

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · OTTOBRE 2017

2017 / 2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Iliara Rivera, Francesco Saitto, Angelo Schillaci, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)

a cura di Barbara Pezzini

- 6 *Barbara Pezzini*: Introduzione
- 12 *Gilda Ferrando*: Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze.
- 20 *Ines Corti*: Maternità per sostituzione e dignità umana
- 28 *Stefania Stefanelli*: Sui confini dell'impulso del pubblico ministero nell'impugnazione dello *status* intenzionale
- 42 *Giuditta Brunelli*: Un giudice *a quo* consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)
- 49 *Silvia Niccolai*: Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla *ratio* del divieto di maternità surrogata in Italia
- 60 *Antonio Ruggeri*: 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

Interventi

- 69 *Antonella Madeo*: Attuazione in materia penale della legge Cirinnà sulle unioni civili
- 79 *Francesco Pesce*: La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili
- 98 *Giacomo Viggiani*: *Une défaillance du système juridique italien*. La questione del cognome materno tra moniti pretori e inerzia legislativa

Commenti

- 119 *Alessandra Nocco*: Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia", con l'aiuto dei principi internazionali. Nota a Corte d'appello di Milano, 9 febbraio 2017

Osservatorio documenti a cura di Carmelo Danisi

- 140 **Germania:** *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (EheÄndG k.a.Abk.)*
- 142 **Portogallo:** *Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), 22 agosto 2016*
- 145 **Portogallo:** *Decreto Regulamentar n. 6/2017, 31 luglio 2017*

Osservatorio decisioni a cura di Carmelo Danisi

- 150 **Corte d'appello di Milano, sezione delle persone, dei minori e della famiglia:** *ordinanza del 25 luglio 2016, n. 273*
- 161 **Corte di Cassazione, prima sezione civile:** *sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878*
- 166 **Tribunale per i minorenni di Venezia:** *sentenza del 31 maggio 2017*
- 167 **Tribunale per i minorenni di Palermo:** *sentenza del 3 luglio 2017*
- 172 **Tribunale per i minorenni di Bologna:** *sentenza del 20 luglio 2017*
- 178 **Corte costituzionale:** *sentenza dell'8 novembre 2016, n. 286*
- 185 **Corte europea dei diritti umani:** *Cusan e Fazzo c. Italia, sentenza del 7 gennaio 2014, n. 77/07*

- 191 **Announcement:** *Il progetto SOGICA*

*Ines Corti**

Maternità per sostituzione e dignità umana

Sommario

1.Introduzione – 2. La maternità per sostituzione: le diverse esperienze e il divieto legislativo – 3.Dignità della madre sostituita

Abstract

Questo articolo presenta alcune riflessioni sulla complessità che circonda la maternità per sostituzione, una complessità non considerata dal legislatore italiano che si è “limitato” a proibirla e sanzionarla penalmente, non risolvendo questioni specifiche inerenti ai diritti fondamentali delle persone e favorendo al contempo la via di un turismo procreativo. Il lavoro si sofferma in particolare sull’aspetto della dignità della madre gestazionale che molti ritengono lesa, soprattutto nel caso di surrogazione di tipo commerciale, comportando una vera e propria mercificazione del corpo della donna: il dibattito sul punto è acceso, soprattutto all’interno del pensiero femminista. Concordando con l’interpretazione della Corte d’appello di Milano, si ritiene che la maternità per sostituzione su base solidaristica possa trovare, a differenza di quella di tipo commerciale, un suo spazio di “futura” liceità.

This article presents reflections on the complexity surrounding surrogate motherhood, a complexity not considered by the Italian legislator who has “confined himself” to banning and penalizing it, not solving specific issues relating to people’s rights and at the same time promoting the way of procreative tourism. The work focuses particularly on the aspect of the gestational mother’s dignity, which many consider violated, especially in the case of a commercial surrogate, resulting in a real commodification of the woman’s body: the debate on the point is on, especially within feminist thought. In agreement with the Interpretation of the Court of Appeal of Milan, it is considered that substitution maternity on a solidarity basis can be, unlike the commercial one, accepted.

1. Introduzione

L’ordinanza emessa dalla Corte d’appello di Milano¹ oltre un anno fa e ancora pendente davanti alla Corte costituzionale offre l’occasione per riflettere ulteriormente sull’esperienza della maternità per sostituzione, una esperienza particolarmente complessa, che non trova ancora nel sistema normativo risposte adeguate.

Era chiaro sin dalla sua approvazione, del resto, che la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione assistita non solo non avrebbe risolto le questioni relative a tale modalità procreativa ma che quel divieto così rigorosamente sanzionato non avrebbe impedito a molte persone di ricorrere ad essa: una modalità che avrebbe meritato maggiore attenzione da parte del legislatore, anche in considerazione delle precedenti decisioni giurisprudenziali che ne avevano evidenziato i molteplici e complicati aspetti e della concreta possibilità di recarsi in Paesi diversi, diventati ormai sedi di turismo procreativo.

* Associato di Istituzioni di diritto privato, Università di Macerata.

1 Corte d’appello di Milano, ordinanza del 25 novembre 2015, n. 273, depositata il 25 luglio 2016.

Diversamente da altri ordinamenti, il legislatore italiano, sorvolando sulle diverse problematiche, non solo non ha distinto le differenti ipotesi di maternità sostitutiva, ma neppure ha tentato di definirla, "limitandosi" a stabilirne la sanzione penale, ostacolando al contempo la possibilità che la madre sostituita possa rinunciare all'attribuzione legale di maternità (peraltro non voluta) al fine di favorire il progetto procreativo di altra persona: l'art. 12, 6° comma, stabilisce che è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con multa da 600.000 a 1.000.000 di euro chiunque in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza (la commercializzazione di gameti o di embrioni o) la surrogazione di maternità mentre l'art. 9, comma 2 impedisce alla madre del nato in seguito all'applicazione di tecniche procreative di dichiarare la volontà di non voler essere nominata, come invece riconosciuto dalle norme generali dell'ordinamento dello stato civile. Una norma inserita allo scopo di impedire quel meccanismo avallato, prima dell'entrata in vigore della legge, dalla giurisprudenza dei tribunali minorili, che vedeva in un contesto di accordo tra la coppia committente e la madre sostituita, la madre gestazionale non dichiarare la propria maternità, il padre riconoscere il nato come figlio naturale, la moglie, indipendentemente dall'essere anche madre genetica, chiedere, successivamente al riconoscimento, l'adozione ex art. 44, comma 1, lett. b, l. 184/1983.

Decisioni equilibrate quelle dei giudici minorili che al di là della diversa valutazione circa la legittimità degli accordi surrogatori avevano indirettamente consentito, sulla base dell'interesse del minore, la realizzazione del desiderio procreativo dei genitori sociali².

Se la legge sembra aver superato l'aspetto relativo alla validità degli accordi di surrogazione decretandone la illiceità, il profilo dell'attribuzione di genitorialità resta oggi questione aperta come dimostrano le numerose azioni proposte in questi anni in merito alla trascrizione degli atti di nascita relative a surrogazioni avvenute all'estero.

Frutto anche della mancanza di un serio e approfondito dibattito pubblico, la legge elude dunque questioni specifiche lasciando all'interprete il delicato compito di dipanare il complicato intreccio di diritti ed interessi delle persone coinvolte.

2. La maternità per sostituzione: le diverse esperienze e il divieto legislativo

La maternità per sostituzione, o maternità surrogata o gestazione per altri come recentemente chiamata, e cioè l'esperienza che vede una donna partorire un figlio non per sé ma per altra o altre persone, non si traduce, invero, in un'unica esperienza ma può realizzarsi attraverso relazioni diverse, non influenti quanto al profilo della percezione giuridica e sociale.

Una prima ipotesi, nota come surrogazione totale, riguarda quella di una donna (madre sostituita) che porta a termine la gestazione ricevendo l'ovulo fecondato di altra donna. Generalmente l'ovulo appartiene a colei che desidera il figlio (madre committente e in questo caso anche genetica) ma può anche provenire da altra donna (terza donatrice). Altra ipotesi, cosiddetta surrogazione parziale, è quella di una donna (madre sostituita e genetica) che si incarica sia di fornire l'ovulo che di portare a termine la gravidanza.

Quanto al profilo della paternità, il seme maschile può essere fornito dal partner della donna che desidera un figlio, da uno dei partner di una unione omosessuale o provenire da un terzo donatore (anche marito della surrogata).

Nelle situazioni ipotizzate il numero dei soggetti interessati può aumentare con conseguenti maggiori implicazioni biologiche, sociali e giuridiche. Al proposito è sufficiente ricordare il caso relativo ad una bambina nata con il contributo di cinque adulti: i due genitori committenti, la donatrice di ovuli, il donatore di seme, la madre portante. Ipotesi al limite, forse priva di senso, perlopiù impedita da quelle leggi che ritengono necessario il legame genetico con almeno uno dei genitori committenti.

2 Così il Tribunale per i minorenni di Salerno, decreto del 15 novembre 1991, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p.1052 e Corte d'appello di Salerno, decreto del 25 febbraio 1992, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p.177, con nota di R. Bitetti, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari e interesse del minore*. Entrambi i collegi, chiamati a decidere sull'adozione della madre committente, pur condividendo la tesi della illiceità e quindi la nullità degli accordi surrogatori hanno reputato che tale situazione non dovesse incidere sull'accoglimento della richiesta di adozione da valutare solo sulla base dell'interesse del minore. Allo stesso modo il Tribunale per i minorenni di Roma, decreto del 31 marzo 1992, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p.188 s., che peraltro in mancanza di uno specifico divieto riteneva di non poter "sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito, attuato e compensato il concepimento della bambina".

“Normalmente”, tuttavia, la maternità per sostituzione vede coinvolti la coppia committente (etero o omosessuale) e la madre surrogata, spesso senza necessità di terzi donatori/trici.

Fondamentale distinzione è quella che riguarda la finalità con cui si definisce la relazione tra i soggetti coinvolti: la collaborazione di un'altra donna al progetto procreativo può attuarsi per fini patri-monialiali o, invece, per spirito di solidarietà nei confronti di chi non è in grado di iniziare o portare avanti una gravidanza.

Nonostante le differenti problematiche conseguenti ad ognuna di tali forme relazionali, ciò che emerge dalla legge 40 è solo una forte contrarietà alla pratica che si evince, in particolare, dalla sanzione prevista, esageratamente severa non solo per la natura e la misura della stessa ma per il fatto che sembrerebbe ad una interpretazione letterale ritenere imputabili, oltre gli operatori e gli organizzatori, gli stessi genitori committenti e la madre sostituita anche se, come richiamato dallo stesso collegio milanese, una cospicua giurisprudenza di merito, così come la stessa Corte di cassazione, hanno ritenuto non punibile il genitore intenzionale per surrogazioni avvenute all'estero³.

Una severità peraltro riservata alla sola surrogazione di maternità e non anche alle altre forme di procreazione assistita pur dalla legge vietate. Una severità che, tuttavia, deve fare i conti con uno dei desideri più forti e innati nelle persone, quello di avere figli da crescere e amare. Un desiderio di genitorialità che trova riferimento in quel complesso di diritti e libertà fondamentali riconosciuti dall'ordinamento quali quelli a procreare, al rispetto della vita privata e familiare, a formare una famiglia. Diritti che possono trovare limiti solo nel bilanciamento con i diritti e le libertà fondamentali degli altri soggetti coinvolti, in particolare del nato e della madre gestazionale. Si tratta pertanto di vedere se la gestazione per altri debba in ogni sua manifestazione considerarsi lesiva delle situazioni giuridiche altrui e, dunque, se quel divieto introdotto abbia ragione di sussistere. Ciò anche alla luce delle numerose nascite avvenute nei paesi dove la gestazione per altri è regolamentata e con le quali la giurisprudenza italiana è costretta a confrontarsi non senza difficoltà.

Significativa, al proposito, è l'ordinanza della Corte d'appello di Milano che, sollevando questione di legittimità costituzionale relativamente alla norma in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio minorenne per difetto di veridicità (art.263 c.c.), affronta questioni rilevanti. Un'analisi, quella delle giudici milanesi, di grande equilibrio, priva di pregiudizi e posizioni ideologiche che si confronta con l'assolutezza del divieto legislativo, un divieto innegabilmente infranto da quel desiderio di genitorialità che, è bene sottolinearlo, ha accompagnato la storia dell'umanità.

La maternità surrogata del resto, è bene rammentarlo, non è fenomeno nuovo. Il coinvolgimento di un'altra donna nella procreazione appare fenomeno costante nella storia. Molti autori concordano sul fatto che essa sia esistita sotto forme molteplici. Nella Bibbia si racconta di Sara che convinse Abramo ad avere un figlio dalla propria schiava Agar e di Giacobbe che ebbe due figli dalla schiava della propria moglie Rachele. Un'altra sorta di “affitto *ante litteram*” è stato ravvisato nella pratica, invalsa presso gli antichi romani, di cedere la propria moglie ad un amico che non aveva avuto la fortuna di sposare una donna fertile⁴. Relazioni “obbligate” al fine di assicurare al maschio una propria discendenza Al di là delle indubbie differenze (ad esempio nel racconto biblico le madri partorienti erano schiave e dunque il rapporto non nasceva da una libera determinazione della donna), quello che accomuna l'esperienza passata a quella attuale è il desiderio così forte di avere un figlio da arrivare a considerare che sia un'altra donna a partorirlo.

Il fenomeno assume oggi aspetti diversi soprattutto per l'utilizzo delle tecniche procreative che se da un lato ne hanno agevolato il ricorso, eliminando la comprensibile avversione alla surrogazione realizzata attraverso rapporti sessuali, dall'altro ne hanno aumentata la complessità, rompendo quella sfera di riservatezza che l'aveva caratterizzata⁵.

3 Corte di cassazione, sezione V, sentenza del 10 marzo 2016 n.13525 in *Foro Italiano*, 2016, 5, 2, c. 286 e s. con nota di G. Casaburi. Sul punto vedi M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art.8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, n.1/2017, 25.

4 E. Cantarella, *Il paradosso romano: la donna tra diritto e cultura*, in M.T. Guerra Medici (a cura di), *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, Napoli, ESI, 1996, p.14.

5 Il dibattito attorno a quella che è stata definita “l'era moderna” della surrogazione inizia alla fine degli anni settanta con un primo caso giudiziario inglese, *Baby Cotton* (Re C (A Minor) (*Wardship: Surrogacy*)), High Court of Justice, Family Division, 8, 11, 14 January, 1985, in *Family Law Review*, 1985, p. 846), in cui il giudice, trovandosi davanti a questioni relative all'affidamento della bimba nata da accordi surrogatori tra madre gestazionale inglese e coppia committente americana, decise indipendentemente dal contratto e dal pagamento della somma di denaro, posto l'accordo di entrambe le parti, di affidare la piccola ai genitori americani. Ad esso ne sono seguiti altri, tra cui il famoso *Baby M.*, che suscitò molto scalpore avendo il giudice di primo grado riconosciuto la validità del contratto di maternità e anche la sua coercibilità (Corte Superiore del New Jersey, sentenza del 31 marzo 1987, in *Foro italiano*, 1988, IV, 97), decisione poi modificata in appello (Corte Suprema del New Jersey, sentenza del 3 febbraio 1988, in *Foro italiano*, 1989, IV, 293) che ne aveva, invece, decretato la nullità.

La maternità per sostituzione rappresenta indubbiamente una tra le più discusse forme procreative. Fonte di forte tensione sociale, il ricorso ad una donna “portante” appare incrinare quella che è ritenuta una certezza fondamentale per ogni persona, l’identità della madre. La maternità, fondamento di certezze indiscutibili, sembra per tale via vacillare davanti alla suddivisione dei ruoli genetici, gestazionali e sociali cui va incontro. La possibilità di decostruzione della maternità, consentendo la scissione del ruolo materno tra più soggetti femminili, irrompe sul principio tradizionalmente accolto “*mater semper certa est*” svelando una persistente difficoltà ad attribuire la maternità legale ad una donna che non abbia partorito o addirittura a non definirla nel caso in cui a ricorrervi siano coppie omosessuali maschili.

La scelta di ricorrere alla maternità surrogata è riconducibile ad alcune ragioni: l’incapacità gestazionale, lo stato di salute della donna che non le permette di portare avanti una gravidanza, il desiderio genitoriale di coppie omosessuali maschili⁶.

Nel dibattito sarebbe peraltro opportuno non sorvolare sulle ragioni profondamente umane che motivano la scelta: una società così intrisa di valori familiari, come la nostra, dovrebbe comprendere più che condannare quel desiderio che da sempre accomuna uomini e donne.

Un aspetto preliminare da molti sollevato è perché non preferire alle difficoltà della procreazione assistita anche sotto il profilo medico, l’adozione di bambini privi di genitori.

È innegabile che spesso il desiderio di avere figli viene soddisfatto in tal modo. Una possibilità tuttavia attualmente ridotta. In primo luogo è diminuito il numero dei bambini adottabili: l’uso dei metodi contraccettivi, delle interruzioni di gravidanza, del venir meno della penalizzazione sociale delle ragazze madri hanno determinato un minor numero di nascite indesiderate e di abbandoni di neonati. Nello stesso tempo l’evoluzione normativa che ha accolto il principio in base al quale scopo dell’adozione è quello di offrire una famiglia al minore che ne è privo e non quello di soddisfare un desiderio di paternità o maternità ha contribuito (non senza contraddizioni) a determinare una serie di restrizioni rispetto ai limiti di età per i genitori, ai modelli familiari (prevedendo divieti per i *singles* o per le coppie omosessuali). A ciò deve aggiungersi la richiesta di verifiche che unita a lungaggini meramente burocratiche comporta un protrarsi a volte esagerato dei tempi dell’adozione.

Tuttavia se, come risulta da alcuni casi giudiziari, molte persone sono ricorse alla procreazione assistita dopo aver tentato inutilmente la via della adozione⁷ altri hanno preferito, mossi dal desiderio di figli biologicamente “propri”, la via della procreazione assistita. Tale desiderio che afferma il valore della consanguineità non va considerato, secondo alcuni, meramente egoistico. È stato affermato che voler preservare legami genetici rappresenta un’esigenza umana e non un mero capriccio. Peraltro la valutazione di una motivazione egoistica potrebbe porsi anche in relazione ad una nascita “naturale” nonché ad una scelta adottiva. Proprio perché appartengono alla sfera più intima e umana del soggetto questi desideri sfuggono a qualsiasi giudizio. Non bisogna poi dimenticare che l’adozione presenta difficoltà peculiari. Non è detto che chiunque desideri un figlio sia idoneo ad affrontare una realtà così complessa e difficoltosa, tanto che la legge richiede un giudizio di idoneità della coppia.

Per quanto la maternità per sostituzione rappresenti, in alcuni casi, l’unica possibilità per diventare genitore molte sono le obiezioni sollevate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalle commissioni dei singoli Paesi: quelle basate su una visione ancora tradizionale della famiglia, sui diritti dei nati che in primo luogo subirebbero la separazione dalla madre uterina recidendo un legame di fondamentale importanza per la loro vita futura, diventando al contempo merce di scambio, sullo sfruttamento e sulla violazione della dignità delle donne portanti.

Ed è attorno a tali questioni che si determina il ragionamento del collegio milanese teso a risolvere il dramma di una genitorialità desiderata, ostacolata da un divieto che, in alcune ipotesi, appare assai irragionevole oltretutto lesivo dei diritti dei nati, in particolare del diritto a vivere con i genitori che li hanno voluti e con i quali, soprattutto nel caso di surrogazione all’estero, hanno iniziato il loro percorso di vita.

In tale contesto nel valutare l’eventuale illegittimità del divieto assoluto di surrogazione in relazione agli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 della Costituzione ai quali si aggiunge l’art.117,co.1 in relazione all’art.8

6 Ulteriore ragione sarebbe quella, solo astrattamente prefigurata, di mera convenienza riguardante la donna in carriera che non vuole rischiare di sottrarre il proprio tempo al lavoro o la donna che non vuole cambiare il proprio stile di vita o che cura l’estetica del proprio corpo. Si tratta, tuttavia, di ipotesi sconosciute in giurisprudenza, ritenute peraltro poco accettabili anche da coloro che esprimono parere favorevole alla surrogazione. Sul punto vedi, tra gli altri, il *Warnock Report*, par. 8.17, Londra 1984, rapporto governativo elaborato dalla Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, presieduta da Mary Warnock, che rappresenta ancora un fondamentale punto di riferimento per tutte le questioni relative alla maternità surrogata e più in generale alla procreazione assistita.

7 Ciò si evince in *In Re an adoption application (surrogacy)*, Family Division, 11 marzo 1987 in *Family Court Report*, 1987, p.161.

CEDU⁸, la Corte si sofferma su una delle questioni più spinose dell'esperienza surrogatoria, quella che riguarda la lesione della dignità della madre gestazionale, offrendo un significativo contributo ad un dibattito, assai acceso e dai toni, spesso, troppo chiassosi.

3. Dignità della madre sostituta

Il tema della dignità presenta molte sfaccettature, a partire dal suo stesso contenuto, di cui come è stato affermato "è difficile negare la sua polisemicità⁹. Peraltro, si sostiene, non è sufficiente affermare che, un fatto, un'azione siano contrari alla dignità umana ma occorre provarlo con "argomenti e ragioni indipendenti"¹⁰.

Che la surrogazione determini la lesione della dignità della donna che si presta ad aver un figlio per altri è opinione di molti: la circostanza che una donna possa far uso del proprio corpo, come se fosse un'incubatrice è considerata contraria alla dignità umana.

Secondo alcuni tale giudizio riguarderebbe solo la surrogazione di tipo commerciale comportando una vera e propria mercificazione del corpo della donna, a cui si collega l'immoralità del fatto che persone trattino altre come semplici mezzi per i loro fini raggiungendo "the serious risk of commercial exploitation"¹¹.

Tuttavia, se il pericolo di sfruttamento può essere presente nel caso di prestazione patrimoniale, non tutti convengono che esso sia limitato a tale ipotesi. Vi è infatti chi ritiene che anche il rapporto sorto per fini altruistici determini uno sfruttamento di tipo materiale e psicologico particolarmente profondo: la scelta nei confronti di una sorella potrebbe, ad esempio, essere condizionata dal dovere di lealtà familiare, di amore fraterno (ipotesi che tuttavia non mi sembrano costituire "sfruttamento", a meno di voler espandere il significato della nozione oltre misura).

La realtà denunciata, ormai da decenni, è che vi sia un vero e proprio sfruttamento che opera nei confronti di donne appartenenti perlopiù a classi sociali ed economiche più basse, e sovente residenti in paesi poveri. È stato osservato che molte gestanti sono donne meno abbienti e una percentuale elevata è costituita da disoccupate, il cui consenso sarebbe sollecitato più che dal desiderio di collaborare ad un percorso procreativo altrui, da condizioni economiche e sociali disagiate.

Per alcuni lo sfruttamento è tanto profondo da considerare la surrogazione analoga alla schiavitù: una sorta di bioschiavitù cui sono sottoposte le donne¹². Ne sono espressione la condizione di vita e i controlli estenuanti a cui la gestante è sottoposta. I contratti prevedono dosi di farmaci per la fertilità, esami di gravidanza, prove genetiche, test, e impongono stili di vita magari diversi da quelli a cui le gestanti erano abituate.

Alcune esponenti del pensiero femminista arrivano a considerare la surrogazione una nuova forma di prostituzione e le surrogate-prostitute quale prova del più alto livello di dominazione patriarcale¹³.

8 Ciò riguarda l'ulteriore richiesta di incostituzionalità, presentata dalla ricorrente, verso la norma di cui all'art.12, 6° co., nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero in seguito a surrogazione, atti formati in modo legittimo nei paesi che la consentono.

9 D. Neri, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n. 2, 2017, p.87.

10 Per un approfondimento vedi M. Reichlin, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n.2, p.100 e D. Neri, *op.cit.*, p.83 s.

11 *Warnock Report* 8.18, cit., *supra* nota 6.

12 A. Kimbrell, *The Human Body Shop. The engineering and marketing of life*, London, Harper Collins Religious, 1993, p.100.

13 La discussione sulle maternità surrogata trova spazio nel più ampio dibattito sulle tecnologie della riproduzione: tali tecniche possono considerarsi liberatorie per le donne o nuovi strumenti di soggezione e controllo patriarcale? Secondo una corrente di pensiero che considera la maternità elemento basilare della oppressione delle donne dovrebbero accogliersi tutte quelle soluzioni idonee al raggiungimento di uno stato di liberazione e dunque valutarsi positivamente trattandosi di strumenti di offrire alle donne più scelte, allo stesso modo della contraccezione e dell'aborto: con la contraccezione, attività sessuale e riproduzione si separano determinando una totale libertà in merito al se e al come riprodursi; con le tecniche biomediche vengono, invece, offerte ulteriori possibilità di procreazione. Il dubbio da altre sollevato è quello se tali scelte appartengono veramente alle donne o se siano espressione di quella cultura tradizionale che vede nella maternità, al contempo, l'essere e il destino delle donne stesse: "ma davvero sono state le donne, in un'autonoma identificazione di bisogni e di priorità, a decidere le tecnologie della riproduttive?" si chiede A. Ceci, *Troppo in fretta, troppo lontano*, in *Reti*, 1992,1-2, p.109. Una posizione estrema considera le tecnologie riproduttive come un nuovo stadio nella guerra patriarcale contro le donne. Nel passato le

Interessante è l'analisi di Carol Pateman, politologa australiana, che individua nel contratto di maternità un ulteriore elemento del dominio patriarcale sulla donna: esso "indica anche che è in corso un'ulteriore trasformazione del patriarcato moderno. In una forma nuova, contrattuale, sta ricomparendo il diritto del padre"¹⁴. La surrogazione, secondo l'A., costituisce una nuova forma di accesso e di uso del corpo femminile da parte degli uomini: occorre chiedersi se la partecipazione di altra donna al percorso procreativo "è l'esempio di un servizio che una donna dona ad un'altra, o è l'esempio di una donna inseminata con il seme di un uomo e che porta il bambino di lui in cambio di denaro?"¹⁵. Nel contratto di surrogazione, che si presume espressione di autonomia, "la moglie è (invece) superflua": formalmente può essere parte contraente, ma la sostanza della sua posizione è del tutto diversa da quella del marito. La moglie non contribuisce con alcuna proprietà al contratto: lo scambio è tra una parte della proprietà dell'uomo, ossia il suo seme, e una parte della proprietà della surrogata, il suo utero"¹⁶. Il contratto di surrogazione è un nuovo strumento con cui viene assicurata la subordinazione al patriarcato assimilabile peraltro ad un contratto di lavoro: "il datore di lavoro ottiene il diritto sull'uso dei corpi dei lavoratori al fine di avere, in modo unilaterale, un potere sul processo nel quale vengono prodotte le sue merci. Non c'è motivo per cui un contratto di maternità surrogata non dovrebbe permettere ad un uomo di assicurarsi che il servizio per il quale ha stipulato il contratto sia effettuato fedelmente, attraverso le restrizioni dell'uso che la surrogata potrebbe fare del proprio corpo fino a che il servizio non venga adempiuto"¹⁷. Pateman sembra escludere qualsiasi forma di maternità per sostituzione e anche credere poco alla possibilità di realizzarla per spirito di solidarietà: considerare la maternità surrogata, sottolinea l'A., come una relazione basata sul dono significa eludere la domanda su chi sia la persona a cui viene reso il servizio¹⁸.

Secondo altra opinione, il discorso andrebbe approfondito poiché, ad esempio, la percentuale di candidate povere non caratterizzerebbe soltanto tale esperienza ma il complesso della realtà lavorativa femminile e comunque la surrogazione non determinerebbe forme più penetranti di sfruttamento rispetto ad altre attività: "è forse diverso utilizzare il cervello di un maestro o i muscoli di un operaio"¹⁹?

Allo stesso modo "non si riesce a capire per quale ragione chi paga una donna perché funga da madre surrogata, calpesti la sua dignità e la sfrutti più di chi la paga perché si esibisca come ballerina o come cantante d'opera. In entrambi i casi la si assume per usare certe capacità del suo corpo, per il piacere o per la realizzazione di fini terzi"²⁰. Occorre poi domandarsi se "a essere sfruttata è la donna pagata da una donna ricca per fungere da madre surrogata o quella alla quale persone dotate da speciali intuizioni morali, usando la legge, impediscono di offrirsi come madre surrogata a pagamento limitando così la gamma delle sue scelte?" (Medesima domanda è sollevata rispetto al divieto di vendita di organi: siamo sicuri che proibire la vendita di un rene rispetti la dignità umana più che permettere che un genitore così facendo riesca a sfamare il proprio figlio?).

donne sono state sfruttate attraverso la prostituzione e la schiavitù ora lo sarebbero attraverso l'espropriazione del potere riproduttivo con la conseguenza che quel potere di controllo dell'uomo sul potere riproduttivo femminile, che ha caratterizzato i secoli passati, risulta così ampliato. Al contempo vi è chi sottolinea, in un'accusa di eccessiva medicalizzazione e ospedalizzazione della procreazione, come la domanda di fecondazioni artificiali non risponda a esigenze reali ma sia frutto di propaganda della farmocrazia. La bibliografia in merito alle diverse posizioni femministe è immensa. A favore della tesi liberazionista, tra gli altri D. Haraway, *Manifesto cyborg*, Milano, Feltrinelli, 1995; S. Firestone, *The Dialectic of Sex*, New York, William Morrow and Company, 1970. Contrarie alla tecnologia della riproduzione tra le altre G. Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Womb*, New York, Harper & Row, 1985; M. Brazier, *Reproductive Rights: feminism or Patriarchy*, in *Medical law review*, 7, 1999, p.76 s.

14 C. Pateman, *Il contratto sessuale*, trad.it., Roma, Editori Riuniti, 1997, p.272 (titolo originario *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988).

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*, p. 278.

18 Interessanti al proposito le riflessioni di S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, n.2/16. Approfondisce con spirito critico le tematiche D.Danna, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Stuttgart, Ibidem Press, 2015. Lo stesso convincimento di Pateman informa la Carta di Parigi, presentata nel febbraio 2016, per la proibizione su scala globale della surrogazione. Si tratta di un documento politico condiviso da alcune personalità e associazioni femministe.

19 M. Freeman, *Is surrogacy exploitative?*, in S.A.M. McLean, *Legal Issue in Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, 1989, p.169.

20 H.T. Engelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, Milano, Il Saggiatore, 1999, p. 301.

Condivide tali critiche Carmen Shalev, giurista, che ritiene la piena e totale legittimità del contratto di surrogazione quale espressione della volontà delle donne “persone razionali e eticamente responsabili, capaci di governare la loro sensibilità emotiva e di assumersi responsabilità”²¹. Non riconoscere la responsabilità della madre surrogata al mantenimento della parola data, non fa che rafforzare “l’immagine della donna imprigionata nella soggettività del suo utero, inducendo al tempo stesso la convinzione che le questioni inerenti alla procreazione non possano essere oggetto di lecita negoziazione tra parti autonome e responsabili”²². Lo schema, per Shalev, è quello che nasce dal riconoscimento del diritto dell’individuo, uomo o donna, di determinare in modo autonomo le situazioni inerenti la paternità e la maternità prima del concepimento. Responsabilità e autonomia sono i concetti chiave nell’assunzione delle nuove forme di genitorialità, il contratto lo strumento adeguato. Oggetto di tale contratto è la prestazione di servizi riproduttivi che come tali devono essere ricompensati: “l’idea di retribuire l’attività di procreazione sfida quella tradizionale divisione tra pubblico e privato, tra mercato e famiglia che costituisce il fondamento dell’ordine patriarcale anche nella nostra economia post-industriale. Se la donna è un essere consapevole, morale, sociale e politico, essa è anche un essere economico. Noi non possiamo isolare una parte della nostra esistenza né ignorare il valore del nostro potere di procreazione. L’attribuzione di un valore economico non è in sé determinante per guidare la condotta della donna nei rapporti di procreazione, ma ignorarne il riconoscimento è pura miopia per tutti coloro che operano per il riconoscimento della parità di condizioni sociali delle donne”²³. Shalev sostiene dunque la legittimità del pagamento alla surrogata, rivendicando un valore economico dell’attività procreativa della donna, determinante una maggiore libertà: “la massima manifestazione della libertà della surrogata si ha quando essa fissa un valore economico alla sua attività procreativa”²⁴.

Una ulteriore posizione, che personalmente ho condiviso fin dalle prime riflessioni in materia, è quella che traccia una netta distinzione tra le esperienze di tipo commerciale e quelle di tipo solidaristico.

È di questa opinione la Corte di Milano per la quale il divieto normativo troverebbe ragione solo nel caso di surrogazione su base commerciale poiché necessario a garantire i diritti fondamentali della donna “violata nella dignità se vincolata in una ‘gestazione per altri’ attuata nella logica dello sfruttamento e commercializzazione del suo corpo, logica particolarmente evidente nel caso delle donne più vulnerabili nei paesi in via di sviluppo”. Potrebbe, invece, secondo la Corte, 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 riconducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisse 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”.

La valutazione della Corte appare interessante poiché, non ritenendola contraria alla dignità umana, segna un’apertura nei confronti di questa pratica relazionale pure vietata dal legislatore.

Per non cadere nella trappola assiomatica che avvolge il concetto di dignità umana la Corte milanese ne delinea il contenuto e al contempo il valore: dignità come principio, prima ancora che come diritto fondamentale, “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”²⁵. Si tratta di una valutazione alla stregua della normativa sovranazionale, con particolare riferimento alla Carta di Nizza che afferma il principio, giuridicamente vincolante per l’Unione, dell’invulnerabilità della dignità umana.

La stessa Cassazione, sottolinea il collegio, mettendo in relazione la lesione della dignità della donna con la mercificazione della sua persona e della stessa gestazione (trattandosi di una fattispecie di

21 C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1982.

22 *Ibidem*, p.126.

23 *Ibidem*, p.161.

24 *Ibidem*, p.166.

25 Sul tema della dignità S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 2012, Roma-Bari, Laterza, p. 199: “La dignità non è un diritto fondamentale tra gli altri, né una supernorma. Seguendo la storia della sua vicenda, ci avvediamo che essa è venuta ad integrare principi fondamentali già consolidati - libertà, eguaglianza, solidarietà - facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità”.

surrogazione a scopo di lucro), ha indirettamente posto l'interrogativo se, invece, siano configurabili ipotesi di surrogazione per fini di pura solidarietà²⁶.

Ai giudici appare irriducibile il contrasto tra la maternità surrogata e il principio di dignità personale della gestante con riferimento sia alla mercificazione del corpo, se degradato per contratto a solo strumento di procreazione, sia alla vincolatività contrattuale che la obbliga a disporre del proprio corpo e a consegnare il nato alla coppia committente.

Ed è proprio in relazione a tali obblighi, in virtù dello stretto legame tra dignità e autodeterminazione, che la corte milanese ritiene lesiva della dignità umana la condizione della gestante contrattualmente vincolata alla gravidanza e alla consegna del nato, per contrasto con il peculiare diritto di autodeterminazione riconosciuto dall'ordinamento alla donna in merito alle questioni procreative (interruzione di gravidanza, dichiarazione di non voler essere nominata).

Ha ragione la Corte d'appello a distinguere le due ipotesi di maternità sostitutiva. Non solo alla luce dei valori espressi a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina sino alla di Carta di Nizza dalle norme che stabiliscono il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti fonti di reddito ma, soprattutto, rispetto al contenuto stesso della dignità, così come dalla Corte inteso.

Le presenti riflessioni, espresse in modo forse troppo sintetico, conducono a ritenere che la maternità per sostituzione su base solidaristica possa trovare, a differenza di quella di tipo commerciale, un suo spazio di "futura" liceità o per un nuovo intervento del legislatore che desideri non chiudere gli occhi ad una realtà che non è si è fermata nonostante il "ferreo" divieto normativo, o attraverso decisioni giurisprudenziali, che hanno in parte già superato alcune barriere normative.

Resto dell'idea che, pur non volendo penalizzare in alcun modo il desiderio procreativo di coloro che ricorrono alla pratica e soprattutto ritenendo che una volta avviato il percorso i bimbi nati non debbano essere separati dai genitori che li hanno voluti (e a chi darli altrimenti? Alla surrogata che non desidera essere madre? Ad estranei per un'adozione?), si debba rendere giuridicamente possibile la realizzazione di tale desiderio e che la via sia quella della relazione personale tra chi vuole diventare genitore e la donna a ciò disposta in una logica che escluda il mercato. In una dimensione relazionale che lasci tuttavia alla partoriente la decisione finale. Una scelta quest'ultima, difficile e tragica, che alcuni giudici in mancanza di norme hanno dovuto compiere. Una scelta forse a volte ingiusta, certamente più vicina alla nostra tradizione e alle categorie antropologiche che la caratterizzano, soprattutto rispondente a quel rapporto intenso e unico che lega la donna ai figli che cresce dentro di sé. Ancora oggi sono convinta che la legge inglese possa essere un modello a livello europeo.

Se da un lato occorrerebbe dunque un passo indietro del legislatore dall'altro sarebbe utile un dibattito serio e approfondito sull'esperienza procreativa che coinvolge una "madre altra", nonché sul ruolo del diritto nella vicende più intime e personali di ognuno e sul rapporto diritto-procreazione. Anni fa si chiedeva una legge leggera, aperta, tollerante dei valori fondamentali di cui ogni soggetto si fa portatore, rispettosa dei desideri più profondi delle persone. Ci è stata consegnata una legge severa e inefficace che sul fronte della surrogazione ha portato ad alimentare un turismo procreativo (così come è stato per la fecondazione eterologa) che perlopiù calpesta la dignità di molte donne, sfruttando la loro povertà e mercificando i loro corpi oltre ad ostacolare diritti ed interessi dei nati. È dunque di queste tristi conseguenze che oggi ci dovremmo (speriamo non troppo a lungo) preoccupare.

26 Corte di cassazione, sentenza n. 24001/2014. La Corte pur ponendo la dignità umana della gestante, unitamente ad altri profili, a sostegno della affermata contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione ha anche considerato che al di là della fattispecie esaminata (assenza di legame genetico tra il nato e entrambi i committenti che avevano stipulato in Ucraina un contratto di surrogazione nullo secondo la legge del paese che richiede che almeno il 50% del patrimonio genetico appartenga ad uno dei genitori) non rilevava "domandarsi se siano configurabili (e come reagiscono, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame".