



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca

di FRANCESCA ANGELINI

BILANCIARE INSIEME
VERITÀ DI PARTO E INTERESSE DEL MINORE
LA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI MATERNITÀ
SURROGATA MOSTRA AL GIUDICE COME NON BUTTARE IL
BAMBINO CON L'ACQUA SPORCA

di *Francesca Angelini*

Professoressa associata confermata di Istituzioni di diritto pubblico
«Sapienza» – Università di Roma

ABSTRACT

ITA

L'articolo propone una riflessione sul divieto di maternità surrogata dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2017. La Corte ha confermato il divieto di maternità surrogata a garanzia del principio *Mater semper certa* posto dall'ordinamento a tutela della dignità e della libertà della madre e del bambino. Il rilievo riconosciuto a tale *regula juris*, in caso di surrogazione di maternità, impone al giudice di bilanciare la verità di parto con l'interesse del minore.

EN

The article proposes a reflection on the prohibition of surrogate motherhood after the ruling of the Constitutional Court no. 272/2017. The decision confirmed the prohibition of surrogacy as a means of guaranteeing the *Mater semper certa* principle; this principle is provided for in the Italian legal order to protect the dignity and the freedom of the mother and the child. The importance given to the *Mater semper certa* principle gives the judge the task of balancing, in the event of surrogacy, this principle with the interests of the child.

BILANCIARE INSIEME
VERITÀ DI PARTO E INTERESSE DEL MINORE
LA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI MATERNITÀ
SURROGATA MOSTRA AL GIUDICE COME NON BUTTARE IL
BAMBINO CON L'ACQUA SPORCA

di *Francesca Angelini*

SOMMARIO: *1. Giurisprudenza costituzionale, l. n. 40 del 2004 e maternità surrogata. Qualche riflessione per iniziare; 2. La Corte di appello di Milano e l'ordinanza di rinvio n. 273 del 2016. Le origini della questione; 3. Qualche precisazione sull'importanza del principio Mater semper certa est; 4. "Valore" della relazione materna versus "disvalore" della surrogazione di maternità. La Corte costituzionale fa il punto nella sentenza n. 272 del 2017; 5. Conclusioni. Un giusto divieto in una legge sbagliata, quali conseguenze?*

1. Giurisprudenza costituzionale, l. n. 40 del 2004 e maternità surrogata. Qualche riflessione per iniziare

La lunga esperienza valutabile in ben tredici anni di giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi pma)¹ ci ha mostrato una Corte costituzionale che non si è mai portata oltre il chiesto, anzi, a volte, si è rivelata evasiva² e financo

¹ Sulle vicende della l. n. 40 del 2004 e sulla sua riscrittura giurisprudenziale, data l'ampia bibliografia, ci si limita a rinviare a F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2015, pp. 341 ss. e C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corte*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, pp. 67 ss.

² Si pensi all'ord. n. 369 del 2006 con la quale il Giudice costituzionale dichiarò «manifestamente infondata» la questione di costituzionalità dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004 sulla base di una valutazione meramente formale dell'ordinanza di remissione e assumendo una posizione, come si disse, dal «sapere di una "rinuncia al giudizio"»; così M. D'AMICO, *Introduzione. La fecondazione artificiale fra Legislatore, Giudice costituzionale e Giudici comuni*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, 2012, p. 15. Sull'ordinanza si vedano i commenti dai titoli emblematici di: A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, *Giur. cost.*, 2006, pp. 3846 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. Cost.*, 2007, pp. 154 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurispru-*

sfuggente³. Altre volte, invece, la Consulta è stata estremamente puntuale e particolarmente attenta a circoscrivere la portata delle sue pronunce alle sole questioni sollevate, questo in particolare nei casi in cui, spinta dalla forza dei fatti, spesso drammatici, ha dovuto entrare nel merito delle domande poste pronunciando decisioni determinanti, quelle, per intenderci, che hanno cambiato, un pezzetto per volta, l'intero quadro della l. n. 40 del 2004, in materia di pma. Sulla base di quanto osservato, se si volesse, in via generale, indicare un elemento caratterizzante di quella giurisprudenza, una sorta di comune denominatore, potremmo con una certa facilità individuarlo nella prudenza, alcune volte estrema, tanto da evitare di decidere, altre volte solo evidente in pronunce misurate⁴, nelle quali la Corte ha mostrato il timore di addentrarsi, al di là del richiesto, in territori accidentati⁵, all'interno dei quali ha cercato di evitare di compiere anche il più piccolo passo al di fuori dell'area tracciata dalle ordinanze di rinvio.

denziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006), in *Giur. cost.*, 2006, pp. 3857 ss.; L. D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. per.*, 2007, pp. 27 ss.

³ Il riferimento è all'ord. n. 150 del 2012 con la quale la Corte costituzionale, evitando nuovamente di decidere in relazione alla legittimità del divieto di pma di tipo eterologo, restituisce gli atti, per permettere ai giudici *a quibus* di tener conto della decisione della Grande Camera della Corte EDU (*S.H. e altri c. Austria*, del 3.11.2011); la decisione inaugura di fatto un'anomala e, peraltro, discutibile pregiudizialità fra la violazione della CEDU e la violazione dei parametri interni. Sull'ordinanza, per il profilo qui sottolineato, cfr. I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2012, pp. 1 ss.; G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2070 ss.

⁴ Soprattutto in relazione alla giurisprudenza costituzionale sulla diagnosi preimpianto, si è sottolineato come la Corte abbia optato per una «linea politica intesa a diminuire al minimo» il proprio intervento «in materie particolarmente delicate, specie dal punto di vista etico morale, richiamando una funzione più decisa da parte del legislatore e in via interpretativa, dei giudici»: S. LA ROSA, *La diagnosi generica preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 846.

⁵ Mi pare che sia stato così proprio nella sent. n. 84 del 2016, relativa all'uso, a fini di ricerca scientifica, degli embrioni abbandonati e crioconservati, nella quale la Corte ha rinviato totalmente alla discrezionalità del legislatore. Sulla decisione si veda G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, pp. 7 ss.

Di tenore del tutto diverso, invece, si è rivelato l'atteggiamento del Giudice delle leggi nei due casi in cui ha affrontato, sempre indirettamente, il tema della surrogazione di maternità, nella sent. n. 162 del 2014 e da ultimo nella sent. n. 272 del 2017. La prima cosa che colpisce immediatamente è la circostanza che, in entrambe i casi, il tema della surrogazione di maternità è stato evocato *ad abundantiam*⁶, dato che le decisioni, in particolare la prima, solo trasversalmente arrivavano a lambire il difficile tema in questione; eppure la Corte, venendo meno, come rilevato, all'atteggiamento misurato dei suoi precedenti in materia di pma, ha sentito l'esigenza di dire di più rispetto a quanto le veniva chiesto, confermando – oggi in maniera ancora più chiara e decisa rispetto al 2014, ancorché incomprensibilmente in una frase fra parentesi – il divieto di «maternità surrogata» pratica che, precisa la Corte, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Di quella conferma, nella forza delle parole scelte dalla Consulta nella sent. n. 272 del 2017, a parere di chi scrive, si aveva bisogno; nelle pagine che seguono si cercherà di spiegare il perché, senza, tuttavia, nascondere, fin da ora, che alla forza delle parole la Corte non ha fatto corrispondere una forza argomentativa ed esplicativa pienamente esaustiva.

2. La Corte di appello di Milano e l'ordinanza di rinvio n. 273 del 2016. Le origini della questione

La nuova pronuncia della Corte costituzionale prende le mosse da una questione di legittimità posta dalla Corte di appello di Milano sull'art. 263 c.c., per la supposta contrarietà agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in violazione dell'art. 8 della CEDU, nella parte in cui *non* prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore, per difetto di veridicità, possa essere accolta solo quando coincida con l'interesse del minore. La vicenda riguardava un caso di surrogazione di maternità realizzata in India da una coppia eterosessuale di cittadini italiani, la quale aveva trascritto regolarmente il certificato di nascita del bambino in Italia riconoscendolo come figlio naturale. In seguito ad accertamenti ed indagini da parte della Procura

⁶ Anche per il fatto che in tutte e due i casi, fra l'altro, si è trattato di dare conferma a quanto già previsto dalla legge.

della Repubblica presso il Tribunale per i minori di Milano era emerso, tuttavia, che la nascita era frutto di un contratto di surrogazione di maternità realizzato in India; conseguentemente era stato avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del bambino, interrotto successivamente solo di fronte al test genetico che confermava il legame biologico almeno con il padre committente. Su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minori di Milano aveva nominato un curatore speciale del bambino e autorizzato l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, si era così giunti alla decisione che aveva dichiarato che il bambino non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto, decisione che assume a suo fondamento l'art. 269, co. 3, c.c., in base al quale è madre colei che ha partorito, e l'art. 16 della l. n. 218 del 1995, dal quale si ricava la contrarietà del contratto di surrogazione di maternità, realizzato in base alla legge straniera, ai principi di ordine pubblico. Nel giudizio di appello avverso tale decisione la Corte di appello di Milano giungeva dunque a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità possa essere accolto nel caso in cui coincida con l'interesse del minore. L'ordinanza di rimessione, quindi, non riguarda direttamente la surrogazione di maternità, concernendo bensì l'«apprezzamento dell'interesse del minore»⁷ e le modalità del riconoscimento della filiazione materna; ma offre, tuttavia, molti spunti di attenzione e di riflessione, evidenziati fra l'altro prontamente dalla dottrina⁸, proprio in relazione al divieto di *surrogacy*, sui quali conviene soffermarsi prima di passare all'esame della sentenza della Corte costituzionale, spunti dai quali, a parere di chi scrive, non si può prescindere, se si vuole capire la risposta del Giudice delle leggi e il rilievo particolare che essa assume all'interno dell'attuale dibattito sulla surrogazione di maternità nel nostro Paese.

Il primo elemento sul quale appare utile riflettere è dato dal fatto che pur non essendo stato impugnato direttamente il divieto di surrogazione di maternità, come pure era stato chiesto dalle parti nel giudizio, la valutazione sulla sua costituzionalità è il tema reale che rimane

⁷ B. PEZZINI, *Introduzione*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 8.

⁸ Si veda, ad esempio, l'ampio focus, a cura di B. Pezzini, dedicato all'ordinanza, dal titolo *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, nel fascicolo n. 2/2017 della rivista *GenIUS*.

aperto sullo sfondo, anche con evidenza. La lettura dell'ordinanza fa emergere, infatti, in maniera chiara la posizione critica della Corte di appello di Milano sulla previsione di divieto 'assoluto' di maternità surrogata, ex art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004. Il giudice del rinvio, infatti, offre una lunga digressione sulle motivazioni che lo inducono a condividere i dubbi di costituzionalità – avanzati dalle parti in giudizio in relazione a più parametri – sulla non derogabilità di tale divieto.

Prima di tutto il tribunale lombardo concorda nel considerare tale divieto sproporzionato nella sua assolutezza e dunque chiuso alla possibilità di differenziare surrogazioni di tipo commerciale, effettivamente lesive della dignità della madre, da quelle altruistiche⁹, nelle quali non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della donna. La categoricità di tale scelta è causa, a parere del giudice milanese, anche di un risvolto discriminatorio in relazione al genere, in quanto precluderebbe del tutto l'unica possibilità di procreazione per la donna incapace di portare avanti una gestazione, rimanendo aperta, invece, la possibilità della pma eterologa per l'uomo totalmente sterile, con effetti evidentemente discriminatori per le coppie che si trovino nella prima situazione¹⁰. Di più, impedendo alla coppia impossibilitata alla gestazione di procreare e di avere una famiglia, l'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 «si pone in formale contrasto con gli artt. 2, 3, e 31 della Costituzione, norme nelle quali la Corte costituzionale ha radicato la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana»¹¹. Infine, il divieto generalizzato si rivela contrario al principio di uguaglianza perché fi-

⁹ Peraltro forma assai rara, «se infatti è vero che il dono del grembo è l'unica pratica consentita in certi ordinamenti, è altrettanto vero che la maggioranza delle gestazioni per altri avviene dietro pagamento di un corrispettivo, nonché il coinvolgimento di intermediari»: L. POLI, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE online*, 3/2006, p. 101.

¹⁰ Alla base di questo ragionamento del Giudice lombardo è facile riconoscere lo «sguardo neutro» di quella cultura antidiscriminatoria «al cui cospetto la differenza sessuale è irrilevante e che persegue un ideale di parità che guarda con sospetto ogni trattamento differenziato» e che, in questo specifico caso, considera un diritto, la libertà di autodeterminarsi, senza tener conto che nel caso specifico – quello delle coppie in cui la donna sia incapace di portare a termine una gestazione, ma anche in quello delle coppie omosessuali maschili – quel diritto si afferma «a spese» della relazione materna. Le parti fra virgolette sono tutte di S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 1169 e 1174.

¹¹ Corte di appello di Milano, ord. 25 luglio 2016, n. 273, p.to 8.2, in *GenIUS*, 2/2017, pp. 150 ss., che richiama per avvalorare la propria tesi la sent. Corte cost. n. 162/2014.

nisce con il favorire il ricorso al turismo procreativo di chi ha la disponibilità economica per recarsi all'estero al fine di aggirare la normativa interna.

Solo dopo aver messo in evidenza le problematiche incongruenze dell'assolutezza del divieto *ex art.* 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004, la Corte di appello di Milano si sofferma sulla particolare e controversa pratica di procreazione data dalla surrogazione di maternità che è insieme «pratica di riproduzione» e «pratica relazionale» in quanto coinvolge più persone in modo molto pervasivo nella sua realizzazione, rispetto anche ad una pma eterologa¹². Il riferimento del giudice *a quo* è ovviamente soprattutto alle modalità di coinvolgimento della madre gestante e alla possibilità concreta che forme commerciali di surrogazione¹³ ne possano ledere la dignità «intesa – prima ancora che come diritto fondamentale – come principio che permea l'intero patto costituzionale fondato sulla centralità dell'essere umano, considerato, in quanto tale e nella sua vita di relazione, sempre fine e mai mezzo, principio che inerisce, integrandosi, ai diritti fondamentali dai quali diventa inscindibile»¹⁴.

¹² Se si pensa alla surrogazione doppiamente eterologa si può arrivare a contare fino a sei persone coinvolte, fra genitori intenzionali, genitori genetici, madre di parto e bambino.

¹³ Anche se in dottrina si è messo in evidenza come ad essere problematico, a prescindere dalla onerosità, sia proprio la natura dell'accordo: «associandosi ad un accordo che precede la gravidanza, la surrogazione implica non un mero atto di disposizione del proprio corpo, bensì l'obbligazione di disporre del proprio corpo e cioè di restare incinta e di cedere il neonato a terzi. Una tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui. Il problema non è quindi quello dell'onerosità della pratica. Quand'anche sia gratuita, la surrogazione fa della donna un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri»; A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 4/2015, p. 480. Ugualmente critico sulla natura del particolare contratto è B. SALONE, *Maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalistici*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2017, p. 46, che sottolinea come «parte della dottrina [abbia] però rilevato che, anche a prescindere dell'eventuale corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata mal si presta ad essere inquadrato nella categoria dei contratti. Ed infatti, il nostro codice civile all'art. 1321 definisce il contratto quale "accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", mentre nell'ambito degli accordi di *surrogacy* ci troviamo di fronte a negozi aventi ad oggetto non rapporti patrimoniali, bensì posizioni giuridiche familiari personalissime». Sulle problematiche connesse alla *surrogacy* a titolo gratuito, si veda anche L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima)*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna* online, 1/2017, pp. 11 ss.

¹⁴ Corte di appello di Milano, ord. 25 luglio 2016, n. 273, p.to 11.

Il primo dato che desta stupore, nell'argomentazione della Corte di appello di Milano, in questa parte sicuramente condivisibile, è, tuttavia, la limitazione della valutazione negativa di tali conseguenze alla sola madre portante, là dove avrebbe dovuto apparire evidente che, nella pratica della surrogazione di maternità, la violazione della dignità, intesa proprio come principio fondante l'ordinamento costituzionale e presupposto alla tutela dell'essere umano, coinvolge chiaramente anche il bambino, la cui nascita altro non è che un 'mezzo', uno 'strumento' per realizzare desideri altrui, tanto che il suo apparire al mondo coincide con la perdita immediata della relazione per lui più importante proprio perché è l'unica che conosce, oltre che la più naturale, quale quella materna; l'assenza di quella relazione significa, inoltre, far coincidere la sua prima esperienza di vita, il suo battesimo al mondo con l'esperienza dell'abbandono. Ciò che non convince, a proposito, è soprattutto che, nella valutazione che il giudice *a quo* dedica alla condizione del nato da quella che egli definisce – cambiando significativamente paradigma lessicale – «gestazione di sostegno»¹⁵,

¹⁵ Nel dibattito, sia pubblico che scientifico, in materia di surrogazione di maternità il linguaggio appare tutt'altro che neutro; così le denominazioni che si riferiscono a tale particolare contratto individuano, indirettamente, anche un diverso atteggiamento, di accettazione o rifiuto, verso una pratica indubbiamente molto controversa, che può risultare lesiva della dignità e della salute della donna, oltre che ampiamente problematica verso il nascituro. Si parla, così, di «maternità surrogata» o «maternità per sostituzione» (cfr. I. CORTI, *Maternità per sostituzione*, Milano, 2000) quando si vuole sottolineare, implicitamente, il rapporto di maternità naturale che viene a crearsi e che viene sacrificato; di «gestazione per altri» o di «gestazione di sostegno», se si assume un atteggiamento più permissivo, che tende a mettere in rilievo l'aspetto più solidaristico, ma teso a minimizzare se non rimuovere il rapporto naturale di maternità che comunque viene a crearsi a monte; di «contratto di maternità» o di «utero in affitto», se si vuole, infine, mettere in rilievo l'aspetto commerciale e certamente più problematico dell'accordo. Da ultimo, appare interessante, anche se non del tutto convincente, per ciò che si dirà più avanti, la proposta di B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, parte II, pp. 183 ss. e EAD., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 91 ss., di riferirsi alla «gravidanza per altri» con l'intento di riconoscere l'importanza della gravidanza come esperienza relazionale e di aprire alla regolazione nel nostro paese a forme «altruistiche» di surrogazione.

Al di là delle possibili e differenti denominazioni, chi scrive preferisce parlare di «maternità surrogata o per sostituzione» non solo per riferirsi a tale procreazione nel suo significato più ampio, ma anche con l'intento di non mistificare o trasfigurare in qualcosa di differente il dato esperienziale che è alla base di tali accordi, vale a dire una maternità; in

l'argomento trainante sia offerto esclusivamente dall'insufficienza dei dati medico-scientifici in grado di provare conseguenze dannose sul bambino di quell'allontanamento forzoso dalla madre¹⁶, mentre risultano completamente assenti considerazioni di carattere giuridico, che avrebbero dovuto portare a vedere garantito anche il diritto all'identità di nascita, presupposto alla protezione della condizione di dignità e di libertà che spettano ad ogni bambino che arriva al mondo.

La conclusione cui giunge la Corte di appello, pur avanzando l'idea della necessità di una revisione dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 – considerato che tale disposizione, apprezzata all'interno di una cornice di tipo solidaristico e non commerciale, la condurrebbe a valutare «come non manifestatamente infondato il prospettato dubbio di incostituzionalità»¹⁷ –, è quella comunque della mancanza di rilevanza della suddetta norma nel caso concreto, originato chiaramente da un contratto di surrogazione di tipo commerciale, con conseguente violazione della dignità della madre portante. Da qui la decisione di proporre la questione di legittimità sull'art. 263 c.c., sollecitando una senten-

definitiva quindi «a contendersi il campo sono, pertanto, espressioni, che traducono (o aspirano a tradurre) sensibilità e politiche del diritto non del tutto sovrapponibili e che (...) si propongono talvolta di conciliare prospettive divergenti e non chiaramente enunciate». Così E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 4.

¹⁶ «Nemmeno si giustifica il divieto di surrogazione quale mezzo per garantire l'interesse del nato a non subire il pregiudizio derivantegli dalla rottura del legame instaurato durante la gravidanza con la donna gestante, diversa da quella che per lui assumerà il ruolo di madre effettiva. Non si intende sottovalutare l'importanza del legame prenatale madre/figlio, ma solo sottolineare che se, per un verso, non esistono nel nostro paese accreditati ed esaurienti report psicologici che confermino il pregiudizio derivante da quel distacco ai nati da surrogazione di maternità, per altro verso, gli esiti delle ricerche effettuate nei paesi in cui la surrogazione non è vietata ed è regolamentata (ad esempio, le ricerche effettuate nel Regno Unito dal *Centre for Family Research* dell'Università di Cambridge, a cura della Prof. Susan Golombok (www.cambridge.org) indicano dopo adeguato monitoraggio che i bambini nati da “gestazione di sostegno” non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo rispetto a quelli nati da concepimento naturale o da ovodonazione. Esiti che sembrano esprimere quindi la rilevanza, per l'armonico sviluppo psicofisico del figlio, della positività della relazione con i genitori intenzionali che quel figlio hanno voluto, curano e amano». Corte di appello di Milano, ord. 25 luglio 2016, n. 273, p.to 10.2.

¹⁷ *Ibidem*, p.to 13.1.

za costituzionale di tipo additivo. In base all'interpretazione avanzata, infatti, la disposizione, *non* accogliendo un riferimento espresso all'interesse del minore, pone dei dubbi di costituzionalità con riferimento ad alcuni principi di rilievo finalizzati alla tutela dei minori sia nella Costituzione sia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Entrando più nel dettaglio, il giudice, rilevando che l'azione *ex art.* 263 c.c. è stata promossa dal curatore del bambino con riferimento all'art. 269, 3 co., c.c., e alla rigida regola per cui è madre colei che partorisce, giunge alla conclusione che, a fronte di norme inderogabili nell'ordinamento italiano sulla maternità naturale, non ci sarebbe altro modo al di fuori dell'adozione in casi particolari per riconoscere il legame giuridico fra madre di intenzione e figlio. La questione appare, dunque, rilevante dato che dal suo accoglimento si trarrebbe la possibilità di contrapporre, alla valutazione del tutto «astratta» dell'interesse del minore coincidente con il principio affermato nell'art. 269, co. 3, c.c., in base al quale la maternità è stabilita dal parto, l'interesse «concreto» del minore a conservare il legame giuridico con la madre intenzionale.

L'ordinanza finisce col riprodurre un modello interpretativo, diffuso nella giurisprudenza italiana degli ultimi anni¹⁸, sulla base del quale la via più breve e diretta per tutelare l'interesse (concreto) del bambino nato da surrogazione di maternità conduce a mettere in discussione o, in alcune situazioni, ad elidere il principio *Mater semper certa est*, con la conseguenza, non trascurabile, di minare alla base i diritti e gli

¹⁸ Il riferimento è, oltre alle sentenze richiamate nell'ordinanza (cfr. *infra* questo stesso paragrafo), alla sent. della Corte di cass., Sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, reperibile sul sito www.articolo29.it, nella quale la suprema Corte ha affermato un'interpretazione più aperta del limite dell'ordine pubblico e che è risultata riduttiva del principio *Mater semper certa est*, di fatto escluso dai principi di ordine pubblico. Questa stessa interpretazione è stata fatta propria dalla successiva giurisprudenza di merito in relazione a casi che riguardavano surrogazioni di maternità; si vedano, a titolo di esempio, le decisioni della Corte di appello di Milano, 28 ottobre 2016 e della Corte di appello di Trento, 23 febbraio 2017. Per un approfondimento sull'interpretazione avanzata nella sent. Corte di cass. n. 19599 del 2016 qui criticata, si vedano ampiamente, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, e C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori*, entrambe in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 31 ss. e pp. 119 ss.

interessi di rilievo che quel principio presidia¹⁹. Nella decisione, è proprio la scelta di impugnare l'art. 263 c.c., chiedendo un intervento manipolativo di tipo additivo²⁰, a stabilire una relazione oppositiva fra verità di parto e interesse del minore. In questa contrapposizione è rintracciabile una logica che manifesta, come altra giurisprudenza, un «uso politico del processo»²¹, che mira di fatto a indebolire, indirettamente, la previsione del divieto di surrogazione; divieto che, tuttavia, il giudice meneghino ha ritenuto di non voler impugnare, cadendo in evidente contraddizione. Nel giudizio *a quo*, inoltre, l'interesse concreto del bambino – appare utile sottolinearlo – consiste nel mantenere il legame giuridico con la madre intenzionale che è cosa diversa dal riconoscerla come madre naturale. Lo strumento giuridico, nella fattispecie, per salvaguardare, da una parte, continuità di *status* e legame giuridico fra madre sociale e minore e, dall'altra, interessi connessi alla verità di parto – quali la protezione dell'interesse del bambino al riconoscimento della propria identità (presupposto alla conoscenza delle proprie origini) nonché l'interesse pubblico alla certezza nei rapporti di filiazione –, è previsto dall'ordinamento e coincide, come viene ricordato nella stessa ordinanza, con l'istituto dell'adozione in casi particolari²², nella vicenda in questione facilmente realizzabile dato che il

¹⁹ F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, cit., pp. 31 ss.

²⁰ Con motivazioni diverse e più tecniche, esprime dubbi sull'impugnazione dell'art. 263 anche G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 14, che sottolinea come «l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è infatti un'azione che mette in discussione non direttamente la (maternità o, come il più delle volte accade) la paternità. È invece costruita come impugnazione dell'atto volontario, di autore-sponsabilità, che accerta lo stato del figlio».

²¹ S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., pp. 1175, ss. Al «carattere latamente 'politico'» dell'ordinanza, connesso all'analitica considerazione della maternità surrogata, tema non rilevante nel caso di specie, si riferisce positivamente G. BRUNELLI, *Il giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 43.

²² Così anche S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, n. 2/2017, p. 59: «in casi come quello in discorso, in cui il minore ha un padre naturale e legale, e la madre committente può ricorrere all'adozione in casi particolari, la situazione giuridica del bambino è d'altronde certa e solida», in tal caso, infatti, anche se il bambino subisce una limitazione nei diritti ereditari, ma solo nei confronti della famiglia della madre, tale limitazione appare ben bilanciata dall'interesse «primario e fondamentale, alla conoscenza delle proprie origini».

bambino era stato già riconosciuto come figlio naturale e legale del padre sociale, marito della ricorrente²³.

Più in generale rispetto a quanto osservato e a conferma, va sottolineato come il quadro tracciato nell'ordinanza di rimessione si inserisca all'interno di un contesto più ampio che chiaramente guarda con favore alla modifica, in senso attenuativo, del divieto assoluto di surrogazione di maternità²⁴; tale contesto è rinvenibile non solo in parte della dottrina²⁵, ma anche nella giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità²⁶, da ultimo incoraggiata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sempre in funzione della difesa del preminente interesse del minore²⁷. Parte di quella giurisprudenza è stata persino richiamata sinteticamente

²³ Del resto anche nell'ordinanza di rimessione si sottolinea come lo stato della legislazione non consente «a madre e figlio di vedersi riconosciuto un legame giuridico se non “*in modo forse un po' affievolito*” per il tramite l'adozione in casi particolari»; Corte di appello di Milano, ord. 25 luglio 2016, n. 273, p.to 5.1.

²⁴ Come è stato osservato, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2017, p. 145, in queste argomentazioni della Corte d'appello di Milano «si risente l'influenza sia di quella dottrina ‘pro surrogata’ che vuole questa pensata come se si trattasse di una donazione degli organi e sia per l'eventuale intervento legislativo delle esperienze normative dell'Inghilterra e della Grecia».

²⁵ Fra i costituzionalisti, in tal senso, G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile* e B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre nella gravidanza per altri*, entrambe in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 77 ss. e pp. 91 ss.; A. RUGGERI, *La maternità surrogata, overosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, pp. 60 ss.; A. RUGGERI, C. SALAZAR, «*Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta online*, 1/2017, pp. 138 ss. Fra i privatisti si veda: I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, *GenIUS*, 2/2017, pp. 22 ss.; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2/2017, p. 195, particolarmente nota 17; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 93 ss.

²⁶ Fra le molte, in particolare, si rinvia alle citate sentt. della Corte di cass., Sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, della Corte di appello di Milano, 28 ottobre 2016 e della Corte di appello di Trento, 23 febbraio 2017, cui si aggiunge la sentt. della Corte di cass., Sez. I civ. n. 14878, 15 giugno 2017 sul limite dell'ordine pubblico e le sentt. del Tribunale dei minori di Roma, 22 ottobre 2015 e 30 dicembre 2015 e della Corte di appello di Roma, 23 dicembre 2015 sull'adozione in casi particolari.

²⁷ Si vedano le due sentenze gemelle della Corte EDU del 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia e Labasse c. Francia* con le quali la Corte ha affermato il diritto di bambini nati da surrogazione di maternità ad essere riconosciuti come figli legittimi della coppia committente, in presenza del legame biologico con il padre. Ma si veda, soprattutto per l'Italia, la famosa sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 25 gennaio 2015, che ha visto – pur in

nell'ordinanza di rinvio, a sottolinearne la linea di continuità; si tratta di pronunce note quali la sentenza della Corte di appello di Bari del 13 febbraio del 2009²⁸, che ha riconosciuto in un caso di surrogazione di maternità la genitorialità alla madre sociale; la sentenza della Corte di appello di Torino del 29 ottobre 2014, relativa alla trascrizione dell'atto di nascita del bambino avuto da due donne in cui una aveva portato a termine la gravidanza avendo ricevuto l'ovulo dell'altra; infine si fa riferimento alle «note e numerose decisioni in tema di adozione» del figlio del partner di coppia dello stesso sesso, *ex art. 44, l. n. 184 del 1983*²⁹. Il punto su cui converge la giurisprudenza richiamata emerge in maniera chiara nella spinta, come anticipato, all'aggiornamento del divieto di surrogazione di maternità, «a spese» del principio *Mater semper*

assenza di legami biologici fra genitori di intenzione e bambino – contrapporsi in un conflitto ordinamentale il nostro Paese e la Corte EDU, in relazione ai principi dell'ordine pubblico e del superiore interesse del minore, conflitto, che, come è noto, successivamente è stato composto dal definitivo intervento della Grande Camera con la sentenza del 24 gennaio 2017, che ha riconosciuto in tale delicata materia il margine di apprezzamento del nostro Paese. Sul caso *Paradiso e Campanelli*, si vedano fra i molti: O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2/2015, pp. 421 ss.; M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genius*, n. 1/2015, pp. 250 ss.; C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la violazione della vita familiare in Rivista Aic*, n. 4/2015; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2015; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: Tra ipotesi di 'abuso' e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 55 ss.; EAD., *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in www.Eurojus.it, 26.01.2017; L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *NGCC*, 4/2017, pp. 495 ss.

²⁸ Sulla particolarità della vicenda relativa alla sentenza barese, si rinvia a F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017, pp. 215 ss.

²⁹ Proprio in relazione a questa giurisprudenza, si rinvia a S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., pp. 1173 ss., che rileva come in maniera implicita, ma decisa, le argomentazioni dei giudici in queste sentenze «accreditano la tesi che vi sia un inevitabile conflitto tra il valore della relazione materna, o del rapporto dei figli con la madre di nascita, e i diritti della 'omogenitorialità' e che l'affermazione dei secondi debba implicare il sacrificio dei primi».

certa est, che finisce per essere riconosciuto ‘nemico’ all’interesse del bambino³⁰.

Appare, dunque, proprio questa la questione dirimente che si trova di fronte la Corte costituzionale, e che ha portato a rendere particolarmente attesa la sua risposta; l’ordinanza chiama indirettamente il Giudice delle leggi ad avallare, con una sentenza additiva, un delicato percorso interpretativo che ha come effetto il capovolgimento del principio *Mater semper certa est* da principio posto a tutela dell’interesse del bambino e della relazione materna a principio che diventa potenzialmente ostile al bambino, trasformandosi in un impedimento alla realizzazione del suo interesse (concreto).

3. Qualche precisazione sull’importanza del principio *Mater semper certa est*

Alla luce di quanto osservato, appare, quindi, opportuno, ancorché brevemente, tornare alle origini e ricordare come l’ordinamento italiano, attraverso l’art. 269, co. 3, c.c., abbia riconosciuto giuridicità ad un principio antico, che trova la sua radice e ragione nella natura delle cose: «*La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*». A tale disposizione si riconosce «la veste di caposaldo dell’istituto della filiazione naturale, *espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico*, che disciplina un diritto inviolabile della persona, posto a tutela della dignità umana, dell’identità personale e della sua collocazione nel contesto sociale»³¹. La certezza del parto viene assunta, dunque, a norma base, *regula juris* del riconoscimento e della responsabilità genitoriale³²; ad essa si lega strettamente an-

³⁰ S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., pp. 1169 ss.

³¹ M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in *Commentario al codice civile a cura di Paolo Cendon*, Milano, 2010, p. 404; mio il corsivo nel testo. Sul principio *Mater semper certa* come principio di ordine pubblico nel nostro ordinamento, si veda più ampiamente F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, cit., pp. 31 ss.

³² Si tratta di un principio «radicato nella maggior parte degli ordinamenti (quanto meno quelli del mondo occidentale) (...) considerato da parte di alcune giuriste femministe come conferma del diritto della madre di tenere con sé il figlio partorito e, inoltre come

che la garanzia di libertà del bambino alla nascita: «davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l'ordinamento si ferma»³³. Riconoscere alla nascita la verità di parto garantisce al bambino di essere immediatamente detentore di un'identità relazionale e giuridica, è condizione necessaria per essere soggetto di diritto piuttosto che oggetto di diritti altrui³⁴. Contestualmente, il principio mira a proteggere l'unicità della relazione materna che si costruisce nei nove mesi di gestazione attraverso un rapporto irripetibile e complesso, «profondamente segnato(o) dalla condivisione corporea» tale da rendere la madre in gestazione «due e tutt'uno (unità duale)»³⁵. Durante l'esperienza della gravidanza madre e bambino/a imparano a conoscersi per riconoscersi dopo la nascita in un nuovo rapporto fusionale, prolungamento di quell'unione corporea, che accompagna i primi anni vita del nuovo nato preparando il mondo al suo arrivo. Quella relazione può essere riprodotta nella genitorialità adottiva, ma non si può, tuttavia, dimenticare che questa rappresenta una genitorialità che assume un carattere «riparativo» dell'assenza della relazione materna³⁶, carattere certamente non condiviso dalla surroga-

protezione contro la richiesta maschile di considerare i figli come propri anche contro la volontà delle madri: esso deve essere difeso in quanto costituisce per le donne un elemento protettivo all'interno del diritto di famiglia»: I. CORTI, *Maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 19. Tale principio ha trovato completamento nei principi costituzionali posti a garanzia della maternità attraverso gli artt. 31 e 37 Cost., che hanno riconosciuto la specificità della gravidanza e della relazione materna predisponendo una tutela costituzionale diretta. Più ampiamente si rinvia a S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp.191 ss.

³³ S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 55.

³⁴ S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 56.

³⁵ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit., p.191.

³⁶ In base all'art. 30, co.1, d.p.r. n. 396 del 2000, sull'ordinamento dello stato civile, che tutela la scelta della madre di non essere nominata al momento del parto; l'istituto dell'adozione è, dunque, «pensato per rimediare ad una situazione di crisi già esistente e a trasformare uno stato negativo, dato da un'ambiente familiare inidoneo, in positivo»; L.

zione, nella quale, invece, il bambino viene destinato ad un progetto procreativo che prevede *ab origine* la rimozione alla relazione materna per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui³⁷. Quanto detto conduce perlomeno a riflettere sulle conseguenze da trarre, anche sul piano del diritto, dalla differenza macroscopica che emerge dalla contrapposizione tra il fine altruistico dell'adozione e quello egoistico della genitorialità surrogata.

Le ragioni suesposte danno conto di come l'assunzione della verità di parto a *regula juris* dell'ordinamento civile italiano risponda prima di tutto all'esigenza di una tutela ampia dell'interesse del bambino, che non può essere ridotta, come viene fatto nell'ordinanza di rimessione, al solo interesse del nuovo nato a conoscere le proprie origini³⁸. Alla luce di quanto detto, dunque, l'introduzione del divieto di surrogazione di maternità, con la l. n. 40 del 2004, chiaramente appare conseguente alla scelta fatta a monte dall'ordinamento italiano di assumere una tutela generale e forte della stabilità della relazione materna, attraverso la verità di parto, a garanzia di una molteplicità di interessi e diritti di ogni bambino presente o futuro e di ogni madre³⁹, garanzia che non può sparire di fronte alla contingenza di singole esperienze di genitorialità surrogata poste, fra l'altro, in violazione della legge, ma che chiede di essere opportunamente bilanciata con altri interessi meritevoli di una tutela di pari grado. Sembra anche evidente come il le-

D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam. per.*, 2/2000, p. 706.

³⁷ «Risaltano i motivi della superiorità morale dei genitori adottivi. La generosità: essi fanno passare la realizzazione del loro desiderio attraverso le esigenze pressanti di altri essere umani. Non si può dire lo stesso dei genitori che io chiamerei surrogati, i quali realizzano il loro desiderio facendolo passare per esigenze che hanno creato loro stessi, separando la creatura da sua madre»: L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Brescia, 2017, p. 70.

³⁸ Interesse il cui rilievo non deve essere comunque sottovalutato. In particolare, per ciò che più interessa in questa sede, sull'importanza del diritto alle origini e relazione materna, si rinvia a V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1/2018; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, cit., pp. 18-19.

³⁹ «L'ordinamento, intonandosi al rispetto del contenuto di valore del principio *Mater semper certa*, considera l'interesse del minore alla stabilità di un rapporto di cui nasce titolare, quello con la donna che lo ha partorito, l'unica persona al mondo che, sino alla nascita, ha avuto una relazione con lui». Così: S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 56.

gislatore italiano con tale divieto abbia mirato ad evitare a monte la possibilità che, sulla base di un contratto, il corpo di una donna, la sua funzione riproduttiva e il suo bambino possano trasformarsi in merce di scambio. Anche in questo caso si ha a che fare con interessi che sono posti a presidio di diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti. Ma soprattutto, per ciò che più interessa in questa sede, il principio della verità di parto e il divieto di surrogazione sono due facce di una stessa medaglia di fronte alla quale le valutazioni del tribunale lombardo appaiono, come sottolineato, tutt'altro che coerenti. In particolare, appare contraddittorio che da una parte il giudice *a quo* valuti irriducibile «il contrasto tra la maternità surrogata e il principio di dignità personale della gestante con riferimento alla mercificazione del suo corpo»⁴⁰, mentre dall'altra sollevi la questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c. con il preciso intento di eliminare le conseguenze di fatto di quel divieto, attraverso l'indebolimento del principio *Mater semper certa* il cui risultato pratico sarebbe una legittimazione degli effetti della surrogazione di maternità commerciale a scapito della relazione materna⁴¹. Come dire buttare il bambino con l'acqua sporca!

4. «Valore» della relazione materna versus «disvalore» della surrogazione di maternità. La Corte costituzionale fa il punto nella sentenza n. 272 del 2017

Se questo è il complesso quadro di riferimento, ben ha fatto la Corte costituzionale a precisare prima di tutto, in maniera estremamente puntuale, i termini della questione di costituzionalità – finalizzata a dichiarare «l'irragionevolezza di un automatismo decisorio» basato sulla prevalenza del *favor veritatis* – senza tuttavia tralasciare di sottolineare il particolare contesto nel quale si inserisce la questione, quello, cioè, dell'«accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero»⁴². La precisazione sul con-

⁴⁰ Al punto da trarne, come logica conseguenza, considerata la natura commerciale della fattispecie in giudizio, la non rilevanza della questione di costituzionalità della disposizione che pone il divieto surrogazione di maternità.

⁴¹ La contraddizione è chiaramente messa in evidenza da S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 58.

⁴² Corte cost., sent. n. 262/2017, p.to 3 del *cons. in dir.*

testo appare quanto mai opportuna; il Giudice costituzionale dimostra di avere ben presente che, negli ultimi anni, il ricorso sempre più frequente a contratti di maternità surrogata, in paesi esteri che li ammettono in varie forme⁴³, è causa di complessi e delicati problemi di natura giuridica, connessi, come nel caso in questione, al riconoscimento della legittimità del rapporto di genitorialità sociale. La Corte è altresì consapevole che si tratta di una giurisprudenza dagli esiti tutt'altro che univoci⁴⁴ e che restituisce, in realtà, pienamente il riflesso intricato dei molti e difficili nodi che caratterizzano le differenti situazioni che originano da una maternità per sostituzione.

Sembrano indispensabili, a questo punto, due precisazioni. Proprio in riferimento alle complesse situazioni di genitorialità conseguenti alla realizzazione di contratti di surrogazione all'estero, è stato messo già in evidenza, in altra sede, come queste abbiano posto i giudici italiani di fronte ad una difficile ricerca della quadratura del cerchio⁴⁵, finalizzata ad ammettere forme di genitorialità possibili in grado sostanzialmente di comporre l'inevitabile contrasto fra «legalità e affettività»⁴⁶ che caratterizza spesso i *leading cases*, intervenuti cromo-

⁴³ A seconda delle differenti tipologie realizzative si parla di maternità «surrogata eterologa o gestazionale» *tout court* quando la donna si limita alla sola gestazione di embrioni creati con i gameti della coppia committente; di «maternità doppiamente eterologa» quando i gameti sono estranei tanto alla madre che ai genitori intenzionali; ci si riferisce, infine, alla «maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazionale» o «omologa» quando la madre contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti. Appare evidente, come rilevato, che le denominazioni assecondino la terminologia tipica della procreazione medicalmente assistita; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giur. di mer.*, 2/2010, p. 44.

⁴⁴ Si veda D. ROSANI, «The Best Interests the Parents». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2017, p. 110, che definisce tale giurisprudenza «incoerente e contraddittoria».

⁴⁵ Con l'approvazione della legge sulla pma, il divieto introdotto dall'ordinamento domestico ha spostato gran parte del problema dal terreno interno all'ordinamento al terreno, ad esso esterno, delle relazioni internazionali. Il riconoscimento delle conseguenze giuridiche di una surrogazione di maternità ha reso necessario, infatti, verificare la compatibilità degli atti giuridici da essa conseguenti, conclusi in un altro Paese, al limite del c.d. ordine pubblico internazionale, inteso in particolare quale limite al riconoscimento della trascrizione dell'atto di nascita del bambino redatto all'estero, considerato prodromico al riconoscimento stesso del rapporto di genitorialità, ex art. 65 della l. n. 218/1995. Sul punto si veda più ampiamente F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, cit., pp. 206 ss.

⁴⁶ E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità e affettività*, in G. FERRI (a cura di), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, 2015, pp. 121 ss.; sul conflitto fra «affetti» e «legge», si veda anche J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie*

logicamente successivamente all'instaurazione di un rapporto di genitorialità⁴⁷, che se consolidato, impegna i giudici in un complesso e delicato bilanciamento fra interessi contrapposti in cui fa ingresso l'interesse superiore del bambino⁴⁸. In tali situazioni, come si è avuto modo di sottolineare in altra sede⁴⁹, la decisione del giudice, in relazione alla ammissibilità o meno del progetto genitoriale, dipende dal bilanciamento di alcune variabili, fra le quali le più evidenti sono la verifica che uno dei genitori intenzionali, normalmente il padre, sia riconosciuto come genitore naturale del bambino; in secondo luogo, la considerazione delle diverse modalità di realizzazione della surrogazione conseguente alle differenti legislazioni degli Stati in cui viene conclusa e alle diverse condizioni di rispetto della dignità della madre e del bambino⁵⁰; infine, sicuro rilievo, nella valutazione del giudice, acquista la considerazione della durata del rapporto di genitorialità, se avviato dopo la nascita, e l'opportunità di valutare l'interesse del minore alla continuità di *status*. In generale, dunque, come giustamente messo in evidenza dalla dottrina, in tema di maternità surrogata, è tale la complessità dei casi che via via si presentano che i giudici italiani non possono che «rassegnarsi a navigare a vista»⁵¹. Così anche l'intervento della Corte costituzionale, in questo contesto, non ha potuto indi-

cie di surrogazione di maternità, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 147.

⁴⁷ Rileva l'importanza di guardare alla surrogazione di maternità o “*ex post*”, quando il bambino sia nato, o “*ex ante*”, cioè come modo di far nascere un bambino e di fondare una famiglia anche S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, cit., pp. 191 ss., la quale in particolare sottolinea come: «*Ex post* il principio *mater semper certa* e il divieto di surrogazione hanno poco da dire, se non consigliare il bilanciamento equitativo con i beni che in quel momento sono senza dubbio preminenti (l'interesse del minore) e i parametri rilevanti (l'attitudine genitoriale della coppia committente. *Ex ante* essi sono invece prevalenti, perché non vi è, su quel piano, alcun interesse costituzionalmente rilevante che ne giustifichi l'abbandono». Ivi, p. 192.

⁴⁸ Sull'interesse superiore del minore, non solo in ambito costituzionale, si veda ampiamente E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

⁴⁹ F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, cit., pp. 207 ss.

⁵⁰ Ovviamente differenti a seconda se la surrogazione viene realizzata in Paesi quali il Regno Unito, il Canada o la California o in Paesi, quali l'India o il Nepal, dove il contesto di povertà e degrado rendono particolarmente odiose le condizioni per le madri portanti. Sulle diverse legislazioni, si veda S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2015, pp. 13 ss.

⁵¹ E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in www.giudicedonna.it, 1/2017, p. 6.

care un'unica rotta (non fondatezza semplice), ma ha cercato di offrire coordinate importanti a quel navigare.

La seconda questione di rilievo alla quale il Giudice delle leggi fa espressamente riferimento⁵² e che ne ha influenzato sicuramente la decisione è la modifica legislativa nel frattempo intervenuta (con d.lgs. n. 154 del 2013, ma con decorrenza dal febbraio 2014) sullo stesso art. 263 c.c., orientandolo a un maggior *favor* verso gli interessi del minore e la continuità di *status*. La disposizione, infatti, oggi prevede non solo che l'azione di disconoscimento sia «imprescrittibile riguardo al figlio», ma anche che essa si prescrive dopo i cinque anni dall'annotazione del riconoscimento sia per la madre che per il padre, secondo una logica che fa prevalere, dopo cinque anni, la stabilizzazione dello *status*⁵³.

La scelta di adottare una sentenza interpretativa⁵⁴ di rigetto è determinata chiaramente anche da tali questioni e dimostra come, a fronte della delicatezza e complessità delle situazioni aperte, il Giudice costituzionale assuma pienamente il ruolo di rilievo che deve essere riconosciuto alla propria decisione nel fornire alcuni punti di riferimento ai giudici, soprattutto, come emerge dalla pronuncia, a fronte delle spinte interpretative che mirano ad eliminare il divieto assoluto di surrogazione di maternità nel nostro Paese.

⁵² La Corte costituzionale sottolinea nel dettaglio la modifica quasi a premessa della sua decisione, mettendo ben in evidenza che il giudice *a quo* si sia riferito alla «versione, applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche apportate» e rileva come il legislatore abbia voluto garantire «senza limiti di tempo, l'interesse primario ed inviolabile dei figli all'accertamento della propria identità e discendenza biologica. Per converso, la previsione di termini di decadenza per gli altri legittimati ha circoscritto entro rigorosi limiti temporali l'esperibilità delle azioni demolitorie dello *status filiationis*, assicurando così tutela al diritto del figlio alla stabilità dello *status* acquisito» (p.to 4.1.1 del *cons. dir.*).

⁵³ «L'evoluzione delle regole sull'accertamento di stato dimostra che l'interesse del minore costituisce elemento che la legge prende in considerazione sia ai fini dell'attribuzione dello stato, sia ai fini della sua impugnazione. (...) In questo senso si è concordi nel sottolineare la rilevanza della disciplina dei termini di decadenza delle azioni di impugnativa della paternità (art. 244 e 263 c.c.) introdotta nel 2013. Il termine tombale di cinque anni dalla nascita cui soggiace l'azione di impugnativa esercitata da soggetti diversi dal figlio sta ad indicare che il passare del tempo senza che il controinteressato abbia promosso l'azione giustifica il consolidarsi dello stesso, anche non biologicamente fondato, oramai costitutivo dell'identità personale e sociale del figlio». G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, cit., p. 18.

⁵⁴ Anche la dottrina del resto aveva già prefigurato come esito possibile davanti alla Corte costituzionale «una decisione a valenza interpretativa»; così G. BRUNELLI, *Il giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)*, cit., p. 47 e B. PEZZINI, *Introduzione*, cit., p. 9.

Il Giudice delle leggi entra, dunque, finalmente nel merito del dibattito sulla surrogazione di maternità, in realtà, come ricordato, lo aveva già fatto, in maniera limitata in occasione della sent. n. 162 del 2014, confermando la pienezza del divieto, ma evidentemente quella precisazione, era stata insufficiente ad arginare una giurisprudenza, come detto sempre più diffusa, che, in maniera spesso semplicistica si è affidata a interpretazioni che, proprio in nome del superiore interesse del bambino, hanno finito per aggirare il divieto di maternità surrogata, più o meno consapevole di perdere per strada i principi importanti che quel divieto presidia a cominciare dal *Mater semper certa est*. La sentenza della Corte costituzionale costruisce così una rete, formata da criteri ermeneutici, per mezzo della quale i giudici futuri – riprendendo la metafora posta a chiusura del paragrafo precedente – potranno recuperare il bambino buttato con l’acqua sporca; il bambino coincide con il “valore” della tutela della relazione materna, sotteso al principio della verità di parto (*ex art. 269 c.c.*), che il giudice costituzionale sembra opporre al «disvalore» della surrogazione di maternità.

Nella sua argomentazione – che, a dire il vero, nella prima parte poggia su rilievi non sempre pienamente coerenti con le ragioni e la forza dichiarativa della parte conclusiva della sentenza⁵⁵ – la Corte pone tre evidenti punti cardine, coincidenti con interessi di rilievo, che devono orientare il giudice nella sua decisione e rintracciabili in alcune variabili concrete che il giudice può trovare nelle diverse esperienze e fra le quali deve essere effettuato il suo bilanciamento. L’interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata

⁵⁵ Poco coerente, in particolare, appare, – nell’elenco delle ragioni che mostrano come il nostro ordinamento abbia accolto pienamente la centralità del principio dell’interesse superiore del minore, tutte riconducibili a genitorialità da pma eterologa o da adozione – l’unico richiamo ai casi di surrogazione di maternità valutati dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze gemelle, *Menesson e Labassee*, del 26 giugno 2014. Il richiamo ostenta una sorta di deferenza del nostro Giudice delle leggi alla Corte europea e risulta, fra l’altro, mal posto e poco opportuno. Il richiamo appare mal posto prima di tutto perché, nei casi in questione, la Corte europea ha fatto prevalere l’interesse superiore dei bambini alla continuità di *status* in presenza di un contestuale legame genetico con uno dei papà sociali; in secondo luogo appare mal posto l’esempio proprio in riferimento all’ordinamento italiano, tenuto conto che la Corte costituzionale ha, invece, del tutto ommesso il famoso caso *Paradiso e Campanelli*, concluso con una decisione della Grande Camera (del gennaio 2017) che ha riconosciuto, di fronte a un contratto di surrogazione di tipo commerciale e in assenza di legami genetici fra bambino e genitori sociali, il margine di apprezzamento dell’Italia nel far prevalere gli interessi pubblici connessi al divieto di surrogazione. Il riferimento, infine, sembra anche poco opportuno e coerente se confrontato con gli argomenti che la Corte costituzionale utilizza nella seconda parte della sua decisione a conferma e a sostegno del divieto di maternità surrogata.

muove innanzitutto dal riconoscere che nell'ordinamento italiano la *preferenza* «per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione» (p.to 4.1) non coincide con la *prevalenza* assoluta che si sottrae a qualsiasi bilanciamento, come desumibile anche dal testo dal nuovo art. 263, al quale la Consulta rinvia. La precisazione è preliminare alla dimostrazione, ampiamente argomentata anche con esplicito riferimento ad altre disposizioni, dell'esistenza di fattispecie, come quelle relative alla pma eterologa, nelle quali è direttamente il legislatore a chiedere di anteporre lo *status* legale alla verità biologica proprio a tutela dell'interesse del bambino. La logica che prevale è, infatti, quella di garantire in via generale l'interesse del minore attraverso la stabilità o la continuità dello *status*. La precisazione si inserisce all'interno di un contesto normativo e ordinamentale, sia interno che internazionale, nel quale, come sottolinea la Corte, si è evoluto il concetto stesso di famiglia e, al suo interno, quello di genitorialità sociale. Le affermazioni sono di grande rilievo perché sanciscono il lungo cammino giurisprudenziale e normativo compiuto dal nostro ordinamento in materia di disciplina della filiazione, culminato, nel 2012, con il riconoscimento dell'unicità dello *status* di figlio e la perdita di centralità del *favor legitimitatis* a beneficio del riconoscimento di spazi sempre maggiori a criteri che tengano in considerazione, a seconda dei casi, il principio del *favor veritatis* o la genitorialità sociale, nella realizzazione del concreto interesse del minore⁵⁶.

Il primo criterio ermeneutico all'interno del quale il giudice deve orientarsi conduce in via generale alla prevalenza dell'interesse del minore; tuttavia, la Consulta non trascura, come sottolineato, che il contesto di riferimento è quello della surrogazione di maternità. Entra, dunque, nel dibattito sulle conseguenze giuridiche dei progetti familiari che originano da tale pratica e introduce il secondo criterio interpretativo della sua argomentazione. Nei casi in cui l'interesse alla verità abbia natura pubblica – come nel caso in decisione, finalizzato a contrastare «pratiche vietate dalla legge, quale la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (p.to 4.2) – proprio quella natura pubblica *impone* «di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità». I dati di estremo rilievo nell'affermazione del Giudice delle leggi sono due; da una parte si ribadiscono a chiare lettere le ragioni imprescindibili che rendono «intollerabile» per il nostro ordinamento la surrogazione di maternità, dall'altra si ricom-

⁵⁶ Il punto è sottolineato giustamente da A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'esterno: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti comparati*, 18 gennaio 2018, p. 2.

pone il contrasto (innaturale) fra il principio *Mater semper certa* e l'interesse del minore.

Andando per ordine, con la conferma del divieto di surrogazione, la Corte entra *in medias res* della giurisprudenza, sicuramente complessa, legata alle richieste di trascrizione dei certificati di nascita redatti all'estero di bambini venuti al mondo in seguito a contratti di surrogazione di maternità, valutati per questo alla luce del limite dell'ordine pubblico, in base alla l. n. 218 del 1995. Molto spesso, quella giurisprudenza, in maniera semplicistica o sbrigativa, ha preferito non prestare attenzione ai concreti valori in gioco mirando a far prevalere, per la via più breve, l'interesse del minore alla continuità dello *status* e arrivando ora a svalutare principi fondamentali del nostro ordinamento, sancendone l'estraneità ai principi di ordine pubblico, ora a minimizzare, alla luce sempre del limite dell'ordine pubblico, la portata del divieto posto dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004⁵⁷, considerandolo del tutto recessivo rispetto ad altri interessi⁵⁸. In modo sintetico, ma efficace il richiamo della Corte alle ragioni di «natura pubblica» che possono connotare l'interesse alla verità, assume, dunque, il significato di un vero e proprio monito a non ignorarlo, diretto ai giudici che si troveranno a decidere in futuro; non solo, ma il tono assertivo del riferimento alla tutela della dignità della donna e delle relazioni umane, a cominciare dalla originaria, quella materna evidentemente implicita nel richiamo, fortifica quel divieto riconoscendone il fondamento costituzionale alla cui base si colloca il principio personalista⁵⁹.

Quanto al secondo aspetto, la Corte in una frase breve, ma rafforzata nuovamente dall'uso del verbo «imporre», non solo riconosce pienamente il principio della verità di parto, nei casi di surrogazione di maternità, ma ne dà una lettura che ne esclude *a priori* la contrapposizione con l'interesse del minore⁶⁰;

⁵⁷ In questo sicuramente aiutato dalla debolezza dimostrata dalla riscrittura giudiziaria della l. n. 40/2004, ma su tale profilo si veda quanto si dirà nel paragrafo successivo.

⁵⁸ Come sottolinea da ultimo E. OLIVITO, *Alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista aic*, 2/2018, p. 3, «la mancata riconduzione del divieto (di intermediazione commerciale) in materia di maternità surrogata nello spettro del limite dell'ordine pubblico ha fatto sì che l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 fosse in definitiva ritenuto *tamquam non esset* e che fosse conseguentemente posto nel nulla il bilanciamento dei diversi interessi».

⁵⁹ Sull'intima connessione fra il principio *Mater semper certa* e «le radici personalistiche della nostra Costituzione» si sofferma ampiamente S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, cit., p. 226.

⁶⁰ In senso contrario si veda invece G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumdeiquaderniconstituzionali.it*, 9.3.2018, p. 6 secondo la quale un tale bilanciamento porterebbe la «sacrificabilità» della superiorità dell'interesse del minore.

quest'ultimo, infatti, non deve né prevalere né retrocedere, ma, di fronte a quella verità, dovrà essere semplicemente tutelato scegliendo strade o istituti che riconoscano contestualmente anche il principio *Mater semper certa*. In maniera ancora più esplicita la Corte sottolinea come con il divieto di surrogazione «il legislatore impone (...) l'imprescindibile presa d'atto della verità (...). Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato» (p.to 4.2).

È affidato, dunque, al giudice un compito delicatissimo di bilanciamento, l'esito del quale non può portare né a cancellare l'interesse del minore né a ridurre la condizione di nascita alla «rigida alternativa vero o falso». La Corte individua delle variabili concrete che assumono un particolare rilievo e delle quali il giudice deve tener conto, quali la durata del rapporto di genitorialità, se instaurato, e quindi l'esistenza di una precisa condizione identitaria, le modalità del concepimento e della gestazione e, infine, l'esistenza di strumenti giuridici che consentano di tenere insieme gli interessi sottesi alle prime due variabili, quali, ad esempio, l'adozione in casi particolari che, così come nel giudizio *a quo*, è in grado di garantire sia l'interesse del minore alla continuità del rapporto con la madre intenzionale, sia la verità di parto.

A conclusione della pronuncia il Giudice costituzionale rafforza quel monito rivolto al giudice e al suo ruolo futuro nei casi di genitorialità surrogata; lo fa nuovamente con parole chiare e perentorie, indicando una sorta di 'criterio di chiusura' da consegnare a quest'ultimo, impegnato in quella attività di valutazione complessa. Nei casi particolari di silenzio della legge, il giudice deve comunque trovare il modo di dare conto «necessariamente» «dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita legge penale» (p.to 4.3).

5. Conclusioni. Un giusto divieto in una legge sbagliata, quali conseguenze?

Il tema della surrogazione di maternità è sicuramente fra i più conflittuali e divisivi emerso negli ultimi anni⁶¹ e non solo fra le giuriste e i giuristi⁶²; è un tema che intreccia certamente questioni più generali, come l'evoluzione delle forme della genitorialità, quella omogenitoriale, ad esempio, o quella sociale

⁶¹ E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, cit., p. 3.

⁶² «Il fenomeno chiama infatti in causa la filosofia, l'etica, la biologia, la sociologia, il diritto». G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2/2017, p. 325.

come alternativa (egoistica) alla genitorialità adottiva, ma non è sicuramente una pratica nuova. La surrogazione di maternità è una pratica antica le cui prime tracce si fanno risalire addirittura alla Bibbia⁶³. L'aspetto nuovo è, invece, la sua realizzazione attraverso procedure di pma, dunque la sua medicalizzazione; ed è proprio il ricorso a tali tecniche che ne ha sviluppato il carattere commerciale, esaltandone i vari profili controversi e conflittuali. L'osservazione è sostanziale perché ciò che ha trasformato la surrogazione di maternità in uno strumento, fra i più estesi, di mercificazione del corpo della donna, al punto da essere definita come una nuova forma di schiavitù⁶⁴, è proprio il ricorso alle tecniche di pma che ne ha sviluppato modalità e potenzialità, creando un vero e proprio mercato caratterizzato dal moltiplicarsi di cliniche specializzate, dallo sviluppo delle servizi di intermediazione da parte di agenzie private, dal diffondersi dell'offerta di assistenza giuridica alle coppie che vogliono accedere a tale pratica⁶⁵. La medicalizzazione e la giuridicizzazione (per contratto o per legge) di tale pratica hanno rappresentato una nuova forma di controllo e di esercizio di 'potere' sul corpo della donna⁶⁶.

In un libro pubblicato nel 2017, che raccoglie una serie di interviste di donne che hanno partorito per altri⁶⁷, mi è sembrata particolarmente interessante, fra le molte interviste, quella di una madre surrogata inglese, Jaime, che racconta: «abbiamo fatto tutto da soli (...), senza ricorrere né a cliniche private né ad agenzie. (...) come abbiamo fatto? Jai ha inserito il suo sperma in una pipetta e io me lo sono infilata nella vagina. Nulla di più semplice. Il primo ten-

⁶³ Il riferimento nella Bibbia (Genesi, 30, 3) è all'episodio in cui Sara, moglie di Abramo, giunta oramai a 75 anni senza aver avuto figli a causa della sua sterilità, dà in moglie la sua schiava Agar al marito perché partorisca per lei un figlio, cui mette il nome di Ismaele. Sul racconto biblico di Abramo e sulle radici antiche della surrogazione di maternità, si veda ampiamente R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2016, pp. 1 ss.

⁶⁴ Si riferisce all' «utero in affitto» come forma di «schiavismo moderno», G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, cit., p. 326.

⁶⁵ Si vedano sul punto le giuste riflessioni di S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 51, «La distinzione tra surrogazione gratuita e commerciale non toglie che anche qualora la donna operi 'gratuitamente', qualcuno che lucra sui suoi 'servizi gestazionali' c'è comunque, e sono gli intermediari: le agenzie, gli studi legali, le cliniche, vale a dire la rete dei soggetti che, a pagamento, forniscono le prestazioni necessarie alla realizzazione della surrogazione, a partire dall'incontro della domanda con l'offerta».

⁶⁶ Sul rapporto fra «diritto» e «corpo delle donne», si rinvia al bel saggio di L. RONCHETTI, *Donne, corpo e diritto*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella costituzione*, Napoli, 2007, pp. 141 ss.

⁶⁷ S. MARCHI, *Mio Tuo Suo Loro*, Roma, 2017, p. 54.

tativo ha fallito, avevo sbagliato i calcoli della mia ovulazione. La seconda volta è andata bene e sono rimasta subito incinta».

La semplicità disarmante che emerge dal racconto proprio sulla realizzazione del concepimento è la prova più immediata di quanto sia facile realizzare, senza intermediazione alcuna, una surrogazione di «prossimità»⁶⁸ che può nascere all'interno di relazioni affettive, di amicizia, di vicinanza e che non incontrano nessun divieto poiché nessuna legge può impedire ad una donna di rimanere incinta, così come nessuno può impedire ad una madre di non essere nominata ai sensi dell'art. 30 D.p.r. n. 396 del 2000, lasciando al solo padre naturale (in caso di surrogazione di prossimità) il riconoscimento del bambino. Quanto si dice mette ben in chiaro come la realizzazione di forme di surrogazione di prossimità, prive di qualsiasi intermediazione, non incontrano limiti nel nostro ordinamento. Certo si tratterebbe di un tipo di accordo illecito, nel senso che non può essere fatto valere, ma questo rappresenta, fra l'altro un vantaggio per la madre; a ben vedere, infatti, la surrogazione di prossimità o «informale che è (già) possibile in Italia»⁶⁹ permette alla madre di ripensarci fino alla nascita del bambino, tutelandone, fino a quel momento, pienamente la libertà; è solo dopo aver avuto il bambino e dopo, se la madre vuole, averlo visto, abbracciato e conosciuto, che quest'ultima può manifestare la mancanza di volontà di essere nominata come madre⁷⁰. Le considerazioni suesposte trovano conferma anche nella formula letterale del divieto posto dalla l. n. 40 del 2004⁷¹, che mira a punire letteralmente "chiunque" proponga una forma di intermediazione, applicando le tecniche di pma o le strutture ad essa preposte alla realizzazione di una surrogazione. La legge, inoltre, appare rigorosamente circoscritta alla regolazione delle varie forme di pma in un'ottica che rimane, in coerenza con l'ordinamento, sempre attenta alla garanzia della verità di parto e della relazione materna, al punto che l'art. 9, co. 2, prevede l'unico caso di divieto alla dichiarazione di anonimato della madre.

⁶⁸ S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 51.

⁶⁹ Così D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso!*, Bari, 2017, p. 138.

⁷⁰ «Come per i bambini dati in adozione, non si può imporre nessuna relazione a chi non la vuole»: D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso!*, cit., p. 138.

⁷¹ «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Il dibattito pubblico sulla surrogazione di maternità si è prestato, invece, alla confusione fra le due pratiche, o meglio è emersa una tendenza a far apparire la surrogazione come una forma, fra le tante, di pma eterologa⁷². La ragione di tale confusione è, del resto, facilmente comprensibile, sia la giuridicizzazione che la medicalizzazione della *surrogacy* rispondono, come anticipato, ad una esigenza di maggiore controllo, non solo sulle condizioni dell'accordo⁷³, dei genitori intenzionali sulla madre di parto, ma anche sulla posizione che questa può far valere sul bambino, in caso di ripensamento sull'accordo⁷⁴; si pensi, ad esempio, al ricorso alla surrogazione doppiamente eterologa e di sola gestazione, possibile solo con la medicalizzazione, che permetterebbe di indebolire, a vantaggio dei genitori intenzionali, spesso coincidenti con i genitori genetici, la posizione della madre non genetica, ma di solo parto. A tale obiettivo, del resto, sembrano mirare sia la richiesta di legalizzazione procedimentalizzata di forme di surrogazione altruistica, che l'affievolimento, nel nostro ordinamento, del principio della verità di parto. È proprio, infatti, l'assenza di strumenti 'giuridicamente vincolanti' degli accordi di surrogazione di prossimità priva di intermediazione, di fatto non esclusi dall'ordinamento, a preoccupa-

⁷² Questa continua sovrapposizione fra surrogazione di maternità e pma eterologa ritorna spesso anche nelle argomentazioni dell'ordinanza della Corte di appello di Milano, come se si trattasse, in realtà, di pratiche fungibili e poste sullo stesso piano, ed elidendo completamente le ragioni di profonda diversità relazionale della surrogazione che sono poste alla base del divieto.

⁷³ Fra l'altro nella maggior parte dei casi si tratta di contratti molto stringenti, formulati in modo da non lasciare margini di decisione per le gestanti; cfr. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2016, p. 100 e B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, ivi, 2/2016, p. 126.

⁷⁴ Il risvolto di quanto si dice è ben messo in evidenza da E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, cit., p.11, per la quale lo stesso fenomeno del c.d. turismo procreativo non sarebbe risolto anche aprendo a forme altruistiche di *surrogacy* dato che nei fatti esso risulta «per lo più alimentato dai 'vantaggi' che le coppie committenti ritengono di trarre dai servizi forniti all'estero. Tra questi possono annoverarsi: la facilitazione del percorso gestazionale grazie all'intermediazione di soggetti che, dietro compenso, forniscono necessarie prestazioni professionali (...), la contrattualizzazione della prestazione surrogatoria, che garantisce ai committenti sia la possibilità di dettare clausole riguardanti lo stile di vita della madre biologica, il parto e l'eventuale interruzione di gravidanza sia, soprattutto, la coercibilità dell'accordo surrogatorio, nell'ipotesi in cui la madre biologica intenda revocare il consenso».

re⁷⁵ buona parte dei sostenitori della legalizzazione di alcune forme di surrogazione⁷⁶, e a far prevalere – in un’ottica che mira oggi a preparare il terreno per il futuro – interpretazioni che, aggirando il divieto posto dalla l. n. 40 del 2004, tendono a indebolire, a monte, i principi giuridici posti a garanzia della intangibilità della relazione materna, in vista proprio di un cambiamento in senso permissivo della normativa.

Le ragioni che hanno portato la giurisprudenza ad affievolire o ad aggirare gli effetti di quel divieto appaiono, invece, parzialmente differenti e ancora una volta imputabili al ruolo di sostituzione o supplenza dei giudici a fronte dei ritardi del legislatore⁷⁷. Esse vanno rintracciate per lo più nella scelta di affermare politiche, condivisibili negli intenti, di promozione, in situazioni consolidate, della genitorialità sociale, anche omosessuale, e più in generale, nella conseguente affermazione dell’interesse del minore alla continuità di *status*. Ciò che appare criticabile di questa giurisprudenza attiene al modo di procedere che, con evidenza, si è affidato alla via più agevole proprio perché risulta la più arata: quella di ricondurre il divieto di surrogazione di maternità all’interno del più ampio tema della disciplina della pma, per consentirne, dunque, l’inclusione in quella tormentata esperienza legislativa che si è rivelata, in meno di un quindicennio, la l. n. 40 del

⁷⁵ «Altrettante perplessità suscitano gli accordi di GPA altruistica non giuridicamente vincolanti, conclusi tra genitori intenzionali e la portatrice che può essere un’amica, una parente, o un’altra donna che decide di mettere a disposizione il proprio utero e/o i propri gameti per solidarietà. In caso di inadempimento di una delle parti, non sarà ammissibile l’esecuzione coattiva delle prestazioni promesse dalle stesse, né un loro diritto a una tutela risarcitoria»: N. CARONE, *In origine è in dono. Donatori e portatrici nell’immaginario delle famiglie omogenitoriali*, Milano, 2016, p. 88.

⁷⁶ Ad esempio minimizzando gli effetti della commercializzazione degli accordi di surrogazione; l’associazione Famiglie Arcobaleno ha ribadito, a proposito, come «L’elemento fondamentale per capire se c’è uno sfruttamento non sono i soldi scambiati; l’elemento fondamentale è l’anonimato, la vergogna, la mancata condivisione dell’esperienza». La citazione è tratta da N. CARONE, *In origine è in dono. Donatori e portatrici nell’immaginario delle famiglie omogenitoriali*, cit., pp. 88 e 89.

⁷⁷ Ovviamente qui il riferimento è all’accesa vicenda cui si è assistito nell’ultima fase di approvazione della legge sulle unioni civili, poi divenuta la l. n. 76 del 2016 nota come legge Cirinnà, che ha portato allo stralcio dell’art. 5 che prevedeva la *stepchild adoption*, l’istituto impropriamente accusato di favorire il ricorso alla surrogazione di maternità; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, cit., p. 34. Sulla questione cfr. anche S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 207, che sottolinea come delle mancanze della legge Cirinnà si è fatta carico la giurisprudenza «impegnata a togliere le castagne dal fuoco al legislatore».

2004. Questa scelta interpretativa ha consentito di ascrivere anche il divieto all'art. 12, co. 6, sul binario dell'errore legislativo e conseguentemente della generale riscrittura giurisprudenziale della legge sulla pma⁷⁸.

Anche l'ordinanza della Corte di appello di Milano si posiziona chiaramente su quel binario, le argomentazioni utilizzate, anche se non arrivano ad impugnare direttamente il divieto di surrogazione di maternità, pongono seriamente in dubbio, come visto, la sua categoricità sul piano della legittimità costituzionale. L'ordinanza ha avuto, tuttavia, il merito, probabilmente inconsapevole, di offrire la possibilità alla Corte costituzionale di intervenire su una delle questioni centrali in materia di surrogazione, il rilievo della verità di parto nelle attività di bilanciamento, ma non può sfuggire come anche sulla questione del divieto ex art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004, la Corte sia riuscita, giocando nuovamente di anticipo, come nel 2014, a ribadirne la piena legittimità nella forma e nella sostanza; si tratta, a ben vedere, di una conferma che acquista anche un valore in più, in considerazione proprio del tentativo di sovrapposizione della surrogazione di maternità alla disciplina della pma. Non può essere sottovalutato, infatti, che proprio l'atteggiamento diverso di cui si è detto in apertura di queste pagine, che la Corte ha assunto (rispetto al tema della pma) nel valutare la surrogazione di maternità mira evidentemente a confermare una differenza 'materiale' fra i due tipi di procreazione, dalla quale discende che la surrogazione di maternità in sé, per i suoi presupposti e conseguenze, non solo non può essere assimilata ad una procedura di pma, ma va a toccare principi giuridici completamente differenti, come del resto la Corte costituzionale aveva già tentato di chiarire sottolineando, già nella sent. n. 162 del 2014, la distanza fra pma eterologa e surrogazione. Oggi quella distanza viene ribadita e affidata anche ad un vigore lessicale che non pare lasciare dubbi per il futuro: il ricorso al verbo «imporre», usato ben due volte, all'avverbio «necessariamente» o all'aggettivo «intollerabile», non ammette alcun fraintendimento. Ma soprattutto, a dare maggiore rilievo alle parole della Corte è quel riferimento chiaro all' «elevato grado di disvalore» che il nostro ordinamento riconnette alla sola surrogazione di maternità, anche in questo molto differente dalla pma.

⁷⁸ In questo senso, si veda S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 207.

L'ammonimento su quel «disvalore» ricorda che non ci può essere desiderio alcuno, nemmeno quello che muove dagli intenti più nobili, come quello di dare la vita e amore ad un bambino, che può affermarsi attraverso la riduzione a mero strumento della vita altrui o dell'altrui capacità di procreare e dare amore. «È la vita, molto più del diritto, che è diventata allora la posta in gioco delle lotte politiche, anche se queste si formulano attraverso affermazioni di diritto»⁷⁹.

⁷⁹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, 2009, p.128.



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)