

MATERNITÀ SURROGATA, LE RAGIONI DEL DIVIETO E LE
PROPOSTE DI REGOLAMENTAZIONE: UN CERCHIO CHE
NON SI CHIUDE

*SURROGACY, THE REASONS FOR THE BAN AND PROPOSALS
FOR REGULATION: A CIRCLE THAT DOESN'T CLOSE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3318-3341



Lucia BOZZI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo affronta il tema della maternità surrogata interrogandosi sulle ragioni del divieto della stessa. In questa prospettiva, la riflessione si sofferma sulla esigenza di tutelare la autodeterminazione della donna e sul “rimedio” rappresentato, de iure condendo, dalla ammissibilità della surrogazione effettuata a titolo gratuito, mettendo in luce limiti e contraddizioni dell’impostazione. Un cenno è infine dedicato al problema della tutela dei soggetti nati da tale pratica.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; autodeterminazione della donna; maternità surrogata “altruistica”; genitorialità; tutela del minore.

ABSTRACT: *This article addresses the issue of surrogacy by questioning the reason for its prohibition. In this perspective, the analysis focuses on the need to protect the self-determination of women and on the “remedy”, de iure condendo, to allow the non commercial surrogacy, highlighting the limits and contradictions of the approach. Finally, a mention is dedicated to the problem of the protection of children born from this practice.*

KEY WORDS: Surrogacy; woman self; determination; altruistic surrogacy; parenthood; child protection.

SUMARIO.- I. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. IL DIVIETO NORMATIVO E IL RUOLO DELLA CONSULTA.- II. LA AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA UNICA RAGIONE DEL DIVIETO? IL “RIMEDIO” DELLA SURROGAZIONE SOLIDARISTICA E I SUOI (MOLTI) LIMITI.- III. POSSIBILI RAGIONI “ALTRE” DEL DIVIETO.- IV. RIPENSARE IL “SENTIMENTO” DELLA GENITORIALITÀ?.- V. TUTELARE IL NATO IN SEGUITO A SURROGAZIONE DI MATERNITÀ E DISINCENTIVARE LA PRATICA: LA QUADRATURA DI UN CERCHIO?

I. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. IL DIVIETO NORMATIVO E IL RUOLO DELLA CONSULTA.

La problematicità della maternità surrogata (da ora, anche ms) emerge già sul piano terminologico¹. Qualificare il fenomeno in cui una donna porta avanti una gravidanza per conto di altri come maternità surrogata, come gestazione per altri (da ora, anche gpa) o come, più crudamente, utero in affitto non è affatto equivalente. La mancata equivalenza risulta con chiarezza nel confronto della espressione utero in affitto – che nella sua brutalità sottintende una valutazione negativa del fenomeno, legata alla sua “commercialità – rispetto alle altre due, che tuttavia, a ben vedere, non sembrano tra loro completamente “interscambiabili”. La scelta di una locuzione piuttosto che dell'altra significa infatti “enfaticizzare” un profilo del fenomeno e, per l'effetto, implicitamente eclissarne un altro. Parlare di gpa sottolinea il “distacco” del profilo gestazionale da quello più in generale riproduttivo, laddove ms sembra invece piuttosto evocare una sostituzione nella maternità stessa, senza tuttavia isolare con nettezza il momento gestazionale.

Difficile dire quale espressione possa considerarsi più “neutrale” e quindi più idonea a costituire il punto di partenza quanto (più) possibile asettico per una indagine quanto (più) possibile “spre-giudicata” sul tema. Muovendo da tale consapevolezza si parlerà del fenomeno (prevalentemente) come di “ms”, in quanto formula (forse) più semplicemente descrittiva ed evocativa di un approccio privo di preconcetti verso il fenomeno stesso, e quindi più appropriata per valutarne (senza pregiudizi) la compatibilità con il sistema. Così come, per le medesime ragioni, il soggetto o i soggetti per cui la gestazione è svolta saranno qualificati genitori “di intenzione” e non “committenti”, lemma che già esprime una valutazione negativa.

Accennati ragioni e limiti delle scelte “terminologiche”, per un corretto inquadramento del tema della ms sembra opportuno muovere dalla premessa che lo stesso ne interseca molti altri – dalla genitorialità dei singles e delle coppie formate da soggetti dello stesso sesso alla questione dello status dei bambini “già nati” in seguito a tale pratica –, rispetto ai quali non è sempre possibile, né

• **Lucia Bozzi**

Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Foggia. E-mail: lucia.bozzi@unifg.it

forse davvero auspicabile, qualora si voglia riflettere davvero su di esso, "isolarlo". Divieti e proposte (più o meno parziali) di abolizione degli stessi nonché di regolamentazione (più o meno "condizionate") si inseriscono infatti in questo contesto fortemente "interconnesso" e la fondatezza delle rispettive giustificazioni può essere indagata solo guardando al fenomeno nella sua complessità.

Il dettato normativo non sembrerebbe per la verità lasciare molto spazio a discussioni circa la ammissibilità della ms. L'art. 12, c. 6, della l. 40/2004 afferma infatti con chiarezza che "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 divieto è stato poi, in più di una occasione, ribadito anche dalla Corte costituzionale. Già nella sentenza n. 162 del 2014, nel dichiarare la illegittimità del divieto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in presenza di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, la Corte precisava che la norma che vieta la ms "in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia conservando quindi perdurante validità ed efficacia". Tuttavia, secondo la Consulta la scelta della coppia di "diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi... le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (...). 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, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera".

Si potrebbe osservare che riferire la autodeterminazione – principio ontologicamente individuale – alla coppia è quanto meno eccentrico, ed ancor più eccentrico, forse, riferirla al procedimento procreativo, che per sua natura "implica il trascendimento dei soggetti che ne sono autori, sia con riguardo all'estraneo che deve fornire il gamete sia con riguardo al figlio"². Soprattutto, si potrebbe osservare che la Consulta si limita a indicare tra gli "interessi di pari rango" che potrebbero giustificare limitazioni alla fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi

2 CASTRONOVO, C: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117 ss., par. 3 SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1364, osserva che in realtà i dubbi circa il rilievo della autodeterminazione possono essere superati "se si assume che il diritto all'autodeterminazione non rappresenta altro che una formula locale che riprende, e intende ricondurre nel nostro ordinamento, il diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo". Sul punto v. anche RENDA, A: "La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss., par. 2.

a cui è riconducibile il diritto di diventare genitori solo il rischio di danni psichici alla salute del nato a causa della mancanza di un rapporto genetico con i genitori, sottolineandone peraltro l'irrilevanza alla luce della indiscussa legittimità della disciplina dell'adozione³. Al di là di tali rilievi, in ogni caso, è indubitabile che si tratta di affermazioni molto "dense", che sembrerebbero evocare quasi un "diritto alla genitorialità" potenzialmente in grado di mettere in discussione l'assolutezza del divieto di ms⁴.

Un cenno alla ms è contenuto anche nella pronuncia n. 272 del 2017, che la stigmatizza in quanto "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". L'argomentazione è poi ampiamente ripresa dalla recente sentenza n. 33 del 2021. In essa la Corte rileva che "gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82)". Non vengono evocati altri interessi - in particolare riferibili al minore - che potrebbero risultare lesi dal ricorso a tale pratica e anzi l'interesse del minore viene giustapposto allo "scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità", come se si trattasse di interessi contrapposti da bilanciare. L'iter argomentativo, sebbene non "rivoluzionario", sollecita una riflessione più approfondita.

II. LA AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA UNICA RAGIONE DEL DIVIETO? IL "RIMEDIO" DELLA SURROGAZIONE SOLIDARISTICA E I SUOI (MOLTI) LIMITI.

Nella motivazione della Consulta, la ragione "essenziale" del divieto di ms è individuata, come detto, nel rischio di sfruttamento della vulnerabilità delle donne che tale pratica presenterebbe. Implicitamente, quindi, ne viene messa in discussione la assolutezza e a ben vedere anche la fondatezza con riguardo al modello cd altruistico, non essendo certo che possa valutarsi negli stessi termini il caso in cui una donna accetti, in cambio di denaro, di portare a termine la

3 SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi", cit., p. 1361 ss.

4 SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100, "Non si intravede ... per quale singolare ragione la stessa genitorialità, non conseguibile (al pari che nella fecondazione eterologa) per assoluta sterilità o infertilità della coppia, non possa trovare realizzazione anche attraverso un'altrui gestazione".

gravidanza nell'interesse di altri e quello in cui la stessa si offra gratuitamente di farlo⁵. Nulla, come detto, di particolarmente nuovo. Da tempo, infatti, parte della dottrina ha proposto di legittimare il ricorso alla ms cd solidaristica⁶, sia perché reputata compatibile con il sistema valoriale sia per evitare il "turismo procreativo" e garantire davvero adeguata tutela alla gestante.

Il modello non viene declinato in modo univoco e le differenze non sono certo di dettaglio. Alcuni si limitano a ritenere sufficiente per tutelare l'autonomia della donna che la stessa non riceva alcun corrispettivo, ma un semplice "rimborso"⁷, oltre al pagamento di tutte le spese sanitarie, da corrispondere indipendentemente dal raggiungimento del "risultato", che non le sia imposto un particolare comportamento da tenere – per esempio non fumare, o evitare alcuni cibi, durante tutto il periodo della gravidanza – ma la donna rimanga "arbitra" del proprio corpo⁸. Altri ritengono che la gestante dovrebbe poter decidere autonomamente circa l'interruzione volontaria della gravidanza e, eventualmente, le dovrebbe essere consentito di scegliere al termine della gestazione di tenere con sé il bambino, senza naturalmente essere per questo penalizzata dal punto di vista economico⁹. Differenze, come detto, non di dettaglio, che riflettono la difficoltà

- 5 SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740; GRASSO, A.: "Per una interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata", *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2/2018, spec. p.182 ss.; RUGGERI, A.-SALAZAR, C.: "«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta on line*, 2017, p. 143 ss.
- 6 SCALISI, V.: "Maternità surrogata", cit., p. 1100, rileva che non si può "in siffatta ipotesi ravvisare né un atto dispositivo vietato del proprio corpo ex art. 5 c.c. e neppure un atto lesivo della dignità della gestante, il cui corpo, ..., assumerebbe anzi l'alto valore simbolico di una umana abnegazione. Non si vede per quale ragione, almeno in questi casi e in questi casi soltanto, alla coppia dovrebbe restare la sola alternativa genitoriale dell'adozione"; GRASSO, A.: "Per una interpretazione", cit., p. 170; BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione, nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193", *GenUS*, 2019, n. 2, p. 19 ss. In giurisprudenza, emblematica di tale impostazione, l'ordinanza di remissione della Corte di Appello di Milano, 25.7. 2016, n. 273, cui ha fatto seguito la citata sentenza della Corte cost. 18.12.2017, n. 272. Secondo la Corte milanese "potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica «relazionale» della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisca un «ripensamento», ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre".
- 7 PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 227, afferma "La gratuità ...esclude, ... qualsiasi remunerazione di attività di intermediazione (e, forse, più radicalmente la configurabilità di attività di intermediazione ... a carattere professionale), mentre potrebbe non essere incompatibile con un riconoscimento di una copertura delle spese connesse alla gravidanza". CAPULLI, E.: "Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto", *BioLawJournal*, 2021, p. 134 ritiene che "la possibilità di regolamentare la GPA nella forma professionale vada considerato".
- 8 PEZZINI, B.: "Nascere da un", cit., p. 227, "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".
- 9 DANNA, D.: "«It's not their pregnancy». L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi", *AG-AboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, v. 3, n. 5, p. 147 "un accordo preso prima di rimanere incinta non può avere più forza di ciò che la donna matura con l'esperienza vissuta". Nello stesso senso PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo", cit., p. 225 ss., "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".

(che dovrebbe affrontare il legislatore che eventualmente decidesse di regolare la materia) di individuare il giusto (o, per lo meno un accettabile) bilanciamento tra i vari interessi coinvolti.

Al di là di tali differenze, per valutare la compatibilità della ms solidaristica (e non solo) con il sistema ordinamentale (e valoriale) occorre in via preliminare interrogarsi su quale sia l'interesse che si vuole davvero tutelare vietandola e, in via speculare, quale si vorrebbe realizzare consentendola, sia pure, come accennato, solo nella "versione" gratuita, peraltro sovente qualificata come altruistica o solidaristica, quasi a sottolinearne la riconducibilità ad una dimensione "donativa", implicitamente evocativa di "positività".

Ammettendo che il possibile sfruttamento della donna rappresenti davvero la ragione ultima del divieto, occorre chiedersi se questo possa essere effettivamente evitato limitando il divieto stesso alla ms commerciale ma consentendo quella gratuita. Sulla base della massima di esperienza secondo cui nessuno può ragionevolmente considerarsi spinto dal bisogno economico a compiere una azione da cui non ricava alcun guadagno, si ritiene che la gratuità della gestazione sia in grado di garantire alla donna quella autonomia decisionale che potrebbe risultare offuscata qualora questa agisse spinta dal bisogno economico, evitandone così lo sfruttamento¹⁰. Sulla efficacia della soluzione è possibile per la verità nutrire qualche perplessità.

Tutte o quasi le proposte di legittimare la ms nella sua forma gratuita, e tutti i o quasi i modelli normativi che la consentono, prevedono che il genitore intenzionale, o la coppia di genitori intenzionali, provvedano al pagamento non solo delle spese mediche ma anche di un rimborso alla gestante. Tuttavia, se le spese mediche (e, eventualmente, quelle "documentabili", come, per esempio, di vestiario) sono integralmente pagate dai genitori intenzionali, il "rimborso" assume una valenza in senso lato compensativa, che sembra in qualche modo contaminare la dimensione del dono, con la sua carica implicita di positività, in cui si vorrebbe ricomprendere la maternità surrogata gratuita. Se da un lato attribuire alla gestante, impossibilitata per nove mesi a svolgere una attività lavorativa, o per lo meno limitata in tale svolgimento, può apparire equo e rispondente a un comune senso di giustizia¹¹, dall'altro distinguere in modo netto tra rimborso e

10 Ma sul punto v. le puntuali considerazioni di CALDERAI, V.: "Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism", *Global Jurist*, 2020, 20190062 e NICCOLAI, S.: "Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia", *Genius*, 2017, n. 2, p. 50 ss., che definisce la distinzione tra gpa altruistica e commerciale "falsante".

11 SARACENO, C.: "Dilemmi intorno alla maternità surrogata", *Giudicedonna*, 2017, n. 1, "la questione è non solo il rimborso delle spese mediche, dell'abbigliamento, ecc., ma anche del tempo. ... Dovrebbe esserci una certa regolazione dell'ammontare del rimborso e di che cosa dovrebbe essere rimborsato. Ma il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne. La situazione è diversa da quella della donazione di sangue, poiché richiede molto più tempo e coinvolge il corpo della donatrice. Questo —...— vale anche per le donatrici degli ovuli".

corrispettivo si presenta tutt'altro che agevole¹². Né sembra sufficiente a tracciare un discrimen chiaro e sicuro parametrare l'entità dell'importo ai guadagni dichiarati dalla donna negli anni immediatamente precedenti la gestazione (per esempio, come nella proposta presentata da talune associazioni, gli ultimi due anni¹³). Non è infatti possibile escludere che i passati guadagni si inseriscano in una "congiuntura" particolarmente favorevole che la donna ritiene (ragionevolmente) irripetibile. E tanto meno sembra sufficiente limitare l'entità dell'importo del rimborso stesso. A meno che si tratti di un importo puramente simbolico, l'attrattività dello stesso varia infatti a seconda delle circostanze in cui si trova chi la valuta e può significativamente divergere tra chi lo stabilisce, chi lo paga, chi lo riceve. Anche cifre di entità relativamente modesta potrebbero, in taluni contesti - una giovane donna disoccupata, o con una occupazione instabile e poco retribuita -, rappresentare movente sufficiente per intraprendere una gpa. Del resto, anche il "bisogno economico", che potrebbe compromettere l'autonomia decisionale della donna, spingendola a scelte che altrimenti non farebbe, quale la gpa, appare a ben vedere nozione piuttosto sfuggente. Si dovrebbe considerare in stato di bisogno economico, e quindi economicamente "ricattabile" e "sfruttabile" una donna con una occupazione stabile ma a basso reddito, che aspirasse a un incremento dello stesso, per esempio per frequentare l'università o concedersi qualche piccolo lusso e per questo fosse disponibile a portare avanti una o gravidanza per conto di altri?¹⁴

12 NICCOLAI, S.: "Alcune note", cit., p. 51, "anche laddove la legge consente la surrogacy solo se gratuita i rimborsi o i ristori costituiscono un compenso, una foglia di fico che nasconde le motivazioni economiche che, nella maggior parte dei casi, spingono una donna a sottoporsi a una esperienza di questa natura".

13 Associazione Luca Coscioni e altri, proposta di legge Disciplina della gravidanza solidale e altruistica, art. 5, (Forma e effetti dell'accordo e tutele), c. 7, "Sono a carico del Genitore Singolo o della Coppia tutte le spese sanitarie dirette, integrate da un ulteriore rimborso delle spese indirette sostenute dalla Gestante a causa della gestazione fino a sei mesi successivi al parto, che tenga conto dell'impegno fisico ed emotivo profuso dalla Gestante nel corso della gravidanza, ed anche della perdita di capacità reddituale a cui va incontro la Gestante durante il periodo che precede la gestazione, nel corso della stessa e successivamente, nel periodo previsto per legge in materia di astensione obbligatoria dal lavoro per gravidanza (maternità). Nella determinazione delle spese indirette si dovrà, altresì, tenere conto, nel caso in cui la Gestante sia lavoratrice autonoma o lavoratrice atipica, del danno economico derivante dalla differenza tra il reddito percepito nell'anno precedente a quello in cui la stessa ha intrapreso il percorso di Gravidanza solidale e altruistica e l'anno in cui porta avanti la gestazione; tale differenza dovrà essere integrata dal Genitore Singolo o dalla Coppia, così da evitare qualsiasi ipotesi di impoverimento o arricchimento da maggior guadagno per la Gestante" (15.I.2021, reperibile sul sito dell'Associazione).

14 Nella proposta di legge presentata dalla Associazione Luca Coscioni e altri, sopra citata, si prevede all'art. 4, Requisiti della Gestante, Controlli Medici e Luogo della gestazione, c. 3, che "La condizione economica della Gestante, non dovrà essere inferiore al doppio dei limiti di cui agli artt. 76, commi primo, secondo e terzo, e 77, D.P.R. 115/2002. Come parametro temporale di riferimento, dovranno essere presi in considerazione almeno i due anni precedenti alla sottoscrizione dell'accordo". Il citato art. 76 fissa il limite (salvo adeguamenti biennali) di euro 11.746,68, quindi la potenziale gestante dovrebbe avere un reddito imponibile di circa 24.000 euro, non certamente poco, ma che potrebbe essere ritenuto dalla stessa insufficiente a garantire il tenore di vita desiderato. Disposizioni analoghe sono previste nel disegno di legge Disposizioni in materia di regolamentazione della surrogazione di maternità, presentato da art. 29, reperibile sul sito omonimo (cfr. art. 7 ter, Limiti soggettivi, c. 1, "La gestante ...non deve versare in condizioni economiche inferiori al doppio dei limiti indicati dagli articoli 76, primo, secondo e terzo comma e 77, d.p.r. 20 maggio 2002 n. 115, con riferimento almeno ai due anni anteriori alla sottoscrizione del patto").

Per superare l'impasse si potrebbe o ipotizzare di limitare il ricorso alla ms alla sola cerchia familiare, così da presumerne, salvo prova contraria, la gratuità¹⁵ (e circoscriverne, per l'effetto, oltremodo il rilievo dal punto di vista numerico). Oppure ipotizzare di consentirla solo a donne con stabile occupazione e a reddito alto e medio alto (non facile da fissare), per le quali non sussista cioè il seppur minimo dubbio che il bisogno economico non è certo il movente del loro agire. O, posto che anche per tali donne si potrebbe in astratto immaginare una sia pur minima attrattività economica del rimborso, si potrebbe addirittura escludere ogni forma di rimborso qualora il periodo di astensione dal lavoro fosse comunque retribuito.

Non è improbabile, per onestà bisogna riconoscerlo, che il drappello delle aspiranti gestanti per altri finirebbe con il ridursi sensibilmente¹⁶. E che forse, qualora si preveda il diritto della gestante di "ripensarci" e tenere con sé il bambino¹⁷, beninteso, senza nessuna conseguenza sul piano economico - e quindi, non solo senza dovere pagare alcuna "penale" ma senza neanche dovere restituire l'importo delle spese, mediche o di altro genere, sostenute dagli aspiranti genitori - si ridurrebbe anche quello degli aspiranti genitori. Non solo, infatti, questi sarebbero potenzialmente esposti al "ricatto" della gestante, ma soprattutto, il padre (genetico o meno) non potrebbe comunque sottrarsi alla propria responsabilità genitoriale, che si troverebbe quindi a condividere con un soggetto diverso dal proprio o dalla propria partner. Ed è quindi altresì possibile che l'obiettivo di evitare il turismo procreativo risulti frustrato, dal momento che non è affatto irragionevole immaginare che non pochi genitori di intenzione, "spaventati" dalle molte restrizioni, finirebbero con il rivolgersi comunque verso mete che consentono il raggiungimento del risultato sperato senza tanti vincoli.

Sulla idoneità della ms in versione solidaristica a rappresentare un efficace disincentivo al turismo procreativo si avrà modo di tornare, ma forse occorre da subito domandarsi se il bisogno economico – nozione, come visto, oltremodo sfuggente – rappresenti davvero l'unico elemento in grado di influenzare la autonomia decisionale della donna e se, di conseguenza, la necessaria gratuità rappresenti un rimedio efficiente al problema. In realtà, se il valore che si intende

15 RUGGERI, A.- SALAZAR, C.: "«Non gli è»", cit., p. 145; RUGGERI, A.: "La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore", *GenUS*, 2017, n. 2, p. 64.

16 Scrive POZZOLO, S.: "Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", *BioLaw Journal*, 2016, p. 106, "I dati ci dicono che la delocalizzazione avviene verso paesi dove ci sono tassi di povertà importanti, ..., oppure in ...luoghi dove comunque si intercettano ...donne la cui condizione economica è tale per cui si genera l'offerta. Ciò che emerge ...è la condizione di relativa povertà e bisogno delle donne che «sceglono» di offrirsi per la surroga di maternità. Non si trovano donne a Beverly Hills che prestano il proprio utero, ma solo donne che comprano l'uso di un'altra disposta ad affittarlo in cambio di denaro". Nello stesso senso RIZZUTI, M.: "Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori", *BioLaw Journal*, 2015, p. 91.

17 SARACENO, C.: "Dilemmi intorno alla", cit., p. 5 reputa il diritto per la madre surrogata "di cambiare idea o di tenere il bambino" più importante dell'altruismo che dovrebbe caratterizzare la gestazione.

proteggere con il divieto di ms è l'autodeterminazione della donna¹⁸, onde evitare il suo sfruttamento, è forse necessario reimpostare i termini della questione.

Se infatti unica cifra interpretativa e valutativa è la garanzia della autonomia decisionale della donna la gratuità è rimedio insufficiente da un lato – in quanto, a tacer d'altro, il rimborso non è facilmente distinguibile dal corrispettivo e il bisogno economico è nozione sfuggente e, soprattutto, “soggettiva”¹⁹ – ed eccessivo dall'altro, perché priva la donna della possibilità di scegliere una fonte di guadagno che lei reputa più dignitosa di altre²⁰. La autodeterminazione della donna non sembra cioè di per sé compromessa dalla previsione di un corrispettivo e se è vero che alcune (forse molte) potrebbero essere indotte a scegliere di portare avanti una gravidanza per conto di altri spinte dal bisogno economico è pur vero che questo potrebbe per loro tradursi in una fonte di legittimo guadagno, che loro stesse (a loro insindacabile giudizio, esercitando la loro autonomia decisionale) potrebbero ritenere preferibile ad altre ritenute (sempre da loro) più degradanti.

Quasi inevitabile a questo punto il sospetto che la contrarietà verso la ms effettuata a fonte del pagamento di un corrispettivo sia, almeno parzialmente, ascrivibile a ragioni che trascendono l'esigenza di tutela della autodeterminazione della donna e coinvolgono la (diffusa e) istintiva avversione a “tradurre” in termini economici, ad attribuire cioè un valore economico e quindi inevitabilmente a mercificare, quello che, o almeno alcuni profili di quello che riguarda il corpo e che non a caso nel linguaggio comune è non di rado qualificato “senza prezzo”.

III. POSSIBILI RAGIONI “ALTRE” DEL DIVIETO.

In realtà, se vietare a taluno un certo comportamento, una volta accertato che questo non lede altri interessi, per garantirne l'autodeterminazione è in sé contraddittorio, allora sancire il divieto di ms a tutela della autodeterminazione della donna appare in fondo espressione di un vetero-paternalismo che la

18 Sul punto FLAMIGNI, C., dissenso espresso riguardo alla “Mozione sul cosiddetto affitto d'utero approvata a maggioranza il 18 marzo”, in Comitato Nazionale per la Bioetica, mozione “Maternità surrogata a titolo oneroso”, 18 marzo 2016. F. vede nella maternità sostitutiva, che sarebbe meglio per lui definire “gestazione per altri” o “dono del grembo”, un “potenziale strumento di autodeterminazione, non solo per i genitori che la commissionano, ma anche per le donne che volontariamente acconsentono al dono, o alla vendita, della loro capacità generativa, il che significa che la cosa principale che deve essere discussa riguarda il diritto alla gestione del proprio corpo e la liceità o la convenienza di porle dei limiti persino nei casi in cui è assolutamente rispettosa dei diritti degli altri e non produce danni di sorta” (p. 4).

19 POZZOLO, S.: “Gestazione per altri”, cit., p. 106 “non possiamo nasconderci dietro un dito e non considerare le condizioni della scelta, nonché gli effetti potenzianti i razzismi di classe e di razza”.

20 Sul punto anche POZZOLO, S: “Gestazione per altri”, cit., p. 102, “le donne che si prestano per la surrogata di maternità commerciale ne ricevono un guadagno che per loro è fondamentale, e probabilmente considerano quest'attività meno lesiva della loro dignità rispetto ad altre a loro disposizione”. Per CAPULLI, E: “Gestazione per altri”, cit., 2021, p. 137, “la soluzione non deve essere quella di neutralizzare ...l'autodeterminazione con un divieto, ma piuttosto l'elaborazione di regole... si è trovato un utile riferimento nel modello di GPA professionale, che intende superare la dicotomia altruistico/commerciale spostando l'attenzione sulle modalità in cui il rapporto di gestazione dovrebbe essere costruito”.

considera sempre e comunque una vittima²¹, un soggetto manipolabile e come tale non autonomo e la espropria quindi, per il suo bene, della propria libertà di scelta.

In questa prospettiva, ci si potrebbe forse domandare se e fino a che punto gli eventuali interrogativi sulla consistenza delle ragioni poste a fondamento del divieto di bigamia e incesto – beninteso una volta accertata con assoluta sicurezza la autonomia decisionale, cioè la autodeterminazione di tutti i soggetti coinvolti – possano qualificarsi una mera provocazione. Si tratta infatti di fattispecie che non procurano danno ad alcuno (nell'incesto, quando un danno è configurabile, come nel caso in cui uno dei due partner sia minore di età, scattano altre incriminazioni)²². Tuttavia, la questione di legittimità costituzionale dell'incesto ha avuto esito negativo²³, nonostante si tratti di un reato di fatto mai perseguito e la legalizzazione della poligamia non sembra avere molti seguaci: incesto e bigamia continuano ad essere reati. E sorge il dubbio che lo siano perché si ritiene, magari cedendo a spinte emotive piuttosto che razionali e a retaggi ormai superati, che siano posti a tutela di un valore che non può essere identificato solo con la autodeterminazione dei soggetti coinvolti, che la trascende e quindi può considerarsi leso anche qualora questa sia rispettata.

Dubbi analoghi sorgono anche rispetto al divieto di ms e inducono a chiedersi se anche in questo caso sia possibile rinvenire ragioni del divieto ulteriori rispetto all'esigenza di garantire la autodeterminazione della gestante, ragioni che potrebbero cioè sussistere indipendentemente dalla circostanza che questa non sia in stato di bisogno economico, che non le sia stato pagato un prezzo e anche se traesse dalla gravidanza stessa una sua propria gratificazione non economica²⁴.

In primo luogo occorre chiedersi se il rispetto della autodeterminazione della gestante che in piena libertà scelga di condurre una gravidanza per altri valga di per sé a escludere la possibile lesione della dignità delle donne²⁵. O se a tale

21 PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 222, "L'evocazione di una necessità di tutela della donna la identificerebbe –...– come soggetto (...) debole in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che il ...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" (c.vo dell'A.); CAPULLI, E.: "Gestazione per altri", cit., p. 136, "appare poco fondata e di scarsa utilità la presunzione in base alla quale l'autodeterminazione espressa riguardo alla GPA sia viziata a priori. Le narrative fondate sul concetto di sfruttamento ritraggono la donna come vittima delle circostanze, incapace di fare una scelta realmente autonoma e mossa da una condizione di povertà".

22 Corte cost., 25.11.2000, n. 518, "Quale sia il «bene giuridico» protetto dalla norma è oggetto di discussione già dal momento dell'elaborazione del codice penale".

23 Sul punto Corte cost., 25.11.2000, n. 518, cit., "L'art. 564 del codice penale, ... in corrispondenza a un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare".

24 NICCOLAI, S.: "Alcune note", cit., p. 56, "non c'è una surrogacy buona (da permettere) e una cattiva (da continuare a vietare); e ...non è esatto vedere al fondo del divieto di surrogacy in Italia la sola, ..., dignità della donna. Il divieto di surrogacy non protegge le donne dalla mercificazione, ma ogni essere umano dalla manipolazione del suo sé".

25 RENDA, A.: "La surrogazione di maternità", cit., par. 2.

comportamento, in quanto contribuirebbe a diffondere la percezione della madre gestante come mero contenitore²⁶, non sia attribuito (o attribuibile) un rilievo non esclusivamente individuale.

In ogni caso, pur ammettendo che non vi sia spazio nel nostro ordinamento per limitare la autodeterminazione di un soggetto in considerazione della eventuale lesione di un interesse generale, occorre comunque chiedersi se questo “procedimento” di filiazione possa in qualche modo ledere la dignità del bambino, che è cosa ben diversa dal paventare il rischio di danni psicologici o richiamare il suo diritto a conoscere le proprie origini. È possibile che il nato in seguito a tale pratica non risenta per questo alcun particolare danno psicologico. Ed è fuori discussione che si tratti di un bambino oltremodo desiderato e che quindi sarà con molta probabilità amorevolmente accudito e circondato di cure e attenzioni. Quanto a garantire il suo diritto a conoscere le proprie origini potrebbe essere sufficiente prevedere in via normativa il divieto di anonimato per i soggetti coinvolti, donatori e gestante. La questione è se sussiste un interesse del bambino a non interrompere l'unica relazione finora instaurata, ovverossia quella con colei che lo ha portato in grembo²⁷. E se, soprattutto, il solo fatto di essere oggetto di uno “scambio”, sia pure avvenuto a titolo gratuito – ma in genere, anche se non inevitabilmente, comunque inserito in un “circuito” lucrativo²⁸ – e con finalità “donative”, non rappresenti in ogni caso una lesione della sua dignità²⁹.

L'obiezione che la surrogazione deve in realtà essere considerata finalizzata allo svolgimento di un servizio (la gestazione) e non al “trasferimento”³⁰, sia pure a titolo gratuito, di un bambino appare intrisa di formalismo in quanto il “servizio

26 POZZOLO, S.: “Gestazione per altri”, cit., p. 105, “la GPA determina ... un enorme svantaggio per le donne come gruppo..., giacché il movimento di eguagliamento che si verifica veicola, o contribuisce a creare e diffondere, la percezione della madre biologica quale mero contenitore”.

27 BIANCA, C.M.: “Diritto civile 2.I. La famiglia”, 6° ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 445, “è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglienza dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto”; NICCOLAI, S.: “Alcune note”, cit., p. 56. Contra PEZZINI, B.: “Nascere da un corpo di donna”, cit., p. 222-223, “il richiamo di un superiore e prevalente interesse del nascituro/a alla garanzia di una continuità della relazione materna si fonderebbe su astratte petizioni di principio”.

28 NICCOLAI, S.: “Alcune note”, 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... Perciò, è possibile ritenere che ciò che rende la surrogazione ‘commerciale’ sia il suo avvenire in un contesto di mercato, e non, ... il fatto in sé che la donna sia pagata invece che rimborsata.”

29 BIANCA M.: “La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: Ordine pubblico versus interesse del minore?”, *Famiglia*, 2019, p. 373 e ss.; RENDA, A.: “La surrogazione di maternità”, cit., par. 2, parla di “reificazione dei soggetti coinvolti ed in specie —...— del bambino”.

30 GATTUSO, M.: “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40”, *Giucedonna*, 2017, n. 1, p. 17, “Nella GPA in senso stretto o gestazionale, oggetto della prestazione non è ...la cessione ai genitori intenzionali di un bambino..., ma la gestazione di un bambino che è figlio dei genitori intenzionali (ed è così emozionalmente percepito da tutte le parti...), i quali lo hanno voluto, lo hanno concepito (provvedendo a formare il suo patrimonio genetico) e, in ragione della loro impossibilità materiale di portare avanti la gravidanza, hanno fatto ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita”.

di gestazione” si caratterizza in tale ipotesi proprio per essere finalizzato non solo a far nascere ma a “consegnare” un bambino³¹. Il momento della “consegna” rappresenta un tratto caratterizzante della figura e il fatto che si possa (e per alcuni si debba) prevedere che spetti alla gestante il diritto di ripensare e tenere infine con sé il nato, paradossalmente (per la stessa necessità di prevedere come una sorta di deroga quello che naturalmente avviene), enfatizza la centralità della “consegna” piuttosto che sminuirla.

Né sembra sufficiente replicare che in caso di gpa gestazionale non vi sarebbe in realtà alcuna “cessione” del nato ai genitori intenzionali, ma una mera presa d'atto, una semplice constatazione che genitori del bambino sono coloro che hanno espresso sin dall'inizio la volontà di assumerne la responsabilità genitoriale e non la gestante che ha invece espressamente dichiarato una volontà contraria³². La qualificazione giuridica di tale “constatazione” potrebbe suscitare qualche interrogativo ma, soprattutto, da un lato il ruolo della gestante sarebbe ridotto a quello di una mera incubatrice, in ipotesi sostituibile anche da una macchina, dall'altro l'assunzione della responsabilità genitoriale dipenderebbe esclusivamente dalla volontà dei potenziali genitori, non dal fatto della nascita. Implicazioni non da poco, e (forse) non solo per i soggetti coinvolti.

IV. RIPENSARE IL “SENTIMENTO” DELLA GENITORIALITÀ?

Al di là delle potenziali lesioni dei soggetti coinvolti, rimane infatti da domandarsi se il divieto di ms non sia a ben vedere posto a presidio del “sentimento” (“pregiuridico” e forse persino irrazionale) della genitorialità³³.

La ms sfida i limiti biologici della procreazione e la scinde totalmente dalla filiazione, “scardina” cioè l'idea di genitorialità per come – se non da sempre quanto

31 OPPO, G., “Diritto di famiglia e procreazione assistita”, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 334, molto incisivamente, “La partorientente dovrà però «restituire il nato» a coloro che le hanno affidato l'embrione mentre nessun rapporto familiare si costituisce tra questi soggetti e la surrogata”. E, altrettanto incisivamente, BIANCA, C.M.: “Diritto civile 2.1.”, cit., p. 445, “deve anzitutto escludersi la validità di qualsiasi accordo che preveda la gestione dell'altrui concepimento e l'obbligo della madre di «restituire il figlio partorito»”. Sul punto anche POLI, L.: “Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale”, *BioLaw Journal*, 2015, p. 17; POZZOLO, S.: “Gestazione per altri”, cit., p. 101 ss.; OLIVITO, S.: “Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale”, *Rivista AIC*, 2/2018, p. 23.

32 GATTUSO, M.: “Gestazione per altri”, cit., p. 17 ss. OPPO, G.: “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Riv.dir.civ.*, 2005, p. 104, “Alla donna che si è prestata alla sostituzione -...- non può riconoscersi una maternità che manca del suo presupposto essenziale. Potrà riconoscersi, ..., un diritto per avere ospitato e cresciuto un figlio altrui”, v. però BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.1.*, cit., p. 445, “Del concepito non si può ...disporre già per l'assorbente rilievo che qui l'atto dispositivo avrebbe ad oggetto il futuro stato familiare del nascituro”.

33 Cfr. Corte cost. 18.12.2017, n. 272, “la maternità surrogata, ... offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”. Sul punto v. CECCHINI, S.: “Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale”, *BioLaw Journal*, 2019, p. 19 ss.

meno da lungo tempo³⁴ – istintivamente percepita e ne impone un ripensamento radicale³⁵. Il rapporto relazionale tra mamma e bambino³⁶, un rapporto ancestrale e terribilmente “fisico”, forse talvolta mitizzato ma sicuramente molto saldamente ancorato nell’immaginario collettivo, viene obliterato e favore di una genitorialità unicamente fondata sulla volontà³⁷.

Non giova alla reale comprensione del fenomeno il paragone con la adozione, che prevede a fondamento della costituzione del rapporto genitoriale la volontà. L’adozione è infatti istituto finalizzato a garantire una famiglia a un bambino (già nato) che ne è privo³⁸. E in questa prospettiva il legislatore ha predisposto, a tutela del minore, un meccanismo per valutare l’adeguatezza degli aspiranti genitori ed individuare quelli più idonei.

Né sembra pertinente richiamare la possibilità per la donna di partorire in anonimato, che al contrario consente alla donna di non volere essere madre (e che potrebbe altresì consentire di realizzare comunque una ms³⁹, beninteso senza alcuna tutela normativa per la gestante, che potrebbe dovere sostenere da sola tutte le spese legate alla gravidanza, né per gli aspiranti genitori, esposti al rischio di un “ripensamento” della gestante stessa). Ratio della possibilità di partorire in anonimato è infatti, come emerge chiaramente dalle pronunce della Corte costituzionale, “tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non

34 SARACENO, C.: ««Dignità relazionale». Un concetto non solo giuridicamente complesso», *Questione Giustizia*, 2019, p. 11, “la ricerca antropologica è ricca di esempi di come, ..., le funzioni genitoriali possano essere distribuite diversamente non solo tra uomini e donne, ma tra soggetti diversi da quelli procreativi e non coincidere necessariamente (anzi, quasi mai) con quelle del modello della famiglia nucleare”.

35 Corte cost. 23.10.2019, n. 221, per la quale “la libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti» (...). Essa dev’essere, ..., bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico”. NICCOLAI, S.: “Alcune note”, cit., p. 54.

36 PEZZINI, B.: “Nascere da un corpo di donna”, cit., p. 191, “proprio nella sfera giuridica ...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”.

37 S. NICCOLAI, S.: “Alcune note”, cit., p. 55, “Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. Mater semper certa è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l’identità e la storia di un essere umano facendone il ‘costrutto’ di quel dispositivo”.

38 BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.l.*, cit., p. 453-4: “Diritto fondamentale del minore è quello di crescere nella propria famiglia, ma quando la famiglia risulta irrimediabilmente inidonea a prendersi cura del figlio, la permanenza in essa non risponde più al suo interesse”.

39 S. NICCOLAI, S.: “Alcune note”, cit., p. 51, “Il carattere commerciale della surrogazione è escluso, ..., soltanto quando il contesto di mercato non c’è, ovvero sia quando essa ha luogo in quelle situazioni, dette ‘di prossimità’, che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali”. Sul punto v. anche CALDERAI, V.: “Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 993, “in assenza di incentivi di tipo economico e di meccanismi di enforcement servono legami affettivi e una fiducia profonda. L’esistenza di questi rapporti, ..., rende superfluo il diritto statale”.

tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo [si] intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi"⁴⁰.

Adozione e parto anonimo non "scardinano" la genitorialità, non sovvertono la regola che, a ben vedere, "marginalizza" il ruolo della volontà nel procedimento di filiazione, perché ambedue rappresentano "rimedi" o a una situazione di irreversibile abbandono o a una decisione abortiva (che l'ordinamento giudica peggiore e vuole evitare). Né adozione né parto anonimo impongono, al contrario della ms, un ripensamento della genitorialità.

Un ripensamento della genitorialità potrebbe invece apparire necessario in caso fecondazione eterologa. Anche la fecondazione eterologa, infatti, sfida i limiti biologici della filiazione. Tuttavia, in una misura indubbiamente assai meno radicale che non la maternità surrogata. E non solo perché, almeno nella pronuncia della Consulta è relegata all'ipotesi in cui "sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili"⁴¹ e quindi non altera i presupposti soggettivi previsti dalla l. 40 ad instar naturae: una coppia, eterosessuale, di età potenzialmente fertile. La fecondazione eterologa, almeno nell'immaginario collettivo (che sarebbe davvero miope snobisticamente disprezzare), consente di instaurare un rapporto di filiazione attraverso il ricorso a "materiale genetico" estraneo alla coppia ma non frantuma l'immagine archetipica del nascere non solo da un corpo di donna⁴², ma dal corpo della propria madre, non stravolge la comune percezione della genitorialità. Non ne impone, al contrario della ms, un radicale ripensamento.

Un ripensamento così radicale che per taluni non dovrebbe arrestarsi al momento costitutivo ma continuare, consentendo alla gestante di intessere comunque una relazione con il nato⁴³, anche se relegata nell'orizzonte di una

40 Corte cost. 25.11.2005, n. 425. Tale ratio non è posta in discussione dalla successiva sentenza n. 278 del 2013, che censura solo la "irreversibilità del segreto". In altra prospettiva, PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 219, scrive "A differenza del parto anonimo, la gravidanza per altri comporta, ..., 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".

41 Corte cost. 10.6.2014, n. 162.

42 PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 191, "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 gravidanza deve essere considerata come un'esperienza relazionale complessa" (c.v.o nel testo).

43 SCALISI, V.: "Maternità surrogata", cit., pp. 1107-1108, "di fronte a una realtà umana e sociale così complessa quale quella sottesa al fenomeno della surrogazione di maternità, ..., non è da escludere che siano sperimentabili possibili forme di genitorialità condivise, aperte e flessibili, che, oltre al preminente e superiore interesse del minore, siano in grado di realizzare il giusto equilibrio e la giusta proporzionalità tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti", SARACENO, C.: "«Dignità relazionale»", cit., "il criterio di accettabilità [della gpa], al netto della esclusione delle forme di sfruttamento e di negazione di diritti della gestante, non dovrebbe passare tanto dalla distinzione – dai confini incerti – tra gestazione commerciale

“relazionalità parentale” minore. Una relazionalità “parentale” totalmente da definire, priva di qualifica, non solo giuridica ma neanche sociale e lessicale: come qualificare la gestante nella relazione con il bambino da lei partorito ma figlio di altri? zia (sottolineando in tal modo il legame biologico)? Madrina (locuzione che oblitera il profilo biologico ma che, al netto di ogni evocazione religiosa, deriva direttamente dal termine madre)?

Anche limitando il ripensamento della genitorialità alla fase costitutiva, non c'è dubbio che si tratterebbe di un sovvertimento non da poco di un “ordine” procreativo finora costruito in modo quanto più possibile corrispondente a quello biologico e in generale percepito, a torto o a ragione, come “naturale”, e che l'ordinamento, a torto o a ragione sembra (o almeno è finora sembrato) considerare un “valore”, tanto da “mimarlo” nell'adozione. Per sovvertire tale ordine procreativo e il valore che esso rappresenta è necessario individuare un “controvalore” di rango uguale o superiore. Tale “controvalore”, a meno di non voler considerare tale il semplice “fatto compiuto”, potrebbe essere identificato a ben vedere (solo) con l'esigenza di garantire il “diritto alla genitorialità”. Un “diritto” controverso (a dir poco), che la Consulta ha qualificato “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” ma ha escluso possa “possa esplicarsi senza limiti”⁴⁴.

o altruistica. Piuttosto, dovrebbe basarsi sulla esplicita disponibilità di tutti i soggetti adulti coinvolti ... a stare in relazione tra loro e, soprattutto, con colui o colei che da questa relazione nasce: per restituirgli/le appieno la complessa relazionalità entro cui è stato concepito ed è diventato figlio/a”. GATTUSO, M.: “Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino”, *Questione giustizia*, 2019, “La relazione di gravidanza che lega la gestante al nato non perde di significato e di rilevanza giuridica dopo il parto, ma permane ...come relazione di natura familiare. Tale relazione ..., merita ...adeguata protezione..., non come relazione genitoriale (la quale sarebbe imposta contro la volontà della donna e contro l'interesse superiore del minore), ma come diritto di visita, il quale va assicurato, anche contro la volontà dei genitori, nell'interesse del minore. Tale diritto di visita e di contatto implicherebbe, ..., il diritto del nato di conoscere l'identità della donna ..., e il diritto della donna ad avere conoscenza del luogo ove vive il minore e a mantenere, se lo vuole, una relazione di visita, secondo le modalità concordemente determinate con i genitori o, in mancanza di accordo, secondo le determinazioni ...date dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore.... Tale prospettiva..., avrebbe il non trascurabile effetto di spingere le parti, ... già al momento della ricerca dei partner con cui intraprendere un percorso di GPA (...), a tenere conto che ha così inizio una relazione che continuerà per tutto il corso della vita del nascituro e dunque della loro stessa famiglia” (c.vo dell'A.). RUGGERI, A.: “La maternità surrogata”, cit., p. 64, “per effetto del ricorso alla tecnica della surrogazione, viene a determinarsi un contesto di poligenitorialità... Anche per ciò, a me pare che sia consigliabile circoscrivere l'ambito entro il quale consentire alla surrogazione di maternità alla sola cerchia familiare della coppia committente (e, segnatamente, della donna). Molti problemi..., potrebbero trovare più agevole e non traumatica soluzione”. PEZZINI, B.: “Nascere da un”, cit., p. 221, “Ci sarà ... 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”.

44 Corte cost., 162/2014. Sul punto BIANCA, M.: “La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020”, *Giustizia insieme*, 2020, p. 3 ss., la quale sottolinea che “la negazione dell'esistenza di un diritto alla genitorialità, più che fondarsi su un mero presupposto ideologico, è il risultato di un complesso di norme che, così come sono applicate dalla giurisprudenza interna ed europea, evidenziano che la genitorialità non biologica non può fondarsi sul mero elemento volontaristico, né può essere instaurata in modo automatico in mancanza di elementi che ne giustificano a priori l'esistenza. L'impostazione adultocentrica che rivendica l'esistenza di un diritto alla genitorialità deve essere ridimensionata da una prospettiva che fonda ogni decisione sull'instaurazione di modelli di

In questa prospettiva, legittimare la maternità surrogata, sia pure solo se effettuata a titolo gratuito potrebbe costituire un "risultato" significativo, anche se (per ora, soprattutto o esclusivamente) sul piano simbolico, che sarebbe però miope e snobistico sottovalutare⁴⁵. La maternità surrogata (autenticamente) solidale rimarrebbe, probabilmente, un fenomeno numericamente marginale, il cui rilievo (questo, invece, tutt'altro che marginale) risiederebbe soprattutto nel conferire legittimità al fenomeno non soltanto sul piano giuridico ma anche su quello della morale sociale (così da eventualmente consentirne, in futuro, una estensione). Uno scenario che è legittimo considerare desiderabile ma che certamente appare discutibile nascondere dietro l'immagine "pietosa e irresistibile"⁴⁶ del best interest of the child⁴⁷.

V. TUTELARE IL NATO IN SEGUITO A SURROGAZIONE DI MATERNITÀ E DISINCENTIVARE LA PRATICA: LA QUADRATURA DI UN CERCHIO?

Non sembra infatti che l'esigenza di assicurare adeguata tutela ai nati in seguito a procedimento di maternità surrogata possa rappresentare un "controvalore" credibile alla legittimazione della pratica, sia pure solo nella "versione" solidaristica. Ammettere e regolamentare la maternità surrogata in forma altruistica, infatti, non risolverebbe affatto il "problema" dei nati al di fuori del modello normativo eventualmente accolto (che sarebbero probabilmente in numero uguale se non addirittura maggiore dei nati "secondo le regole"). Non si può infatti certo escludere che, anche in ragione degli incisivi "paletti" che una maternità surrogata regolata nel nostro ordinamento inevitabilmente presenterebbe – divieto di "intrusione" nelle scelte individuali, come per esempio smettere di fumare, o sottoporsi o meno a una determinata terapia; possibilità di decidere autonomamente di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, possibilità di

genitorialità non biologica solo dopo un attento controllo di quello che è *in concreto* l'interesse del minore" (p. 7-8, c.vo dell'A.).

- 45 POZZOLO, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 107, "credo che non vada sottovalutata la performatività del diritto, soprattutto da parte di chi propone una regolamentazione della GPA, giacché, ..., si può incentivarne la normalizzazione e la diffusione, dandole un'aura positiva solo perché regolata, senza alcuna seria riflessione e discussione sui valori e i soggetti coinvolti".
- 46 BUSNELLI, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1467.
- 47 POZZOLO, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 107-108, "Le Corti non procedono a un bilanciamento dei principi: l'urgenza della soluzione, ..., si risolve con un classico «all thing considered» che pondera fra loro il mero rispetto di una norma di ordine pubblico e quello dell'interesse del minore, la donna ancora una volta scompare.". S. OLIVITO, "Di alcuni fraintendimenti", cit., p. 22, osserva che quando l'interesse del minore è "chiamato in causa nell'intento di avvalorare la tesi secondo cui l'Italia dovrebbe dotarsi di una legge sulla maternità surrogata, ciò dimostra come tale interesse sia il facile schermo degli interessi e dei desideri dei committenti. La legge che disciplinasse tale pratica riguarderebbe, ..., bambini che ancora non sono qui e il cui interesse (a nascere ovvero a essere concepiti?) è una proiezione (solitaria) di un alquanto problematico «diritto alla genitorialità» dei committenti". SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952 ss., par. 5, "Il pericolo ... è che sotto le sembianze della tutela del superiore interesse del fanciullo si celi la tutela prevalente della volontà, del desiderio tramutato in diritto, di un soggetto di realizzare l'interesse individuale alla genitorialità" (c.vo dell'A.).

“ripensarci” e decidere di tenere il bambino –, nonché in ragione della sua stessa gratuità (che, basandosi sulla esperienza della donazione di ovociti si può supporre che probabilmente renderebbe le aspiranti gestanti poco numerose), molti, coppie e singles, continuerebbero a ricorrere al turismo procreativo⁴⁸. Anche in questa ipotesi, “punire” i nati per via del loro concepimento sarebbe inaccettabile e condivisibilmente si riterrebbe discriminatorio non equiparare il loro status a quello dei nati in seguito alla pratica effettuata secondo le regole eventualmente previste.

L'esigenza di individuare una soluzione appagante per garantire ai nati in seguito a maternità surrogata – in ipotesi effettuata dietro pagamento di un corrispettivo o sfruttando la gestante – adeguata tutela si proporrebbe quindi anche legittimando il modello solidaristico. Ed è una esigenza che, in effetti, non può essere accantonata⁴⁹.

La giurisprudenza, con ragioni in buona parte fondate sullo stigma verso la maternità surrogata e quindi nel timore di avallare tale pratica, aveva finora per lo più preferito al riconoscimento automatico dell'atto straniero⁵⁰ (non irragionevolmente ritenuto poco rispondente all'obiettivo di disincentivarla⁵¹) lo strumento della adozione in casi particolari. Il minore era cioè riconosciuto come figlio dal genitore biologico e adottato dall'altro ai sensi dell'art. 44 della l.

48 In tal senso anche NICCOLAI, S.: “Alcune note”, cit., p. 54. In senso contrario, TRILHA SCHAPPO, K.: “La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti”, *GenIUS*, 2020, n. 1, p. 10, secondo cui “nessun deterrente sarebbe più efficace che un'alternativa regolamentata nello Stato di residenza degli aspiranti genitori... La possibilità ...di realizzare la sostituzione di maternità nel proprio Stato di residenza, sicuri del riconoscimento dei suoi effetti, porterà a scoraggiare tante persone tentate di partire all'estero. Se lo Stato invece non è pronto ad accogliere pienamente la maternità surrogata all'interno..., un'alternativa ... consisterebbe nel guidare aspiranti genitori verso destinazioni più virtuose, dove standard definiti dallo Stato stesso sarebbero rispettati. Quelli che aderiscono a queste linee guida potrebbero, ..., beneficiare di vantaggi burocratici e di maggior celerità e sicurezza nel processo di riconoscimento”; BARBA, V.: “Ordine pubblico e”, cit., p. 24, “credo che la risposta dell'ordinamento italiano debba essere di ferma chiusura in tutti i casi in cui la maternità surrogata sia avvenuta non soltanto dietro la corresponsione di un prezzo, ma, soprattutto, in violazione di qualunque diritto umano della gestante, quando tra i genitori di intenzione e la gestante non ci sia stato alcun contatto o relazione umana, quando, stipulato il contratto, la gestante non possa più revocare il proprio consenso, quando la donna sia, sostanzialmente, ridotta in stato di schiavitù”, la “ferma chiusura” auspicata da B., tuttavia, non esclude affatto il ricorso a forme di ms vietate e lascia quindi impregiudicata l'esigenza di individuare soddisfacenti forma di tutela per il nato, ma sul punto v. anche infra nel testo.

49 OPPO, G.: “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 105, “il legislatore non avrebbe dovuto, ..., limitarsi a vietare e sanzionare: avrebbe dovuto, ..., regolare la sorte del nato malgrado il divieto; nato incolpevole e bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro”.

50 Cass, S.U., 8.5.2019, n. 12193. BIANCA, M.: “La tanto attesa”, cit., Ead.; “Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato”, *Giudice donna*, 2/2020. Criticamente verso tale orientamento VENUTI, M.C.: “Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri”, *GenIUS*, 2/2019, spec. p. 11 ss.; BARBA, V.: “Note minime sull'ordine pubblico internazionale”, in “La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale”, *Articolo29*, p. 9 ss. In giurisprudenza Corte App. Milano, decr. 28.12.2016, *Articolo29*.it.

51 Scrive CAPULLI, E: “Gestazione per altri”, cit., p. 120, che “il ricorso ... di coppie italiane alla GPA fuori dal territorio nazionale... è stato sicuramente agevolato dai recenti sviluppi giurisprudenziali nazionali ed europei che hanno elaborato un sistema di riconoscimento della filiazione tra genitori intenzionali e nati da GPA fondato sul best interest of the child”.

184/1983. La Consulta ha tuttavia di recente affermato che questa “costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali” in quanto “non attribuisce la genitorialità all’adottante. Inoltre, ... è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall’art. 55 della legge n. 184 del 1983 all’art. 330 cod. civ. – se anche l’adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l’adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita”⁵². Occorre quindi individuare soluzioni che assicurino “tutela all’interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale”.

Tra le possibili soluzioni, che spetta al legislatore individuare, vi sarebbe la via dell’adozione piena, che certamente riconosce la “pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato”, ma che “dovrebbe ... essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell’art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983”. Certamente l’istituto dovrebbe essere integralmente ripensato, a partire dalla sua stessa ratio, che è quella di garantire una famiglia a minori in stato di abbandono, tanto da indurre a chiedersi se ciò che alla fine rimarrebbe inalterato (e bisognerebbe forse domandarsi in quale misura) sarebbe solo la valutazione giudiziale dell’interesse del minore.

L’adeguatezza dell’adozione a rappresentare una soluzione efficace può essere revocata in dubbio anche guardando ad altri profili. Non solo, rebus sic stantibus, l’adozione è accessibile solo a coppie eterosessuali (requisito che, volendo, potrebbe essere abolito) ma, soprattutto, rimane comunque affidata alla volontà “propulsiva” dell’adottante (requisito non eliminabile a meno di non trasformare

52 Corte cost. 9.3.2021, n. 33. Corte App. Napoli, 4.7.2018, in Articolo29. In dottrina in tal senso già FERRANDO, G.: “I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto”, *GenUS*, 2019, n. 1, p. 6 ss. e VENUTI, M.C.: “Le sezioni unite e à”, cit., p. 15, “la formalizzazione del vincolo genitoriale tramite l’adozione ex art. 44, lett. d), l. n. 183/1984 non consegue immediatamente (...) alla nascita... ma discende da un lungo e articolato procedimento, denso di insidie e di possibili precarietà. La sua attivazione e il buon esito dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d’intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta biparentale in capo ad entrambi i partner. L’uno deve avviare il procedimento adottivo e mantenere ferma la propria scelta; l’altro, ..., deve cooperare dando il proprio assenso all’adozione del partner. Evenienze nient’affatto scontate. La soluzione appare insoddisfacente anche – ... – negli effetti, dal momento che, ..., essi sono più circoscritti di quelli che discendono dall’adozione piena”.

radicalmente l'istituto). In questa prospettiva, si è osservato, si attergerebbe quale rimedio insieme insufficiente ed esorbitante. Infatti, da un lato, dal momento che la sua costituzione non potrebbe prescindere dall'iniziativa degli adottanti, non sembrerebbe tutelare appieno il nato⁵³. Mentre, dall'altro, al contrario, all'adulto che ha realizzato un progetto genitoriale disapprovato dall'ordinamento si riconoscerebbe la legittimazione esclusiva ad attivare un meccanismo che, anche se «ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» della sua conformità all'interesse del minore, gli consente comunque di pervenire esattamente al risultato voluto e perseguito attraverso una condotta «che – per usare ..le parole della Corte costituzionale – offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁵⁴.

In alternativa all'adozione si potrebbe, come proposto da autorevole dottrina, richiamare l'ipotesi del matrimonio putativo e attribuire al minore tutti i diritti derivanti dallo status di figlio, ma in via, per c.d., "unidirezionale", limitando cioè al minore i vantaggi della filiazione. In questa prospettiva, su esclusiva istanza del minore (da esercitare tramite curatore speciale, nominato all'uopo dal giudice, data la situazione di conflitto di interessi con il genitore)⁵⁵, e solo una volta accertato il suo interesse gli verrebbero riconosciuti i diritti derivanti dallo status di figlio della coppia. Non sarebbe, al contrario, reciprocamente riconosciuto lo status genitoriale ai "genitori intenzionali"⁵⁶ (ovvero a coloro che hanno proceduto alla ms nella consapevolezza del suo divieto, anche se, in ipotesi, uno dei due fosse anche genitore biologico del bambino⁵⁷).

La strada è certamente percorribile, anche se dovrebbe esserne valutata la compatibilità con la necessità che il procedimento si svolga in tempi rapidi, così da consentire al bambino di non rimanere a lungo in condizione di incertezza rispetto al proprio stato parentale, così come richiesto dalla CEDU⁵⁸ (ma il problema si

53 BILOTTI, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto per cortesia dell'A., par. 3.

54 BILOTTI, E.: "La tutela dei", cit., par. 3.

55 BILOTTI, E.: "La tutela dei", cit., par. 4.

56 NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 713 ss., par. 6, "Si tratta – ... – di prendere spunto dalla disciplina del matrimonio putativo che ne estende gli effetti a favore dei figli anche nei confronti del coniuge di mala fede, ma senza reciprocità in favore di quest'ultimo: gli effetti del matrimonio putativo, tradizionalmente consistenti nell'applicazione dello status di figlio legittimo (...) si producono soltanto a vantaggio del figlio e non del genitore che abbia consapevolmente violato la norma. In tale ottica, una volta reputato che il minore nato da eterologa o maternità surrogata all'estero e convivente con una coppia di persone omosessuali avesse avuto un interesse reale e concreto a vedersi riconosciuta l'identità di figlio della coppia, oltre che di beneficiare delle tutele spettanti a chi ha lo status di figlio, si sarebbe potuta applicare una regola analoga all'art. 128, co. 3 c.c. limitando al minore i vantaggi della filiazione". N. precisa poi che "non è condivisibile l'ipotesi contraria alla lettera e alla ratio secondo cui la norma si riferirebbe solo ai rapporti tra coniugi" (nt. 101).

57 BILOTTI, E.: "La tutela dei", cit., par. 5.

58 CEDU, sent. 16.7. 2020, D. contro Francia, che ritiene l'adozione sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante

porrebbe in fondo, anche se forse in misura minore, anche con l'adozione). La soluzione presenterebbe il vantaggio di tutelare pienamente il nato - non solo riconoscendogli lo status di figlio ma subordinando tale riconoscimento alla valutazione in concreto del suo interesse - senza tuttavia riconoscere la ms come fonte ulteriore e alternativa della filiazione⁵⁹.

È possibile però chiedersi se davvero la ms risulterebbe disincentivata. Anche se all'esito di un "procedimento" più lungo e complesso (forse, però, non tale da "spaventare" soggetti "emigrati" per eludere il divieto della pratica nel nostro ordinamento), infatti, appare difficile ipotizzare che la giurisprudenza - anche in considerazione di quanto finora dalla stessa affermato - riterrà (più che sporadicamente) non corrispondente al superiore interesse del minore la prosecuzione della relazione affettiva instaurata con i genitori di intenzione⁶⁰. E, soprattutto, è possibile chiedersi se anche in tal modo, un riconoscimento sia pure indiretto, o meglio operante sul piano della morale sociale (che, come detto, sarebbe miope e snobistico sottovalutare) piuttosto che su quella della regola giuridica, vale a dire un "radicamento sociale" di tale tipo di "filiazione", comunque non si realizzi.

e adottato, e «a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino» (par. 51).

59 Senza cioè "incentivare la violazione della legge" (NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto", cit., par. 6).

60 NICCOLAI, S.: "Alcune note", cit., p. 57 ss., "Il giudice poi richiama il «possibile interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico (oltre che di affetto) corrispondente alla effettività della relazione con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre». ... un simile interesse può certamente bilanciare, ma non annullare, un altrettanto 'possibile' (opinabilità vale opinabilità) interesse del minore a conservare la propria identità, vale a dire la propria storia nella sua complessità" (p. 58). Corte cost., 9.3.2021, n. 33, "Non v'è dubbio, ..., che l'interesse di un bambino accaduto sin dalla nascita (...) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata. ...Anzitutto, questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino".

BIBLIOGRAFIA

BARBA, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale, in La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", *Articolo29*.

BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione", nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193, *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 19 ss.

BIANCA, C.M.: "*Diritto civile 2.1. La famiglia*, 6° ed., Giuffrè, Milano, 2017.

BIANCA M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: Ordine pubblico versus interesse del minore?", *Famiglia*, 2019, p. 373 ss.

BIANCA, M.: "Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato", *Giudicedonna*, 2020, n. 2.

BIANCA, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *Giustizia insieme*, 2020.

BILOTTI, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto per cortesia dell'A.

BUSNELLI, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 1447 ss.

CALDERAI, V.: "Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism", *Global Jurist*, 2020, 20190062.

CALDERAI, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 986 ss.

CAPULLI, E.: "Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto", *BioLawJournal*, 2021, p. 119 ss.

CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117 ss.

CECCHINI, S.: "Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale", *BioLaw Journal*, 2019, p. 19 ss.

DANNA, D.: «It's not their pregnancy». L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi”, *AG- AboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, v. 3, n. 5, p. 139 ss.

FERRANDO, G.: “I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto”, *GenIUS*, 2019, n. 1, p. 6 ss.

FLAMIGNI, C., dissenso espresso riguardo alla “Mozione sul cosiddetto affitto d'utero approvata a maggioranza il 18 marzo”, in Comitato Nazionale per la Bioetica, mozione “Maternità surrogata a titolo oneroso”, 18 marzo 2016.

GATTUSO, M.: “Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40”, *Giudicedonna*, 2017, n. 1.

GATTUSO, M.: “Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino”, *Questione giustizia*, 2019.

GRASSO, A.: “Per una interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, n. 2, p. 151 ss.

NICCOLAI, S.: “Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia”, *GenIUS*, 2017, n. 2 p. 49 ss.

NICOLUSSI, A.: “Famiglia e biodiritto civile”, *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 713 ss.

OLIVITO, S.: “Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale”, *Rivista AIC*, 2018.

OPPO, G.: “Diritto di famiglia e procreazione assistita”, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 329 ss.

OPPO, G.: “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 99 ss.

PEZZINI, B.: “Introduzione” a “Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)”, *GenIUS*, 2017, n. 2 p. 6 ss.

PEZZINI, B.: “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri”, *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 227.

POLI, L.: “Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale”, *BioLaw Journal*, 2015, p. 7 ss.

POZZOLO, S.: "Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", *BioLaw Journal*, 2016, p. 93 ss.

RENDA, A.: "La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss.

RIZZUTI, M.: "Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori", *BioLaw Journal*, 2015, p. 91

RUGGERI, A.- SALAZAR, C.: "«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta on line*, 2017, p. 138 ss.

A. RUGGERI, A.: "La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore", *GenUS*, 2017, n. 2, p. 60 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952 ss.

SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360 ss.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 1, p. 737 ss.

SARACENO, C.: "Dilemmi intorno alla maternità surrogata", *Giudicedonna*, 1/2017.

SARACENO, C.: "«Dignità relazionale». Un concetto non solo giuridicamente complesso", *Questione Giustizia*, 2019.

SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.

TRILHA SCHAPPO, K.: "La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti", *GenUS*, 2020, n. 1 p. 66 ss.

VENUTI, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri", *GenUS*, 2019, n. 2, p. 6 ss.