partire dalla quale si rende evidente il bisogno di una ridefinizione dell'ordinamento in relazione ai ruoli maschili e femminili in tutte le sfere del sociale (da quella familiare, a quelle del lavoro e della politica) e di una nuova geografia degli spazi un tempo tradizionalmente ripartiti per linee di genere (con il monopolio maschile della sfera pubblica, a cui corrispondeva la consegna del femminile alla sfera del privato).

È noto, tuttavia, che la carica trasformativa del principio di uguaglianza costituzionale ha potuto agire sul tessuto normativo non senza una certa fatica e che, in assenza del legislatore, è stata per prima la giurisprudenza costituzionale ad entrare in relazione con la costruzione sociale dei rapporti di genere: a sua volta limitandosi, in una prima fase, a fotografarla, rileggendo riduttivamente la portata delle norme costituzionali, per poi procedere ad accogliere progressivamente le sollecitazioni proiettive degli articoli 3 e 29 cost.⁵⁴. Quando finalmen-

⁵⁴ Testimonianza esemplare di questo processo è la sequenza delle sentenze sull'adulterio (reato solo femminile fino al 1968: la giurisprudenza muove, infatti, dall'interpretazione dell'unità familiare come mera fotografia della costruzione sociale e conseguente fattore di legittimazione della struttura patriarcale (nella sent. 64/1961 che respinge la questione di legittimità), per approdare al riconoscimento della funzione conformativa e proiettiva dell'uguaglianza costituzionale come vero precetto normativo (nella sent. 147/1969), nella quale il dato sociale non va neppure interrogato, posto che il principio costituzionale impone la piena uguaglianza dei coniugi. Come ha chiaramente sottolineato anche M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, p. 22: «I giudici del 1969 non dicono dunque che si deve rivedere la decisione semplicemente perché i tempi sono cambiati. Essi dicono piuttosto, in modo implicito ma netto, che la sentenza del 1961 era errata già allora perché ignorava il

te la carica trasformativa del principio di uguaglianza potrà dispiegarsi completamente, porterà ad una radicale trasformazione del matrimonio e degli istituti familiari: dalla legge sul divorzio (l. 898/1970) alla riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975), dal riconoscimento della “filiazione unica” (l. 219/2012 e d. lgs. 154/2013) alla disciplina delle unioni civili (l. 52/2016, legge Cirinnà).

Un secondo passaggio è segnato dall’emergere del principio della *maternità consapevole*, che garantisce la specificità del soggetto femminile di fronte alla maternità e all’esercizio delle scelte connesse alla riproduzione, superando la maternità come mero destino biologico di un corpo femminile e rendendola una scelta consapevole che coinvolge l’intera unità corpo-mente di una donna. Quello della *maternità consapevole* è, infatti, l’unico principio in grado di rendere compatibile la tutela costituzionale della maternità *in un corpo di donna* (art. 31 cost.) con il riconoscimento della dignità essenziale di persona alla donna che è *quel corpo di madre*; da qui deriva come ogni determinazione di volontà della donna – che è quel corpo materno – non possa che essere auto-determinazione, in ordine alla consapevole accettazione della gravidanza, come in ordine ai trattamenti sanitari che la riguardano.

Nel quadro di una costituzione improntata al principio personalistico (art. 2 cost.), che situa ogni soggetto nel contesto, anche materialmente inteso, delle sue relazioni, e altrettanto significativamente orientata all’affermazione di un *principio antisubordinazione uomo-donna*, la tutela costituzionale della maternità (art. 31 e 37 cost.) si fonda sul riconoscimento del fatto che le donne hanno un *corpo femminile* che permette la procreazione – e che, almeno per ora, è essenziale anche alla procreazione medicalmente assistita, la quale può “produrre” embrioni fuori dal corpo di una madre, ma nel corpo di una madre deve comunque impiantarli perché ne sia possibile lo sviluppo – ed impedisce la riduzione della maternità a mero strumento: sia della potenzialità di sviluppo di un embrione, sia di politiche pubbliche (demografiche), sia di progetti riproduttivi che non siano da lei condivisi. Il corpo della madre non può essere separato dalla sua mente e

principio di uguaglianza sancito nella Costituzione repubblicana, considerando legittimo sanzionare in modo diverso due soggetti che avevano compiuto il medesimo atto, soltanto perché di sesso diverso».

dalla sua volontà e ridotto a *corpo-strumento*, negando l'essenza di persona della madre; la madre è, per l'embrione, il soggetto senza il quale nessuna tutela è pensabile: *non c'è possibilità di sviluppo e quindi aspettativa di vita fuori ed a prescindere da un corpo di donna che accoglie l'embrione per la gravidanza fino al suo termine*, fino al momento, cioè, in cui è possibile una vita autonoma. La relazione dell'embrione con la madre non può che passare attraverso l'*unità corpo-mente*⁵⁵ della madre, cioè attraverso la sua assunzione *consapevole* – e non semplicemente per fatto biologico – della responsabilità verso l'embrione⁵⁶.

Un successivo momento di snodo fondamentale è rappresentato dall'approvazione della legge sulla PMA (l. 40/2004): nella sua configurazione originaria – marcata dalla limitazione delle opzioni, nonché rivolta a simulare, nella gestione restrittiva delle possibilità tecnologiche, gli stessi vincoli che agirebbero in natura, a partire dall'esistenza di una coppia eterosessuale, assunta come presupposto necessario per accedere alle pratiche di PMA – ma anche nella sua riscrittura giurisprudenziale⁵⁷. Il percorso di profonda trasformazione subito dalla legge 40/2004 nell'arco di un decennio di applicazione ha, infatti, condotto al recupero della tutela costituzionale della salute della donna (ex art. 32 cost.), da un lato, ed al riconoscimento dell'autonomia del progetto riproduttivo (fondata sull'art. 2 cost.), dall'altro⁵⁸; così, non senza una iniziale reticenza⁵⁹, una serie di dichiarazioni di illegit-

⁵⁵ Sul nesso indissolubile di soggettività e corpo v. L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffré, Milano, 2007, p. 97.

⁵⁶ Ciò comporta, come giustamente osserva M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino, Einaudi, 2008, p. 79, un profondo cambiamento della gerarchia socialmente percepita dei doveri personali, in quanto rende plausibile che il dovere di soddisfare le esigenze umane abbia la precedenza sul dovere di rispettare il finalismo riproduttivo.

⁵⁷ G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 5, p. 520.

⁵⁸ Per una ricostruzione prospettica e multidisciplinare, v. *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. AZZALINI, *Quaderni di biodiritto*, Ariccia, Aracne, 2015.

⁵⁹ Tale è a molti apparsa la decisione di inammissibilità adottata con l'ordinanza 369/2006: A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 novembre 2006.

timità costituzionale hanno rimosso i vincoli originari, progressivamente consentendo: innanzitutto, la produzione del numero di embrioni necessari e la loro crioconservazione, nonché l'impianto nel numero ritenuto coerente con la condizione di salute della donna apprezzata in base alle cognizioni medico-scientifiche⁶⁰; poi, il superamento del divieto assoluto di fecondazione eterologa nei confronti delle coppie assolutamente sterili o infertili⁶¹ e, da ultimo, l'apertura alle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili⁶².

Resistono, comunque, quei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche (art. 5: coppie formate da due persone maggiorenni, viventi, di sesso diverso, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile) che collocano la disciplina della PMA entro la cornice esclusiva di un insieme di tecniche medicalmente assistite entro il percorso riproduttivo di una coppia eterosessuale; una cornice pienamente accettata come premessa dalla stessa giurisprudenza costituzionale quando ha riconosciuto il rilievo costituzionale dell'autodeterminazione nelle scelte procreative riferendosi costantemente ed esplicitamente alla dimensione di quella coppia (per quanto il riferimento all'autodeterminazione sembrerebbe non poter fare a meno di implicare un profilo individuale⁶³).

Nella cornice giuridica delle vicende riproduttive, deve infine collocarsi anche il ripensamento della disciplina del parto anonimo in relazione al riconoscimento del diritto del figlio alla conoscenza delle origini, che si compie nel tragitto giurisprudenziale tra la sentenza co-

⁶⁰Sent. 151/2009.

⁶¹Sent. 162/2014.

⁶²Sent. 96/2015. Nella prospettiva qui considerata non ha particolare rilievo la sent. 84/2016, sull'inammissibilità della questione relativa alla possibilità di destinare gli embrioni non impiantabili alla ricerca scientifica, che riconosce la responsabilità primaria e non sostituibile del legislatore in questa materia; se non, forse, per sottolineare il passaggio in cui, evidenziando tra le altre opzioni discrezionali che solo il legislatore potrebbe dirimere, richiama la necessità «di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione» [sott. ns.], evocando implicitamente la specificità insostituibile dell'accoglienza nel corpo materno.

⁶³Su questa potenziale contraddizione, si possono vedere anche le considerazioni a più riprese svolte da B. LIBERALI nell'ampio lavoro di ricerca dedicato a *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017: v. conclusivamente p. 738 sg., con richiami alle parti precedenti.

stituzionale 425/2005 (ancora rigidamente chiusa ad ogni prospettiva di ripensamento del segreto, volto a tutelare insieme i diritti della madre e del nascituro) e la successiva 278/2013 (che riconosce il *vulnus* irragionevolmente inferto dall'irreversibilità del segreto al diritto alla conoscenza delle origini, costituzionalmente protetta dai principi personalistico e di uguaglianza), sotto l'indubbia, per quanto non decisiva, influenza anche della giurisprudenza europea⁶⁴. Rileva in particolare il riconoscimento di una scissione della *genitorialità come fatto biologico-naturale* dalla *genitorialità giuridica*, cioè dalla volontaria assunzione della responsabilità genitoriale conseguente alla nascita di un essere umano – in entrambi i casi bisognerebbe meglio dire della *maternità* naturale e giuridica, nominando e dando rilievo al diverso ruolo dei due sessi nel processo riproduttivo – che pone le premesse per una distinzione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, tra assunzione della responsabilità riproduttiva e della responsabilità di genitore.

Su queste premesse di cornice giuridica e di evoluzione nel tempo, può iniziare a proporsi una prima mappatura dei problemi specificamente connessi alla GPA, ipotizzando qualche orientamento per la ricerca di soluzioni coerenti con il quadro proposto.

I problemi più urgenti e decisivi da affrontare possono essere essenzialmente enunciati come:

- la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre (effetti e limiti);
- l'attribuzione del progetto "genitoriale" di maternità e paternità (condizioni e conseguenze);
- il punto di vista del figlio/della figlia nato/a da GPA.

⁶⁴Tra le due pronunce della Corte costituzionale – n. 278/2013, *revirement* rispetto alla n. 425/2005 – si colloca, infatti, anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*: sul tema v. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Rivistaaiaic, Osservatorio*, dicembre 2013.

7. La gravidanza per altri: la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre

Guardando preliminarmente alla GPA dal lato della *madre biologica*, il dato di maggior rilievo è rappresentato dalla scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre.

La GPA implica, infatti, che una donna assuma consapevolmente un progetto riproduttivo, diventando la madre biologica di un figlio, sottraendosi alla continuità della propria esperienza e relazione di maternità in un successivo progetto genitoriale, che si configura esclusivamente in capo a soggetti diversi dalla madre biologica (genitori intenzionali, che potrebbero essere un padre ed una madre, ovvero due padri intenzionali).

L'ordinamento italiano già conosce una situazione parzialmente affine, in cui una donna, quando esprime la volontà di non essere nominata all'atto del parto, pur avendo accettato il progetto riproduttivo, portando a termine la gravidanza, si sottrae a quello genitoriale. Il nato viene affidato alla responsabilità genitoriale del padre, se c'è riconoscimento da parte sua, ovvero di genitori adottivi. Dopo l'intervento della giurisprudenza costituzionale del 2013, come abbiamo visto, la madre biologica conserva una qualche responsabilità della *relazione di gravidanza* nella misura in cui potrà risultare destinataria di un interpellato, se e quando il figlio/la figlia abbia espresso la volontà di conoscenza delle proprie origini; l'interpello della madre – non diretto, bensì mediato da un'autorità pubblica⁶⁵ – è volto ad accertare se la volontà di anonimato perduri o possa cessare rispondendo positivamente alla domanda di conoscenza del figlio/della figlia. Non si tratta di instaurare un legame propriamente di responsabilità genitoriale (con un figlio ormai maggiorenne), né di costruire a posteriori una parentela giuridicamente rilevante, ma della riconoscibilità dell'originaria relazione di gravidanza.

⁶⁵Nella perdurante assenza dell'intervento legislativo prefigurato dalla giurisprudenza costituzionale, la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 1946 del 25 gennaio 2017, ha disposto che il figlio, nato da parto anonimo e che voglia conoscere il nome della madre biologica, può rivolgersi al Tribunale per i minorenni, affinché quest'ultimo chieda alla donna se persista la volontà di non essere nominata; nel procedere all'interpello della madre, il Tribunale utilizza modalità idonee a garantire la massima riservatezza ed il rispetto della dignità della donna. La persistenza del diniego da parte della madre costituisce, invece, un limite insuperabile per il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

Il ricorso alla fecondazione assistita esclude il parto anonimo, dal momento che la legge impone e garantisce che il consenso della donna alla fecondazione dell'ovulo da impiantare nel suo utero e, più precisamente, all'impianto in utero (che non può evidentemente essere coartato) sia irrevocabile, anticipando in un certo senso gli effetti del riconoscimento alla nascita, a cui la donna non può più sottrarsi (art. 9, co. 2 l. 40/2004).

A differenza del parto anonimo, la *gravidanza per altri* comporta, però, l'esplicita e consapevole intenzione di saldare un determinato progetto riproduttivo di maternità con un altrettanto determinato progetto genitoriale a cui la madre biologica resterà estranea. La linea di continuità tra i due progetti è data dal padre, presente nel progetto riproduttivo – con il proprio contributo genetico –, così come nel progetto genitoriale⁶⁶.

Il principio centrale ed irrinunciabile nei confronti di ogni esperienza di gravidanza è che tale esperienza possa essere per la donna l'assunzione di un valore, non di un mero destino biologico, implicando pertanto l'esercizio di una facoltà di scelta, nel contesto di una progettualità che può precedere o seguire la fecondazione e che riguarda essenzialmente la donna che ne è protagonista: la donna che accoglie nel suo corpo per nove mesi la possibilità di un nuovo essere umano.

Lo specifico della gravidanza per altri va pensato nei termini di una scelta consapevole di progetto riproduttivo finalizzato non a proseguire la propria maternità genitoriale in sequenza con la maternità biologica-gravidanza, bensì alla genitorialità di altri, individuati specificamente ed il cui progetto genitoriale è, dall'origine, riferimento per il progetto riproduttivo.

La relazione di gravidanza ha comunque un valore autonomo ed intrinseco che non può essere accantonato e che si inquadra nella autonomia del soggetto femminile materno, per cui la maternità non è de-

⁶⁶Si opta anche qui per la considerazione della ipotesi più "semplice" e ricorrente della partecipazione del padre della coppia di genitori intenzionali (di uno dei padri nel caso di coppia *same-sex*) anche al progetto riproduttivo con il proprio apporto genetico, escludendo la considerazione di ipotesi, pur possibili, di utilizzo di materiale genetico di un soggetto terzo ed estraneo alla coppia genitoriale anche dal lato paterno. D'altra parte, la totale assenza di un legame genetico rispetto ai genitori, renderebbe il ricorso alla GPA non già confrontabile con la riproduzione/genitorialità naturale (in perfetta continuità e coincidenza dei soggetti del progetto riproduttivo e genitoriale), quanto direttamente con gli istituti della genitorialità adottiva, introducendo un'ulteriore complessità, dovendosi considerare l'ipotesi di un aggiramento delle regole che caratterizzano quest'ultima.

stino biologico, né funzione biologica, ma esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di *relazioni*: innanzitutto e necessariamente, di *una relazione riproduttiva*, che ha una duplice direzione e consistenza, con un padre genetico ai fini della fecondazione e con il figlio / la figlia nascituro/a nella gravidanza; e poi, ma solo eventualmente, di *una relazione genitoriale* con il figlio/la figlia venuto/a al mondo e con il co-genitore, se presente – dovendosi tenere conto che la continuità del progetto riproduttivo e genitoriale non è obbligatoria, può essere presente, ma anche mancare.

Se il valore specifico della relazione di gravidanza può essere riconosciuto come il principio fondativo, radicato nell'ordinamento costituzionale ed orientato dall'analisi di genere, ne discendono una serie di conseguenze.

7.1 Il nome della madre

La prima conseguenza riguarda quello che possiamo indicare come “il principio del nome della madre”: la madre biologica deve essere nominata come tale, 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.

La regola attuale di attribuzione della maternità – *mater semper certa*, art. 269, co. 3 c.c. – si presenta come coerente con il principio del nome della madre⁶⁷, ma il riconoscimento della relazione di gravidanza connette automaticamente e necessariamente alla maternità riproduttiva anche quella genitoriale, imponendo la continuità delle due esperienze, a meno che la madre biologica non eserciti il diritto di non essere nominata (art. 30 d.P.R. 396/2000) che, tuttavia, la estromette non solo dalla maternità genitoriale, ma anche da quella biologica (nasce, invero, proprio per soddisfare una esigenza di occultamento della

⁶⁷S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2/2016, p. 17, mette in luce come, nel quadro ordinamentale vigente, nel caso di una adozione da parte della madre intenzionale nei confronti di un figlio nato all'estero da maternità surrogata e riconosciuto dal padre genetico-intenzionale (adozione del figlio del coniuge), il figlio potrebbe domandare con una azione imprescrittibile l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della madre biologica, dimostrando il parto e la compatibilità genetica ex art. 269, co. 2 e 3, c.c., e di conseguenza trovarsi ad avere tre genitori – un padre e due madri – dal momento che l'adozione in casi particolari non presupponendo l'adottabilità non recide i legami con la famiglia di origine.

origine materna solo parzialmente attenuata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza 278/2013). La discontinuità dei progetti è possibile solo al prezzo del sacrificio anche del nome materno.

Ci sarà dunque bisogno di configurare una dimensione giuridica del “nome della madre” (vale a dire del riconoscimento della specificità della fondamentale relazione di gravidanza che si conclude con il parto) che vada oltre la dimensione delle categorie consolidate e tradizionali.

Si tratta di pensare ad una figura giuridica interamente nuova, che garantisca alla madre biologica la presenza sulla scena del progetto riproduttivo-genitoriale, necessariamente diversa dalla maternità tradizionale in continuità di progetto, che risolve la presenza della madre biologica attraverso la coincidenza con la madre genitoriale: una madre biologica che venga, dunque, nominata e non sia cancellata⁶⁸, pur non avendo assunto le responsabilità e potestà genitoriali sul nato/a e indipendentemente da tali responsabilità. Una sorta di parentela *biologica* e non ad altri effetti giuridici: qui emerge la sostanziale differenza con il parto anonimo, che consente ad una donna di accogliere la maternità come progetto riproduttivo senza accogliere la maternità come progetto genitoriale solo al prezzo di una cesura, della scomparsa, della rimozione dalla propria vita e da quella del nato/a del proprio nome.

Il linguaggio tradizionale del diritto non è forse particolarmente adatto alla situazione, ma si tratta di riconoscere un interesse strettamente inerente alla persona: *dare il nome della madre* dal punto di vista della madre biologica significa essenzialmente trovare spazio e possibilità di un riconoscimento del ruolo essenziale svolto nel corso della gravidanza e *ricevere il nome della madre* dal punto di vista del figlio / della figlia porta con sé il valore della conoscenza delle proprie origini (della “verità” delle relazioni complesse che hanno consentito la sua nascita). Il nome della madre biologica non ha a che fare con la trasmissione di un cognome come segno identificativo della persona del nuovo nato, ma la sua esistenza nelle attestazioni della nascita garantisce, ai due soggetti che ne sono stati protagonisti, il riconosci-

⁶⁸P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia cit.*, p. 63, coglie il rischio di «relegare in un ruolo ancillare e non essenziale all'identità materna l'aspetto della gravidanza e del parto, che si assume, appunto, come fungibile».

mento essenziale della relazione di gravidanza che li ha uniti ed è stata indispensabile al compimento del progetto riproduttivo.

7.2 *L'autodeterminazione della madre (solo) biologica*

Il punto veramente delicato di ogni configurazione possibile della GPA riguarda le condizioni che possano realisticamente garantire *la libertà e la autodeterminazione della donna quando manifesta la volontà di aderire ad un progetto genitoriale altrui*, saldando con esso il proprio progetto esclusivamente riproduttivo: è ammissibile una simile volontà? ed in caso affermativo, quali elementi e condizioni possono garantire una formazione ed espressione effettivamente libera e non viziata?

La risposta in termini di una negazione assoluta e radicale della liceità di una simile volontà non mi pare possa essere considerata soddisfacente, perché limita e disconosce *a priori* proprio la autonomia e la responsabilità della madre.

Anche quando a fondamento del divieto viene invocato una sorta di *principio di precauzione* – che muove dal rilevamento delle pressioni e dei condizionamenti obiettivamente e ampiamente constatabili, pur con molte differenziazioni assolutamente rilevanti e interessanti eccezioni, nella pratica della GPA nei paesi che la consentono⁶⁹ – non si rimuove la critica di astrattezza e di implicita costruzione inferiorizzante della capacità femminile. L'evocazione di una necessità di tutela della donna la identificherebbe – *tout-court* e senza appello – come *soggetto* (che viene qualificato) *debole* in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che anche il delicato problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, debba essere affrontato nello specifico, individuando rischi e problemi ed agendo coerentemente per tutelarsi dai primi e per risolvere i secondi.

D'altra parte, anche il richiamo di un superiore e prevalente interesse del nascituro/a alla garanzia di una continuità della relazione ma-

⁶⁹Sul tema delle implicazioni e conseguenze delle rilevanti differenze tra legislazioni nazionali, all'origine dello stesso impegno della Conferenza dell'Aja di cui alla nota 24, v. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015.

terna⁷⁰ si fonderebbe su astratte petizioni di principio, che, in realtà, rischiano di essere in grado solo di riprodurre l'esperienza del già noto, precludendo di esplorare il nuovo.

Un tale preteso interesse imporrebbe alle coppie eterosessuali impedita da condizioni di impossibilità femminile alla gravidanza, nonché alle coppie omosessuali maschili, di limitare il proprio desiderio/progetto di genitorialità alla forma di genitorialità sociale (adozione) di un essere umano già nato in condizioni di completa estraneità, sacrificando radicalmente la possibilità di una genitorialità che, saldandosi ad un progetto riproduttivo, mantenga la continuità *della ovvero di una paternità*: alla coppia eterosessuale di genitori ed alla coppia omosessuale di padri la GPA offrirebbe, infatti, comunque la continuità – nei progetti riproduttivo e genitoriale – *della paternità* (di *una delle due paternità*), pur nella discontinuità della linea materna (la cui linea di frattura è rappresentata dalla nascita, che distingue la relazione materna di gravidanza dalla relazione materna-genitoriale: la madre biologica – che resta protagonista necessaria ed unica, per linea materna, del progetto riproduttivo – nel progetto genitoriale di una coppia di padri è assente fin dall'inizio e per definizione, mentre nel progetto della coppia eterosessuale a lei è destinata fin dall'inizio a subentrare la madre genitrice). In taluni casi, la GPA consentirebbe addirittura di mantenere la continuità genetica di entrambi i genitori nella coppia eterosessuale, quando la madre intenzionale potesse fornire il proprio ovulo alla fecondazione, pur non potendo sostenere la gravidanza.

Venendo ad assumere una prospettiva positivamente costruttiva, per garantire il riconoscimento e l'apprezzamento della volontà della madre biologica, all'origine della struttura relazionale complessa della "gravidanza per altri", è necessario, innanzitutto, che *il processo di formazione, la consistenza, le forme di espressione di tale volontà risultino adeguate alla assoluta specificità della esperienza di cui stiamo parlando*.

Non pare che a soddisfare tali esigenze possano risultare completamente soddisfacenti le cautele pur introdotte in diverse legislazioni

⁷⁰Che, comunque, già risulta sacrificato quando si riconosca alla madre il diritto a non essere nominata.

che ammettono la GPA⁷¹: innanzitutto, le normative si orientano, prevalentemente, a definire le condizioni soggettive di età, stato familiare ed altro, sia della madre biologica, sia dei genitori intenzionali ed a disporre vincoli in ordine alla formalizzazione degli accordi (che, in una certa misura, possono essere intesi anche come una forma di garanzia della libertà del consenso della madre biologica, oltre che offrire certezze ai genitori intenzionali); in secondo luogo, privilegiano la forma della surrogazione gestazionale (richiesta come vera e propria condizione), che enfatizza – in una logica di astratta simmetria tra i sessi – l’assenza di un legame genetico con la madre biologica come presupposto per la sua irrilevanza ai fini della attribuzione di genitorialità; infine, anche quando intervengono più specificamente sulle forme e condizioni del consenso della madre biologica, con una sorta di diritto al “ripensamento” da parte della madre biologica, garantito fino ad un determinato momento successivo al parto, o disponendo che solo dopo il parto possa esservi “rinuncia” alla genitorialità legale della medesima madre biologica in favore dei genitori intenzionali, operano nella logica di porre limiti alla coercibilità degli accordi di *surrogacy* – sul presupposto, dunque, che tali accordi si siano perfezionati a monte della gravidanza o comunque del parto. Sembra, comunque, di poter osservare che neppure gli approcci riconoscibili come maggiormente orientati alla tutela della gravidanza e della posizione della madre biologica – in particolare in UK e Canada, dove si privilegia il riconoscimento della maternità “di parto”, consentendo, tuttavia, alla madre di rinunciare alla parentela legale successivamente alla nascita – si mostrano in grado di restituire in modo soddisfacente, e comunque senza pregiudicare la centralità dell’esperienza relazionale della gravidanza, la complessa saldatura dei progetti riproduttivo e genitoriale.

⁷¹Una ricognizione può partire dai materiali del progetto “*Parentage/Surrogacy Project*” citato in nota 24: HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, documento preliminare n. 3 C, marzo 2014; nonché dall’estesa ricerca svolta dalla Manitoba Law Reform Commission, che considera non solo gli stati canadesi, ma anche Nuova Zelanda, Australia, Usa e Regno Unito, pubblicata in *Assisted Reproduction: legal parentage and birth registration*, Issue Paper, April 2014; si veda anche K. WAALDIJK ET AL. (eds.), *The LawsAndFamilies Database – Aspects of legal family formats for same-sex and different-sex couples*, Paris, 2017, ampia ricerca finanziata dall’UE, i cui risultati sono accessibili in *open access*: v. la presentazione di K. WAALDIJK, *The LawsAndFamilies Database*, in *GenIUS*, 2016, 2, p. 332.

Ciò che questa riflessione intende proporre è, invece, una piena e definitiva assunzione del presupposto di riconoscimento integrale e definitivo del valore relazionale della relazione di gravidanza, nella cui cornice lo stesso processo di *formazione e perfezionamento* della volontà materna nel suo incontro con il progetto genitoriale dei genitori intenzionali va pensato come una *fattispecie a formazione progressiva*.

La volontà inizia a formarsi nel momento in cui la madre biologica (che avvia una gravidanza accettando la fecondazione / l'impianto del prodotto della fecondazione nel suo corpo) instaura un legame con altri soggetti (individuati e riconosciuti come coloro che assumeranno in via esclusiva il ruolo e le responsabilità di genitori dopo il parto: genitori intenzionali) e prosegue perfezionandosi lungo un processo che dura e si completa solo una volta compiuto l'intero corso dell'esperienza (in ciò opera una distinzione essenziale dal parto anonimo: il coinvolgimento dei futuri genitori è presente nella progettualità iniziale della riproduzione-gravidanza).

La possibilità (eventualità) di un diverso orientamento della volontà della madre biologica va costantemente riconosciuta e garantita, in quanto, in realtà, la volontà di separare definitivamente il progetto riproduttivo da quello di maternità genitoriale non può dirsi compiutamente maturata se non quando si sia materialmente confrontata con l'intera esperienza di durata della gravidanza – esponendosi al cambiamento che questa comporta – confermando, passo dopo passo, l'accettazione ed il perfezionamento della relazione con la progettualità genitoriale di altri, inizialmente prefigurata; non c'è, dunque, da parte della madre biologica nessun tornare indietro o cambiare idea, nessun "recesso", ma semplicemente il riconoscimento della necessità di attraversare l'intera esperienza relazionale della gravidanza fino al momento della separazione della vita del figlio/a, che acquista autonomia dal corpo della madre (realizzando le condizioni di superamento dell'unità duale e di esistenza di due soggetti distinti).

Il momento di maturazione definitiva della volontà viene individuato dalla nascita, o più esattamente da un congruo breve termine successivo alla nascita che completi la separazione e garantisca l'avvenuto distacco.

7.3 *La relazione tra madre biologica e genitori intenzionali*

Questo permanente consenso materno è, d'altra parte, costitutivo di una forma di relazione tra la madre biologica, il padre (genetico, del progetto riproduttivo) e il/la partner del padre (genitori intenzionali).

Anche in relazione a questo aspetto della questione credo indispensabile superare il riferimento alle categorie giuridiche tradizionali, che propongono inquadramenti della relazione sempre insoddisfacenti: contratto d'opera, affitto di utero, prestazione di servizio, locazione d'opera ...

Tale "relazione" ha un momento iniziale, che precede il concepimento e l'accoglimento nel corpo della madre e consente l'individuazione dei due soggetti che assumono il progetto genitoriale in ordine al nascituro, ed un momento finale necessario, che coincide con il distacco del nuovo nato dalla madre ed il suo affidamento alla coppia genitoriale; può, altresì, avere una conclusione anteriore alla nascita quando la madre biologica decida di voler mantenere la continuità della linea materna assumendo direttamente anche la responsabilità genitoriale materna (che si confronterà necessariamente con la responsabilità genitoriale paterna del padre genetico-riproduttivo).

Se la volontà della madre biologica non si costruisce progressivamente confermandosi dall'inizio alla fine della relazione, la genitorialità dovrebbe essere assunta in continuità con la gravidanza dalla madre stessa, (il quadro normativo attuale lo impone rigidamente in caso di accesso alla fecondazione assistita, impedendo il parto anonimo); non pare accettabile che i destinatari della genitorialità possano essere individuati al di fuori della cerchia dei soggetti che hanno costruito originariamente una relazione tra progetto riproduttivo e genitoriale – certamente non potranno essere altri soggetti identificabili dalla madre in un momento successivo e, a mio avviso, neppure ignoti (individuabili secondo le procedure dell'adozione).

Più difficile è ipotizzare un contenuto giuridicamente rilevante della relazione tra i tre soggetti coinvolti *nel corso* della gravidanza, tra l'inizio e la fine, ed ancor più individuare una forma di relazione coerente a tale (incerto) contenuto.

La volontà della madre biologica si forma entro una relazione di reciproco riconoscimento ed affidamento.

Si può immaginare una qualche forma di *mutua assistenza*, che possa prevedere dal lato della madre un contenuto di informazioni da

trasferire ai futuri genitori sul decorso della gravidanza, e dal lato dei futuri genitori un'assistenza morale e materiale in relazione alle necessità specifiche della gravidanza.

La salvaguardia della dignità essenziale di tutti gli esseri umani, presenti e futuri, coinvolti pretende – io credo fermamente – la essenziale gratuità della relazione⁷², che sottragga alla riduzione a merce/prodotto/processo i corpi della madre biologica e del nascituro, riconoscendo nei soggetti che *sono* quei corpi (soggetto e corpo in divenire, per quanto riguarda il nascituro; soggetto e corpo femminile in condizioni di *unità duale* per quanto riguarda la donna in gravidanza) i protagonisti/gli attori di particolari relazioni umane giuridicamente riconosciute nei loro effetti. La gratuità essenziale esclude, a mio avviso, in modo radicale qualsiasi remunerazione di attività di intermediazione (e, forse, più radicalmente la configurabilità di attività di intermediazione tra la madre biologica ed i genitori intenzionali a carattere professionale), mentre potrebbe non essere incompatibile con un riconoscimento di una copertura delle spese connesse alla gravidanza (in ciò concretandosi anche l'assistenza materiale da parte dei genitori intenzionali).

Resta tuttavia assolutamente fermo che tutte le decisioni in ordine alla gestione della gravidanza (interruzione, trattamenti, stile di vita) sono esclusivamente affidate alla madre biologica, non diversamente da quanto avviene per ogni madre gestante (in condizioni di continuità di progetto riproduttivo e genitoriale).

8. La gravidanza per altri: di chi è il progetto genitoriale?

Il progetto genitoriale nella gravidanza per altri richiede una continuità con il progetto riproduttivo che, venendo a mancare rispetto alla madre biologica, si fonda essenzialmente sulla linea paterna (ed, eventualmente sulla linea genetica di madre e padre, scontando però, nella linea materna, la rilevante cesura di una gravidanza estranea).

⁷²Già P. ZATTI, *Tradizione e innovazione cit.*, p. 68, nt. 154, ricorda il principio che separa la libera disponibilità del corpo dal profitto, facendone “valori in contrasto”; ma v. anche la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997, art. 21, su cui L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani cit.*, p. 17.

Nelle ipotesi che qui si sono prese in considerazione come riferimento (v. *supra* par. 4.3), il progetto genitoriale può essere riconosciuto in capo ad una *coppia* – eterosessuale ovvero omosessuale maschile – *alla quale appartenga il padre che ha fornito il seme* maschile per la fecondazione. Questa condizione, infatti, consente di conservare alla GPA un fondamento nella aspirazione / nella valorizzazione nella genitorialità di un legame biologico-genetico, in assenza del quale il modello di riferimento di una genitorialità interamente sociale resterebbe quello della adozione.

Come osservato sopra, l'eventuale ulteriore coinvolgimento di un altro soggetto femminile che fornisce l'ovulo per la fecondazione non implica la costruzione di una relazione della donatrice con gli altri soggetti (madre biologica, genitori progettuali), né con il nascituro (durante la gravidanza) /figlio (dopo la nascita), che avrà una relazione di gravidanza con la madre biologica e una relazione genitoriale con i genitori che l'accolgono e ne assumono le responsabilità alla nascita. Il legame puramente genetico, per quanto rilevante a perimetrare l'area di definizione del fenomeno della GPA, non mi sembra riconoscibile come relazione umana interpersonale e può rimanere estraneo alla vicenda (similmente a quanto avviene, del resto, ai sensi della legge 40/2004 che considera estraneo al rapporto il donatore/ la donatrice nella fecondazione eterologa: art. 9, co. 3).

Tale coppia dei genitori intenzionali, in virtù della relazione instaurata con la madre biologica di un nascituro alla cui fecondazione ha contribuito il (un) padre, si vincola ad assumere le responsabilità nei confronti del nato, se e nella misura in cui nel corso della gravidanza, e fino alla nascita, la madre biologica perfezionerà progressivamente il suo consenso.

Nel corso dalla gravidanza la *situazione relazionale* implica il sostegno da parte dei genitori intenzionali, nel senso e nei limiti già detti, alla madre biologica, ma anche l'accettazione dell'incertezza, per la consapevolezza della posizione preminente della madre biologica stessa e per la irriducibile incoercibilità dei comportamenti riproduttivi.

Se la relazione consensuale tra coppia genitoriale e madre biologica si mantiene, perfezionandosi progressivamente, dopo la nascita i due *partner* diventeranno a tutti gli effetti – responsabilità, diritti e parentela – i soli “genitori” del figlio, in una relazione esclusivamente triangolare. Si conserverà però, nella loro situazione familiare una trac-

cia della relazione con la madre biologica (principio del “nome della madre”), sia pure nei limiti di quanto è necessario per garantire, nel corso della crescita del figlio, la piena possibilità di riconoscimento della origine materna.

Se, invece, la relazione originariamente instaurata con la coppia si modifica per decisione della madre biologica, sarà il solo padre genetico-riproduttivo ad assumere la responsabilità paterna nei confronti del nato, confrontandosi necessariamente con la responsabilità genitoriale materna della madre anche biologica che, appunto, avrà pienamente assunto la responsabilità materna genitoriale.

Il progetto genitoriale è possibile per una relazione (riproduttiva) che si instaura con una donna che accoglie nel suo corpo un figlio/a per altri (non tanto diversamente da quanto sempre avviene perché si possa parlare di paternità); il progetto genitoriale entra in relazione fin dall’inizio con una esperienza altrui, sulla quale non può influire (non più di quanto non possa influire un padre, ad esempio sulla decisione di abortire di una donna), ma si rende autonomo solo una volta che si sia pienamente compiuta la separazione della madre dal figlio (nascita, congruo termine dopo la nascita).

Un simile quadro di riconoscimento della GPA può apparire fortemente squilibrato in danno delle aspettative dei genitori intenzionali (della coppia che ha un progetto genitoriale), il cui investimento personale nel progetto genitoriale, certo assai importante, si scontra con una prolungata incertezza nell’attesa della conferma della volontà della madre, collocandoli in una posizione faticosa e rischiosa. D’altra parte, non mi sembra che possano esserci alternative alla strumentalizzazione della madre o del figlio che sarebbe un esito inevitabile quando, negando la centralità dell’esperienza della loro relazione, si volessero inquadrare in termini negoziali le relazioni tra genitori intenzionali e madre biologica: la madre non è mero strumento della nascita di un figlio altrui, non sta prestando una qualche forma di servizio⁷³ ed il

⁷³La difficoltà ad inquadrare la gravidanza per altri come “prestazione di servizio” è da ricondursi anche al fatto che, dal momento che il figlio/a che verrà al mondo *non c’è prima della gravidanza e al di fuori da essa*, ciò che avviene durante la gravidanza conserva piuttosto la natura e struttura di una attività di “produzione di un bene”.

figlio che nasce non può certamente essere pensato come *oggetto* di una transazione, neppure di un dono⁷⁴.

L'autonomia della relazione genitoriale che si viene così ad instaurare trova un *limite* (che è, contemporaneamente, anche la visibilità e la rilevanza giuridica di un *legame* nella linea materna con il progetto riproduttivo) nella necessità di garantire che nel *futuro* del figlio vi sia lo spazio del riconoscimento della madre biologica (riconoscere il “nome della madre” biologica, colei che ha permesso il progetto riproduttivo premessa della genitorialità).

9. La gravidanza per altri dal punto di vista del figlio/della figlia

Il punto di vista dell'interesse del figlio o della figlia nati da una esperienza di GPA viene comunemente considerato *a valle* dell'esperienza della nascita⁷⁵: in questo senso vanno sia le sollecitazioni in termini di politica del diritto a riconoscere apertamente la possibilità di adozione del figlio del partner⁷⁶, sia i percorsi giurisprudenziali più recenti⁷⁷.

Guardata dal lato dell'interesse del figlio/della figlia che potenzialmente incide ed è apprezzabile già *a monte* del processo riproduttivo, la conoscenza dell'origine e del percorso riproduttivo da cui è na-

⁷⁴Come ben notato da S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit.*, p. 51 e nota 102, sulla scorta di C. Jourdan, la gratuità del dono non esclude la riduzione ad oggetto di ciò che viene donato.

⁷⁵A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo cit.*, p. 118.

⁷⁶L'appello al Parlamento, promosso da “articolo29” e sottoscritto da oltre 740 giuristi ed associazioni di giuristi, in favore del riconoscimento della *stepchild adoption* nell'ambito della disciplina delle unioni civili, pubblicato il 12 gennaio 2016 da www.articolo29.it, diceva tra l'altro: «Quali giuristi (docenti universitari, giudici, avvocati) impegnati sui temi dei diritti fondamentali, del diritto di famiglia e dei minori, non possiamo non rilevare che l'adozione del figlio da parte del partner del genitore biologico (c. d. “adozione in casi particolari”), diretta a dare veste giuridica ad una situazione familiare già esistente di fatto, rappresenta la *garanzia minima* per i bambini che vivono oggi con genitori dello stesso sesso. Il riconoscimento giuridico della relazione anche nei confronti del genitore sociale assicura difatti al bambino i diritti di cura, di mantenimento, ereditari ed evita conseguenze drammatiche in caso di separazione o intervenuta incapacità o morte del genitore biologico, salvaguardando la continuità della responsabilità genitoriale nell'esclusivo interesse del minore. *Queste bambine e questi bambini esistono*. Il Legislatore non può cancellarli, non può voltarsi dall'altra parte, ignorandone le esigenze di protezione».

⁷⁷Su cui v. paragrafo successivo.

to/a non rileva solo nel consentire l'accesso ad un'informazione biologica o genetica, ma nel garantire una presa d'atto e nel riconoscimento delle esperienze relazionali che sono state all'origine della nascita: la sua relazione con la madre biologica, innanzitutto, ma anche la relazione dei suoi genitori con la madre biologica.

10. Per aprire una riflessione: il principio anti-subordinazione di genere come criterio di lettura della giurisprudenza

D'altra parte – fermo restando che si tratta solo di un primo abbozzo di impostazione, certamente bisognoso di decisivi approfondimenti, che si vuole semplicemente offrire come possibilità di riflessione – la linea-guida che si è voluto assumere è stata quella di non negare alla radice la possibilità di un inquadramento anche giuridico della esperienza articolata di relazioni che si intrecciano intorno ad un progetto riproduttivo e genitoriale complesso, ma di assumere come prospettiva (costituzionalmente orientata dalla analisi di genere) la centralità della gravidanza come dimensione relazionale, traendo da ciò una serie di conseguenze in termini della qualificazione.

Sullo sfondo resta il principio costituzionale anti-subordinazione di genere e la necessità di misurarne la portata rispetto al tema centrale della dignità e della libertà della donna in gravidanza, della sua effettiva possibilità di una piena assunzione di responsabilità verso la gravidanza (e solo verso la gravidanza), del riconoscimento della sua capacità di intrecciare relazioni significative (con il nascituro/la nascitura “nella” gravidanza, innanzitutto, e con altri soggetti ai fini del progetto di genitorialità).

Questi principi valgono ad orientare una prospettiva *de iure condendo*, ma anche a sviluppare una riflessione critica *de iure condito*, che in Italia, stante il divieto della legge 40/2004, significa essenzialmente il confronto con la giurisprudenza che ha occasione di conoscere effetti e le conseguenze di esperienze di GPA effettuate all'estero⁷⁸.

⁷⁸In prospettiva *de iure condito*, risulterebbe certamente utile anche il confronto critico con le esperienze di regolazione già esistenti all'estero e sperimentate (e ringrazio il revisore anonimo che ha richiamato l'attenzione sulla necessità di tale disamina). Il *focus* di questo intervento resta però concentrato sulla necessità preliminare di un vero e proprio sforzo di innovazione: tale da consentire, anche con il superamento delle categorie tradizionali, la ricerca del linguaggio e degli istituti più adeguati a rappresentare, in una forma coerente

10.1 De iure condito: gli effetti e le conseguenze della GPA, nonostante il divieto

Proviamo, dunque, un bilancio provvisorio tracciando un sintetico confronto critico con l'evoluzione della giurisprudenza più recente che ha incrociato il tema della GPA. Ci è utile, innanzitutto, la distinzione tra considerazioni *a valle* e *a monte* della GPA⁷⁹.

Il punto in un certo senso irrinunciabile resta l'insoddisfazione profonda per una situazione in cui il legislatore si è limitato a porre un divieto (nell'art. 12, co. 6 legge 40/2004), disinteressandosi delle conseguenze della sua violazione che, sul piano civilistico, vengono rimesse alle valutazioni di un interprete che non può che avere – nel quadro ordinamentale vigente, *de iure condito* – strumenti palesemente inadeguati alle specificità della vicenda, soprattutto in riferimento al trattamento delle situazioni in cui la coppia di potenziali genitori abbia effettuato all'estero una pratica surrogatoria vietata dall'ordinamento nazionale⁸⁰.

Ciò conduce, inevitabilmente, a considerare solo la situazione “a valle”, cioè a prendere in considerazione solo la situazione di fatto che si viene a creare una volta che il minore è nato, a questo punto necessariamente evocando – ma non senza qualche ipocrisia – il *principio dell'interesse del minore*.

Principio che, comunque, resta certamente il ragionevole criterio attraverso il quale affrontare tutti *gli incerti del mestiere di vivere* che possano aver preceduto la nascita del nuovo essere umano, nei cui confronti è doveroso e imprescindibile garantire il massimo di tutela dei rapporti familiari che si sono comunque costituiti, per quanto in un quadro più o meno rispettoso dei soggetti coinvolti e più o meno legiti-

con le potenti trasformazioni di genere che sono intervenute, proprio quelle relazioni, anche di tipo nuovo, che stanno all'origine dell'esperienza della vita umana. La condivisione di questo orizzonte di senso potrà, infatti, giovare anche alla riflessione in chiave comparativa, evitando il rischio di limitare l'orizzonte del possibile facendolo coincidere con il perimetro del già noto.

⁷⁹Suggerita già da A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita cit.*

⁸⁰B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali/privatistici*, in in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p.70; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani cit.*

timato da ordinamenti stranieri (un quadro della vicenda riproduttiva a fondamento del progetto genitoriale che, comunque, non sarebbe il minore ad avere scelto). Principio la cui applicazione, tuttavia, lascia filtrare solo alcuni dei profili che abbiamo sopra indicato come qualificanti nel contesto complesso delle relazioni implicate da un'esperienza di GPA.

Proprio in questa chiave è possibile trovare nella giurisprudenza nazionale più recente spunti di riflessione significativi: oltre alla sentenza della Cassazione 22 giugno 2016, n. 12962 (già citata in par. 4.3 a proposito del binario della bi-genitorialità), è opportuno richiamare alcune pronunce fra le quali sono ravvisabili indubbi e persino espliciti collegamenti, per quanto riguardino, in realtà, situazioni molto diverse tra loro e solo parzialmente assimilabili.

Nella prima, la sentenza 19599/2016 della Corte di cassazione⁸¹, si tratta del riconoscimento – per effetto della trascrizione di un atto di nascita formato all'estero – di una *doppia maternità* (biologica per una madre e genetica per l'altra), in cui il progetto di maternità genitoriale di una coppia omosessuale femminile si salda ad un progetto riproduttivo che vede coinvolte entrambe le donne – una come madre biologica, l'altra come donatrice dell'ovulo che viene fecondato artificialmente con il contributo maschile di un donatore esterno ed anonimo (madre genetica).

Le altre riguardano, invece, in senso più proprio e specifico esperienze di gravidanza per altri: a favore di coppie omosessuali maschili (il decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano e l'ordinanza 23 febbraio 2017 della Corte d'appello di Trento) e di una coppia eterosessuale (l'ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale da parte della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016, iscritta al Reg. ord. della Corte costituzionale con il n. 273/2016).

La sentenza 19599/2016 della Cassazione ha fondato sulla «tutela del superiore e preminente interesse del minore» la conferma della trascrivibilità di un atto di nascita formato all'estero nel quale il minore risultava figlio di due madri: si tratta di un bambino partorito da una

⁸¹Su cui v. A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in www.articolo29.it; S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2017, p. 91.

madre biologica, di nazionalità spagnola, coniugata in Spagna con la *madre genetica*, di nazionalità italiana.

La sentenza è stata pronunciata in base ad una lettura della *nozione dell'ordine pubblico c.d. internazionale* che guarda agli effetti della soluzione normativa adottata dall'ordinamento straniero in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento interno, sottolineando come il contrasto con l'ordine pubblico debba ammettersi «soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»⁸². Di conseguenza, la Cassazione ha affermato, come principio di diritto, che il giudice italiano dovrà verificare se «l'atto straniero contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», in particolare con la «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 31 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione di principi di ordine pubblico internazionale»⁸³.

L'interesse del minore – prosegue la Cassazione –, di per sé complesso ed articolato in diverse situazioni giuridiche, reclama la continuità dello *status* riconosciuto da un atto validamente formato all'estero (p. 31), il cui mancato riconoscimento influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, nel caso specifico anche con riguardo alla possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari (p. 32), oltre a produrre la violazione dell'interesse del minore ad avere due genitori e non uno solo (p. 33: richiamando l'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali

⁸²Così espressamente la sentenza al par. 7 delle *Ragioni della decisione*, p. 25; nota S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività cit.*, p. 91 come siffatta nozione di ordine pubblico negativo sia frutto di una evoluzione già da tempo segnata da importanti arresti di legittimità, in altri ambiti.

⁸³*Ragioni della decisione*, p. 27; i diritti fondamentali a cui fare riferimento sono espressamente indicati come quelli «desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

dell'unione europea, ma anche la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso e l'art. 337 ter, co. 1, c.c.)⁸⁴.

Quanto alla necessità di bilanciare il principio dell'interesse del minore con altri valori e principi di pari rango, la Cassazione nega l'esistenza di un vincolo costituzionale di contenuto che imponga l'opzione negativa nei confronti della surrogazione di maternità – che sarebbe stata prevista dalla legge 40/2004 nell'esercizio della discrezionalità che essenzialmente appartiene al legislatore proprio in quegli ambiti eticamente sensibili in cui si debba individuare un ragionevole punto di equilibrio fra esigenze contrapposte (p. 40, citando la sentenza costituzionale 162/2014) – enunciando un ulteriore principio di diritto, secondo cui non vi è contrasto «di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate» (pag. 41).

Ma la sentenza prosegue con la distinzione netta della fattispecie in esame rispetto alla surrogazione di maternità, che conduce a riconoscere – come ulteriore principio di diritto – «un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)» (p. 44). Pur nel riconoscimento della «indiscutibile importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre» (p. 47), il principio *mater semper certa* riconosciuto dall'art. 269 c.c. va – per così dire – aggiornato, accettando che la piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico non è più imprescindibile; e la maternità che la Cassazione riconosce essere tutelata *direttamente* dalla Costituzione all'art. 31, senza l'intermediazione del legislatore, non è solo quella che si manifesta con il parto relegando all'irrelevanza la tra-

⁸⁴Il secondo principio di diritto della pronuncia afferma che nel caso *de quo* riconoscimento e trascrizione «non contrastano con l'ordine pubblico per solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano» (par. 8.4, p. 36).

smissione del patrimonio genetico «tanto più quando ciò sia avvenuto deliberatamente nell'ambito di un progetto di vita comune e responsabile» (p. 49): da cui il quinto principio di diritto che riconosce che la regola secondo cui è madre colei che ha partorito «non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale», sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri, una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo (p. 51).

Avendo dato riconoscimento e attribuito valore al progetto genitoriale nato all'interno di una coppia di donne (alla doppia genitorialità materna), la pronuncia perviene a negare anche l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale che veda una «preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli» (p. 53), così prendendo nettamente le distanze dai presupposti argomentativi (peraltro, come già ricordato, assai deboli ed ampiamente discussi) della sentenza 138/2010 della Corte costituzionale: una catena di decisioni giurisprudenziali (Cassazione 601/2013, 12962/2016, ma anche Corte Edu, 27 luglio 2015, *Oliari c. Italia* e Corte costituzionale 162/2014) sorregge la visione di una famiglia «sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti» verso la quale il compito del diritto è di ricercare un «equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori» (p. 55).

Ma, oltre alla tutela a valle del *best interest* del minore, la Cassazione guarda a monte ai progetti riproduttivi e genitoriali: alle persone deve essere garantita la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso (p. 56). Chiudendo, tuttavia, con una sottolineatura significativa degli aspetti che valgono ulteriormente a distinguere il caso da quello di una gravidanza per altri di una donna ucraina in favore di una coppia eterosessuale italiana (esaminato nella sentenza 24001/2014): la presenza di un legame biologico e la validità dell'atto di nascita alla luce delle leggi del paese in cui l'atto stesso è stato formato.

Il decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, Sez. V civile, in sede di reclamo ex art. 95 d.P.R. 396/2000 contro la deci-

sione del Tribunale di Milano che aveva respinto il ricorso avverso i provvedimenti di diniego di trascrizione di atto di nascita, ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita di due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che, in California, aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la (contemporanea) gravidanza per altri in favore dei due diversi padri genetici⁸⁵.

La motivazione della pronuncia richiama espressamente (punto 13) il primo principio di diritto enunciato nella sentenza 19599/2016 di Cassazione (sull'interpretazione del limite dell'ordine pubblico internazionale) e ne riprende le argomentazioni che valorizzano l'interesse del minore alla conservazione di uno *status* legittimamente acquisito all'estero, così come quelle che circoscrivono il rilievo da attribuirsi alla circostanza che i genitori abbiano fatto ricorso ad una pratica vietata dalla legge italiana (nel caso specifico ad una gravidanza per altri).

Quanto all'indicazione nell'originario atto di nascita dei bambini come gemelli (*twins*), la Corte d'appello risolve la questione osservando che essa non varrebbe a costituire alcun rapporto di fratellanza, in quanto attesterebbe semplicemente il fatto della nascita contemporanea con altro bambino dalla medesima madre biologica. Sul punto non si può non osservare che i due bambini, pur avendo padri diversi, sono in realtà fratelli unilaterali per *doppia* linea materna – sia per la madre genetica, sia per la madre biologica. Che tale situazione venga ridotta ad un “mero” dato di fatto di una nascita “contemporanea” (che è, a ben vedere, l'evento conclusivo di una *gravidanza* contemporanea), che non varrebbe «ad attribuire nessun rapporto di fratellanza tra i bambini», si può spiegare rilevando la circostanza specifica della questione affrontata dai giudici, che riguarda la trascrizione di un atto di nascita in cui – originariamente, per le caratteristiche della legislazione straniera – la madre non compare, ma per entrambi i bambini vengono indicati i due padri, genetico ed intenzionale (solo per il primo dei quali la Corte riconosce la paternità sulla base della verità geneti-

⁸⁵Decreto 28 dicembre 2016; v. la nota di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*, in www.articolo29.it, ove è pubblicato anche il decreto.

ca); il decreto rimarca (punto 18) – annettendovi evidentemente importanza – il fatto che il nome di ciascun padre sia stato inserito nell’atto originale in un campo predisposto «senza connotazioni di genere», quindi riferibile «come dato di verità» ad un secondo genitore di sesso maschile.

Nella pronuncia della Corte d’appello di Milano, la madre biologica scompare, insieme alla donatrice anonima degli ovuli (madre genetica). In realtà, la rimozione della maternità è avvenuta “a monte”, secondo le leggi del paese in cui è avvenuta la nascita ed in cui si è perfezionato un atto di nascita che, conformemente alla normativa ivi vigente, riconosce una doppia paternità: l’ordinamento nazionale, nel contesto di una procedura rivolta alla trascrizione dell’atto di nascita straniero, si limita a recepirlo, concentrando la propria attenzione alla rilevanza della situazione “a valle”.

Ma proprio la vicenda milanese mostra anche la dimensione paradossale di una cesura così netta tra un “prima” e un “dopo” la nascita: quando finisce per negare, insieme con uno spazio di riconoscimento di quello che abbiamo sopra proposto di identificare come “principio del nome della madre”, anche ogni rilevanza al legame parentale tra i due gemelli (un legame che, oltre che sulla comune origine genetica materna si fonda, a mio avviso persino più profondamente, sulla comune esperienza relazionale con la stessa madre biologica durante una stessa ed unica gravidanza). Scompare anche, nonostante il rapporto esplicitamente dichiarato tra il decreto milanese e la sentenza 19599/2016 di Cassazione, ogni rilievo di quella maternità che la Cassazione aveva riconosciuto essere tutelata *direttamente* dalla Costituzione all’art. 31, senza necessità di un’intermediazione del legislatore, per quanto rileggendola per ammettere il superamento del carattere esclusivo della maternità biologica (*mater semper certa*) ed affermare una *doppia maternità*, alla luce dell’evoluzione sociale e tecnologica che riconosce il rilievo di una maternità che era – nel caso approdato davanti alla suprema corte – insieme *genetica e dell’intenzionalità di un progetto genitoriale condiviso* dalla coppia di donne.

La pronuncia milanese, concentrata solo sulla possibilità di ammettere, perché non contrario all’ordine pubblico internazionale, il riconoscimento della paternità genetica legittimamente attribuita e non contraria alla verità dei fatti, ignora e consegna all’irrilevanza giuridica ogni altro profilo della rete di relazioni che hanno reso possibile la nascita dei due bambini.

L'interesse del minore considerato unicamente a valle della GPA autorizza la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che hanno preceduto – e reso possibile – la nascita del figlio/della figlia del cui *migliore interesse* si discute, con il rischio più che concreto di consegnare all'irrelevanza non solo e non tanto la maggiore o minore legittimità – almeno alla luce degli ordinamenti del luogo in cui la nascita e le negoziazioni ad essa relative sono avvenute – dei comportamenti individuali dei genitori, ma certamente tutta l'esperienza della relazione di gravidanza.

Guardati *a valle*, dal punto di vista di un bambino o una bambina già accolti in progetto genitoriale dal quale non sarebbe nel loro interesse sradicarli, forse i casi di trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso considerati dalla Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano possono prospettare situazioni sufficientemente omogenee; ma, come tutto questo scritto si sforza di rendere evidente, la doppia maternità di una coppia omosessuale femminile e la doppia paternità di una coppia omosessuale maschile non sono ugualmente confrontabili *a monte*, dal punto di vista dell'esperienza riproduttiva e del riconoscimento dell'esistenza e del ruolo della madre biologica che, nel secondo caso, semplicemente scompare.

Pur dubitando fortemente che si tratti di una differenza *di per sé* sufficiente a giustificare una differenza di trattamento delle aspirazioni alla genitorialità, anche con ricorso alla gravidanza per altri, di coppie eterosessuali, omosessuali femminili ed omosessuali maschili, penso che non si possa realmente ritenere accettabile la pura e semplice *irrelevanza* del ruolo e della figura della madre biologica (anche in considerazione delle implicazioni a valle, dal punto di vista della riconoscibilità per il figlio di una origine materna che, diversamente da quella paterna, non è semplicemente genetica, ma è radicata in una significativa esperienza di relazione).

Anche la questione su cui pronuncia l'ordinanza di Trento del 23 febbraio 2017 riguarda l'attribuzione di una doppia paternità.

Una coppia omosessuale maschile aveva, infatti, nel 2009, ottenuto all'estero un primo provvedimento giudiziale che aveva riconosciuto, secondo la legge del luogo, che la madre biologica di due gemelli nati a seguito di gravidanza per altri non era genitrice dei bambini e che il padre genetico era il loro unico genitore; il certificato di nascita formato a seguito di tale provvedimento era stato poi trascritto nel comune italiano di residenza della famiglia. Successivamente, un secondo

provvedimento giudiziale, emesso nello stato di nascita e di cittadinanza dei bambini, ha riconosciuto la co-genitorialità a favore del partner del padre genetico (la coppia, sposata all'estero, è riconosciuta ai sensi della legge 76/2016 come unione civile), disponendo che l'atto di nascita dei gemelli venisse emendato con l'indicazione del secondo padre.

Avendo l'ufficiale di stato civile italiano rifiutato la trascrizione dell'atto con l'indicazione della doppia paternità, i genitori si sono rivolti alla Corte d'appello di Trento per ottenere il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento della corte straniera ai sensi dell'art. 67 l. 218/1995, premessa per ottenere la trascrizione anche in Italia dell'atto di nascita emendato.

Nel decidere il caso anche la Corte d'appello di Trento richiama, innanzitutto, l'impostazione della sentenza di Cassazione 19599/2016 a proposito dell'interpretazione del limite dell'ordine pubblico internazionale eventualmente opponibile al riconoscimento del provvedimento estero; e poi, come la Cassazione, rileva la centralità dell'interesse dei minori che si sostanzia nel diritto di conservare lo *status* di figlio riconosciuto da un atto validamente formato all'estero (p. 12). Procedo ulteriormente affermando che il divieto di surrogazione disposto dalla legge 40/2004 va considerato il "punto di equilibrio" attualmente individuato dal legislatore italiano fra diversi interessi fondamentali che incidono nella materia (sull'identificazione dei quali, però, non si sofferma), ma che non potrebbe ritenersi espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati (p. 16); osserva, infine, che i minori devono comunque essere tenuti al riparo delle conseguenze di eventuali violazioni dei divieti posti dalla legge di cui siano responsabili gli adulti che abbiano fatto ricorso a pratiche vietate in Italia⁸⁶. L'ulteriore passaggio è la sottolineatura di come non vi sia nel nostro ordinamento un unico modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico e, per contro, la valorizzazione di tutti gli elementi che caratterizzano la piena responsabilità genitoriale, esplicitando anche come l'eventuale alternativa di una *stepchild adoption* da parte del partner del padre biologico ai sensi dell'art. 44 lett b)

⁸⁶L'ordinanza parla di "pratiche fecondative", ma la "gravidanza per altri" implica ben più di una pratica di fecondazione eterologa, in quanto comporta, appunto, una gravidanza.

della legge sull'adozione⁸⁷, a prescindere dalla presenza di una giurisprudenza non univoca sulla sua applicabilità alle coppie *same-sex*, non potrebbe essere considerata ugualmente soddisfacente (p. 19).

Anche in questo caso la giurisprudenza sembra accettare come non problematica la rimozione della madre biologica implicata dalla regolamentazione straniera della pratica della gravidanza per altri grazie alla quale i bambini sono venuti al mondo, appiattendosi sulla – necessaria, ma non esaustiva – prospettiva di tutela dell'interesse del bambino, che viene inevitabilmente apprezzato nella dimensione attuale e concreta del nucleo familiare che lo ha accolto e cresciuto.

Mostrandoci due padri fortemente coinvolti in un progetto genitoriale condiviso ed attivamente impegnati nell'ottenere che i due figli – che stanno da tempo crescendo saldamente inseriti in un nucleo di relazioni consolidate che di fatto già riconoscono la doppia paternità – possano godere pienamente di tutte le garanzie connesse ad una doppia e piena genitorialità, la vicenda trattata dalla Corte d'appello di Trento non fa emergere con la stessa immediatezza di quella milanese gli effetti paradossali della rimozione della madre biologica; il tempo della nascita è lontano, i bambini sono saldamente inseriti nella loro famiglia, la cancellazione della madre appare meno “perturbante” che nel caso milanese in cui cancella, insieme alla esperienza relazionale della gravidanza, anche la fratellanza unilaterale uterina (e genetica). Eppure, colpisce come la Corte d'appello, pur osservando che il legislatore nella discrezionalità di cui dispone in materia di surrogazione di maternità è tenuto al bilanciamento «fra diversi interessi fondamentali», non abbia sentito alcuna necessità di individuare e menzionare tali interessi ed abbia potuto evitare il problema di confrontarsi, almeno nominandolo, con il principio costituzionale della tutela della maternità, che – come ci ha ricordato la Corte di cassazione – l'art. 31 garantisce direttamente senza necessità di un'intermediazione del legislatore (e, quindi, affidandolo alla tutela diretta del giudice).

La regolamentazione della gravidanza per altri, disposta dalla legge straniera, resta a monte del fatto della nascita ed il giudice nazionale ritiene per ciò di ignorarla *tout court*: ma potremmo considerare dav-

⁸⁷ A questa ipotesi alternativa si era invece esplicitamente riferito il Ministero dell'Interno – costituitosi sul presupposto erroneo che il giudizio dovesse considerarsi di opposizione al rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile – indicando come tale soluzione rappresentasse «nel presente momento storico, l'equilibrio più avanzato raggiunto dall'ordinamento tra i vari orientamenti sociali e culturali» (p. 7).

vero del tutto irrilevante il modo in cui l'interesse della madre biologica ed il valore relazionale della gravidanza sono stati apprezzati dall'ordinamento straniero e dai genitori che quell'ordinamento hanno scelto per realizzare un progetto riproduttivo che fosse la premessa indispensabile del loro progetto genitoriale?

L'interesse del bambino può davvero prescindere dal modo in cui i genitori intenzionali hanno scelto che venisse al mondo?

Ed anche qualora l'interesse *in concreto* del bambino dovesse ritenersi prevalente rispetto a qualsiasi comportamento dei genitori intenzionali, non è forse proprio l'apprezzamento *in concreto* che impone di nominare adeguatamente tutti gli interessi potenzialmente confliggenti?

La Corte di cassazione ha già, in un certo senso, aperto una strada.

Se il principio costituzionale di tutela della maternità può essere riletto nel senso di superare l'assolutezza univoca della attribuzione di maternità – genitoriale – in base alla nascita (e la perfetta coincidenza tra maternità biologica e genitoriale), e se è necessario garantire alle persone la fondamentale libertà di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge a coppie eterosessuali, anche l'esperienza genitoriale della *doppia paternità* può trovare una conciliazione ed un bilanciamento con la tutela della maternità biologica: a condizione, tuttavia, che non si ignorino le fondamentali asimmetrie delle vicende riproduttive.

Quello che deve venire in rilievo è almeno un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali del progetto riproduttivo⁸⁸ hanno costruito il progetto riproduttivo, nella misura in cui il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, anche se al progetto genitoriale la madre biologica ha scelto liberamente e consapevolmente di restare estranea.

Alle implicazioni che la gravidanza per altri ha per la madre biologica – e, quindi, necessariamente, anche per il bambino che ha vissuto con lei la relazione di gravidanza – sembra guardare, infine, in una prospettiva molto più complessa l'ordinanza di rimessione di una questione di costituzionalità da parte della Corte d'appello di Milano del

⁸⁸In questo caso i due padri, ma lo stesso evidentemente varrebbe per i genitori intenzionali in una coppia eterosessuale.

25 luglio 2016, che in questa chiave ci offre un'ulteriore prospettiva di riflessione.

Il caso riguarda una gravidanza per altri avvenuta in India a favore di una coppia eterosessuale a cui le condizioni di salute della donna (patologia tumorale e chemioterapia) avevano precluso sia la produzione di ovociti che la gestazione; il certificato di nascita estero veniva trascritto con l'indicazione dei due coniugi come genitori ma, mentre la paternità non sollevava problemi, essendo stata confermato il legame biologico tra figlio e padre con test sul DNA, la maternità veniva messa in discussione in applicazione dell'art. 264, co. 2 c.c.: il Tribunale di Milano, escludendo che la filiazione *ex matre* potesse in Italia dedursi altrimenti che dal parto, ai sensi dell'art. 269, co.3 c.c., ed in particolare che potesse attribuirsi in forza del contratto per la fecondazione eterologa con maternità surrogata – in quanto contrario all'ordine pubblico – pronunciava una sentenza di disconoscimento. Nel corso del procedimento d'appello promosso dalla madre intenzionale, la ricorrente e lo stesso curatore del minore convergevano nel proporre una eccezione di incostituzionalità nei confronti del divieto assoluto di maternità surrogata imposto dall'art. 12, co.6 l.40/2004, lamentando molteplici profili di irragionevolezza, disparità di trattamento, violazione del diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia nella sfera privata e familiare.

La Corte rimettente ha ritagliato con cura la questione di costituzionalità, rispetto alle eccezioni sollevate dalle parti, circoscrivendola al dubbio sull'art. 263 c.c. «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso» (parametri gli art. 2, 3, 30 e 31 cost. e 117, co.1 cost. in relazione all'art. 8 CEDU); mostrando, nello stesso tempo, di avere grande consapevolezza della estrema complessità delle questioni in gioco e dei principi costituzionali che dovrebbero entrare nel bilanciamento.

Infatti, dopo avere riconosciuto come il divieto assoluto di ricorso alla pratica di surrogazione di maternità indubbiamente incida negativamente su una serie di principi costituzionali (par. 8), la Corte d'appello procede chiedendosi se tale divieto possa, però, «rappresentare strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango» (par. 9), riconoscendo sia la specificità relazionale di una pratica «che coinvolge più soggetti e in modo assai più pervasivo» di

quanto accada nella fecondazione eterologa, sia la specificità della posizione della donna «gestante per altri» (par. 9.1). Ed è proprio nelle esigenze di tutela della dignità della donna rispetto alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, conseguente alla commercializzazione della relazione con i committenti, che si ravvisa un fondamento adeguato al bilanciamento del sacrificio che il divieto di surrogazione impone ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, escludendo il dubbio sulla costituzionalità del divieto stesso (par. 12); lasciando, tuttavia, aperta la prospettazione del dubbio in casi in cui – diversamente da quello concretamente all’esame della Corte – si trattasse di una pratica relazionale della gestazione per altri, cui la madre biologica accedesse con scelta libera e responsabile, al di fuori della logica di uno scambio mercantile e con garanzia di ripensamento (par. 13).

Diversa, in questa cornice consapevole delle implicazioni relazionali e del ruolo irrinunciabile in ogni progetto riproduttivo della madre biologica, diventa anche il rilievo dell’interesse del minore, alla luce del quale viene sollecitata una «rinnovata riflessione sul tema della coincidenza – per quanto qui interessa, limitatamente all’art. 263 c.c. – tra *favor veritatis* e *favor minoris*», in cui il secondo possa agire come correttivo del principio di verità.

Comunque sia, l’applicazione a valle del principio dell’interesse del minore non ci esime dal vedere ciò che c’è stato a monte della nascita: da un lato, una madre biologica che, pur avendo consapevolmente assunto le responsabilità del progetto riproduttivo, *non intende assumere personalmente diritti e responsabilità anche di madre genitoriale*; dall’altro, genitori (madre e padre, due padri) intenzionali che *tali diritti e responsabilità acquisiscono* in forza di una relazione che si instaura – nei modi sopra indicati – con la madre biologica.

Ed il compito che spetta a tutti e tutte, in particolare nella riflessione giuridica, consiste nel cercare forme adeguate “per dirlo”.

Ciò che avviene non comporta una cessione di responsabilità, né una rinuncia, in senso proprio, da parte della madre biologica (che ha specificamente inteso, dalla progettazione iniziale e sino al compimento della gravidanza, dare una continuità alla propria esperienza di gravidanza in uno specifico progetto genitoriale altrui); né diviene un “acquisto” da parte dei genitori intenzionali, ma è un modo di realizzare esperienze di riproduzione e genitorialità avvalendosi delle possi-

bilità aperte dalla possibilità stessa di distinzione delle responsabilità che consapevolmente si acquisiscono con le proprie azioni.

Un contesto che, in ogni caso, rende impossibile eludere il problema di cercare una cornice giuridica non inadeguata in cui collocare anche questa esperienza umana, anche solo una volta che si consideri del tutto irrealistica la prospettiva – pur da taluno evocata – di una effettiva moratoria internazionale.

Ed è in questa prospettiva che si è cercato, in questa riflessione, di aprire una ipotesi di confronto.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)