

PREMESSA

In un ordinamento nel quale l'accesso alla procreazione assistita è considerato un diritto fondamentale¹, è legittimo chiedersi se le regole del codice civile, che disciplinano la costituzione del rapporto di filiazione e regolamentano le azioni di stato, possano ostacolare la coppia che intenda fare valere tale diritto o se sia consentito all'interprete integrare il sistema, colmandone le lacune assiologiche. Non si intende affrontare un dubbio siffatto in termini soltanto teorici, quanto piuttosto misurarsi con una fattispecie concreta, che non solo si ponga sul crinale

¹Indici in questo senso si rintracciano sia nella giurisprudenza europea: Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238, con nota di B. D'USSEAUX; Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 4 dicembre 2007, n. 44362/04, *Dickson c. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 337; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00, *S.H. e altri C. Austria*, in *Fam. e dir.*, 2010, n. 11, 977, con nota di U. SALANITRO; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e altri C. Austria*, in *Foro it.*, 2012, IV, 209, con nota di E. NICOSIA; Corte eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 66, con nota di C. PARDINI; sia nella giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337, con nota di G. MONACO; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 1062, con nota di G. FERRANDO; anche in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105, con nota di C. CASTRONOVO; *Dir. fam. pers.*, 2014, I, 1289, con nota di C. CICEIRO-E. PELUFFO; *Foro it.*, I, 2014, 2325, con nota di G. CASABURI; *Fam. e dir.*, 2014, 753, con nota di V. CARBONE; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, 3782, con nota di C. CASABURI; anche in *Corr. giur.*, 2019, 1460, con nota di G. RECINTO; *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 548 ss., con nota di I. BARONE; *Resp. civ. prev.*, 2020, 430, con nota di R. FADDA, ove pure è stata ritenuta prevalente, sull'interesse della coppia omosessuale di accedere alle tecniche, l'esigenza di non sconfessare, sul piano della tenuta costituzionale, le linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore con la legge n. 40/2004; da ultimo, Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Fam. e dir.*, 2021, 677, con note di M. DOGLIOTTI e G. FERRANDO; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 609, con nota di B. CHECCHINI.

della riflessione bioetica, ma presenti anche caratteristiche diverse da quelle che sono state sinora oggetto di regolamentazione. L'ipotesi che si intende avanzare, e che sarà oggetto di verifica in questo scritto, è che nel nostro ordinamento emergano fondate ragioni per ritenere che la coppia che si propone di accedere alla maternità surrogata solidale sia portatrice di interessi che hanno valore costituzionale: ove fosse considerata sostenibile, sussisterebbero i presupposti per una specifica analisi volta poi a verificare quali siano, *de iure condito*, gli spazi che la disciplina ordinaria concede all'attuazione di codesto interesse che si pretenda sovraordinato.

L'ipotesi va valutata in particolare alla luce dei principi emergenti dall'apparato argomentativo della sentenza che ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa². Nella specie, la Corte costituzionale ha ritenuto che i limiti posti a fondamento del divieto non giustificassero una proibizione assoluta, in quanto basati su interessi tutelabili anche senza sacrificare del tutto i diritti di quelle coppie affette da problemi di infertilità tali da poter fare ricorso soltanto a tecniche di fecondazione eterologa. L'ampia portata degli argomenti utilizzati porta a chiedersi se il divieto di maternità surrogata – là dove non permette la realizzazione del diritto alla genitorialità proprio a quelle coppie che, pregiudicate da patologie più gravi, non potrebbero in altro modo superare la loro disabilità – rappresenti il frutto di un bilanciamento necessario degli interessi in gioco ovvero se, in assenza di un fine di lucro, le esigenze di tutela che fondano il divieto possano essere garantite anche attraverso un'interpretazione della previsione meno restrittiva dei diritti.

Nonostante la formulazione del divieto si presti ad opposte interpretazioni e la normativa sovranazionale non ponga vincoli in tal senso³, la proibizione di cui all'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, viene generalmente interpretata come comprensiva anche della versione altruistica della surrogazione, realizzata cioè in assenza di una finalità di profitto, perché ritenuta ugualmente contraria alla dignità della persona. Posso-

²Corte cost. n. 162/2014, cit., 1062.

³Solo da ultimo M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, *Camera dei deputati*, in *Sistema penale*, 2021, 2.

no tuttavia nutrirsi dubbi sul fatto che la pratica risulti incompatibile con il valore della dignità umana anche qualora il comportamento della gestante sia improntato allo spirito solidaristico e sia possibile accertarne la gratuità e l'assenza di coercizione, anche alla luce del rilievo costituzionale e sovranazionale che riveste il diritto all'autodeterminazione. Né risultano (più) sufficienti a giustificare la proibizione argomenti basati su generiche considerazioni morali o sociali, almeno da quando è venuto meno il divieto della fecondazione eterologa, salvo a negare rilevanza alle pronunce con cui la Corte EDU ha ritenuto illegittimo il divieto di accesso ad una specifica tecnica perché non adeguatamente fondato⁴.

In ogni caso, l'interpretazione estensiva del divieto poggia sulla tutela anche di altri interessi, ritenuti parimenti incompatibili con l'idea che si possa pervenire alla parziale liceità della pratica. La conclusione potrebbe però cambiare se si riuscisse a dimostrare che un trattamento diverso non comporti per gli stessi interessi rischi ai quali non si possa (già) porre rimedio mediante misure meno restrittive.

In una ricerca volta a verificare se e in che misura assuma rilievo la natura solidale del comportamento ai fini della costituzione dello *status*, occorre interrogarsi anche sulla legittimità dell'indirizzo espresso dalle Sezioni unite che, in sede di applicazione delle regole di ordine pubblico internazionale, non distingue tra surrogazione altruistica e commerciale⁵. Argomenti a sostegno di un bilanciamento diverso di interessi sono stati avanzati dalla prima sezione civile della Cassazione, nell'ordinanza con la quale, a distanza di nemmeno un anno dall'arresto, e in relazione ad un caso molto simile, ha sollevato di fronte alla Corte costituzionale la que-

⁴ Corte eur. dir. uomo, S.H. e altri c. Austria, cit., § 74, 979; Grand Chamber, S.H. and Others c. Austria, cit., § 100, 229.

⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 737, con nota di U. SALANITRO; anche in *Foro it.*, 2019, I, 1951, con nota di G. CASABURI; *Família*, 2019, 345, con nota di M. BIANCA; *Fam. e dir.*, 2019, 653, con nota di M. DOGLIOTTI-G. FERRANDO; *Dir. fam. e pers.*, 2019, I, 1062, con nota di A. SPADAFORA; *Corr. giur.*, 2019, 1198, con nota di D. GIUNCHEDI-M. WINKLER, concernente un caso di surrogazione altruistica realizzata in Canada. Già Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 235, con nota di C. BENANTI; anche in *Foro it.*, 2014, I, 3414, con nota di G. CASABURI; *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. RENDA, espressasi però in relazione ad un caso di maternità surrogata commerciale realizzata in India.

stione se, alla luce del sopravvenuto parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶, la decisione adottata dalla più alta autorità giurisdizionale risultasse costituzionalmente legittima⁷. Pur non mettendo in discussione l'interpretazione prevalente del divieto, la Prima sezione ha osservato che, in sede di riconoscimento di un atto o di un provvedimento straniero, non possa risultare indifferente la circostanza che la legislazione del Paese in cui è avvenuta la nascita e in cui è stato costituito il rapporto consenta solo la surrogazione solidale.

Natura altruistica della pratica che sembrerebbe avere influito anche sulla conseguente decisione della Corte costituzionale⁸ che, pur non adottando direttamente la soluzione fondata sulla trascrivibilità del provvedimento o dell'atto straniero, con le pronunce nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021 ha affermato la necessità di un intervento del legislatore che tuteli l'interesse del minore al riconoscimento giuridico da parte di entrambi i componenti della coppia. I giudici costituzionali si sono profondamente distanziati dal proprio precedente del 2017, riguardante un caso di surrogazione commerciale, ove avevano considerato l'adozione in casi particolari uno strumento idoneo a salvaguardare l'interesse del minore a mantenere il rapporto con il genitore intenzionale⁹: legittimando il dubbio che il carattere altruistico del caso abbia condizionato la decisione più recente¹⁰.

⁶Corte eur. dir. uomo, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757, con commento di A.G. GRASSO; anche in *Foro it.*, 2019, IV, 277, con nota di G. CASABURI. Il parere è stato reso pressoché contestualmente alla pronuncia delle Sezioni unite, che per questo non avevano potuto tenerne conto.

⁷Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 902, con nota di U. SALANITRO; anche in *Fam. dir.*, 2020, 675, con note di G. FERRANDO e G. RECINTO; *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 1109, con nota di V. CALDERAI; *Familia*, 2020, 727, con nota di F. AZZARRI.

⁸Corte cost., nn. 32 e 33/2021, cit., 677.

⁹Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 6, con nota di G. CASABURI; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540, con nota di A. GORGONI. Pur affermando che il bilanciamento tra ordine pubblico e interesse del minore dovesse essere risolto tenendo sempre in considerazione le peculiarità del caso, l'indicazione dell'adozione in casi particolari sembra avesse carattere tendenzialmente generale, valevole per tutti i casi di riconoscimento del rapporto tra genitore intenzionale e nato da maternità surrogata.

¹⁰Dubbio avanzato in sede di commento: v. A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi*

Dubbio che ha trovato da ultimo largo seguito nelle motivazioni con cui la prima sezione civile della Cassazione, nel riprendere in esame il caso dopo il giudizio della Corte costituzionale, ha deciso di investire della questione nuovamente le Sezioni unite: rendendo così evidente, da un canto, la scarsa efficacia di una soluzione che – al di là di quello che sarà il giudizio delle Sezioni unite (che certo non potrà essere di mera riproposizione della tesi affermata, data la netta presa di posizione della Consulta) – già nel breve periodo non ha retto il confronto con un quadro di valori complesso e multidimensionale¹¹ e, dall'altro lato, corroborando – ove ce ne fosse bisogno – le ragioni che inducono a ricercare una prospettiva di più ampio respiro. In particolare, la Prima sezione, richiamando in qualche modo la tesi già anticipata in diversi contributi¹², ha ritenuto che nella valutazione di ordine pubblico l'interesse del minore al riconoscimento dello *status* non possa trovare ostacolo nell'esigenza di preservare la dignità della donna se risulta che la partoriente abbia effettuato “*una scelta libera e consapevole, indipendentemente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino*”¹³.

Il nucleo centrale del contributo, tuttavia, ha quale oggetto la rilettura dell'ordinamento di diritto interno: in particolare, ove si ammettesse l'interpretazione più restrittiva del divieto, l'individuazione delle tecniche derivanti dal sistema del diritto di famiglia per costituire, *de iure condito*, il rapporto di filiazione tra il nato e la coppia di genitori intenzionali.

particolari, dopo il monito al legislatore. quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 466, spec. 495.

¹¹ Cfr. U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 916, ove l'invito a trovare proposte interpretative di più ampio respiro, che si rivelino convincenti anche in un quadro di valori così complesso e incerto come l'attuale.

¹² Si consenta il rinvio almeno a A.G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e crit. reg. soc.*, 2018, n. 2, 151; ID., *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, p. 757 ss.; ID., *A critical view on the Italian ban of surrogacy: Constitutional limits and altruistic values*, in *Italian Law Journal*, vol. 6, n. 2, 2020, 401, spec. 426.

¹³ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *www.italggiureweb.it*. (spec. p. 20 del provvedimento, sul quale *amplius* ¶ IV).

In questa prospettiva, piuttosto che indugiare sulla portata dell'accordo di surrogazione, il contributo intende verificare se la costituzione del rapporto possa essere effetto tipicamente riconducibile agli atti giuridici riferibili alla coppia, che ha espresso il consenso all'accesso alla pratica, e alla donna portante, che ha rinunciato a dichiarare la propria maternità. Impostazione che consente di articolare un complesso di regole anche in assenza di una specifica normativa espressa e di porre limiti che si rivelino compatibili con i modelli generalmente accolti nell'esperienza di altri ordinamenti.

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLA SURROGAZIONE
ALTRUISTICA DI MATERNITÀ
NELLA STORIA E NELLA COMPARAZIONE

SOMMARIO: 1. L'interpretazione del divieto nel quadro normativo della legge 19 febbraio 2004, n. 40. – 2. L'approccio della giurisprudenza e gli orientamenti della dottrina *ante legem* n. 40/2004. – 3. La gestazione per altri nella comparazione tra ordinamenti giuridici. – 3.1. L'alternativa della surrogazione altruistica.

1. *L'interpretazione del divieto nel quadro normativo della legge 19 febbraio 2004, n. 40*

Per maternità surrogata si intende quella pratica in base alla quale una donna, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, porta avanti una gravidanza, non per sé, ma per conto di altri, i quali si propongono come i genitori o il genitore del nascituro non potendo o non volendo avere figli autonomamente¹.

Tradizionalmente il fenomeno viene ricondotto ad epoche remote. Secondo molti se ne rinverrebbero i primordi nella prassi delle spose dei Patriarchi biblici di offrire al marito una propria schiava allo scopo di assicurargli una discendenza (v. *Gen.*, 16, 1-6; *Gen.*, 30, 1-8; *Gen.*,

¹Definizioni simili si rinvengono, tra l'altro, in A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 501; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097. Nella letteratura internazionale cfr. K. TRIMMINGS-P. BEAUMONT, *Introduction*, in *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, a cura di K. Trimmings-P. Beaumont, Oxford, 2013, 440; Y. MARGALIT, *Determining Legal Parentage Between Family Law and Contract Law*, Cambridge, 2019, 44.

30, 9-13)², ovvero nell'usanza degli antichi romani di cedere la moglie incinta a scopi procreativi³. Nonostante da essi sia stato tratto spunto,

² Il riferimento va alle Sacre Scritture, a Rachele che, impossibilitata a procreare, disse a Giacobbe “*ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei*” (Genesi, 30, 3); a Sarah, che offrì la propria serva, Agar, al marito Abramo, affinché gli assicurasse una discendenza (Genesi, 16, 2); e a Lia, che non potendo più avere figli, diede in moglie la propria schiava Zilpa a Giacobbe, la quale partorì due figli, Gad e poi Aser. Da questi passi della Bibbia (soprattutto dai primi due) parte della dottrina ha tratto argomento per sostenere che il fenomeno della surrogazione di maternità *ante litteram* rimonti ad epoche ben più remote dell'avvento delle tecnologie biomediche: v. V. SCALISI, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, cit., 1098; anche M.C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. “parental order” relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2010, 258; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, I, Torino, 2011, 30; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw journal*, 2015, 2, 91; I. FERLITO, «*Miglior interesse del bambino*» e «*maternità surrogata*»: *il rischio di un valore-tiranno*, in *Comp. e dir. civ.*, 2016, 44. Cfr. però la critica di E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, 234, la quale ritiene inappropriato il confronto, sul presupposto che i figli rispettivamente nati da Bila e da Agar fossero considerati figli di Giacobbe e Abramo, ma non delle loro consorti Rachele e Sarah. Verosimilmente lo stesso gesto di deporre il figlio sulle ginocchia della matriarca non avrebbe avuto l'effetto di “annullare” il vincolo di filiazione con la schiava ma di costituire un legame di adozione con la sposa del patriarca: v. E. SPITZ, *Through her I too shall bear a child. Birth surrogates in Jewish Law*, in *Journal of religious ethics*, 1996, 24 (1), 74, il quale giunge a questa conclusione sul presupposto che formule analoghe a quella usata da Rachele si ritrovano in alcuni documenti Ittiti del tempo che descrivono l'atto formale dell'adozione. Dietro la pratica di mettere un bambino in ginocchio, come atto di adozione, vi sarebbe stata la credenza che lì, in quella parte del corpo, si trovasse la sede del potere generativo.

³ Al riguardo è nota la storia di Catone l'Uticense o il Giovane che, dopo essersi consultato con Filippo, suo suocero, accolse la richiesta dell'amico Ortensio di cedergli la moglie Marzia affinché gli procurasse una discendenza: Plutarco (*Cato minor*, 25, 4-9); Appiano (*De bellis civilibus Romanorum*, 2, 14, 99). Simile anche la vicenda di Emilia, che nell'81 a.C., mentre era incinta, fu costretta da Silla, suo patrigno, a divorziare da suo marito e a sposare Gneo Pompeo e il ben più famoso episodio che vide protagonista finanche Ottaviano, che non aveva ancora preso il nome di Augusto quando prese in moglie Livia, nel 38 a.C., la quale era sposata con Tiberio Claudio Nerone e incinta di Druso: Svetonio, *Tiberius*, 4; Tacito, *Annales*, 1,10 e 1,12; Svetonio, *Augustus*, 62,2; Svetonio, *Tiberius*, 4,2; Cassius Dio, *Historiae Romanae*, 48.44. In questa pratica dei romani di cedere la moglie a un amico a fini procreativi sono stati individuati più i primordi della surrogazione di maternità: E. CANTARELLA, *Matrimonio e*

anche in epoca recente, per legittimare il riconoscimento legislativo della pratica⁴, – tali episodi non rappresentano altro che “specchi lontani” del fenomeno che noi oggi identifichiamo con il termine maternità surrogata⁵, in cui il concepimento avviene artificialmente⁶.

Se alla creazione dell’embrione ha contribuito la stessa surrogata con il proprio materiale genetico la pratica assume il nome di maternità surrogata tradizionale o surrogazione per concepimento e gestazione. Mentre, se la fecondazione avviene tramite i gameti della madre intenzionale ovvero di una donatrice anonima si parla di maternità surrogata per sola gestazione (o maternità surrogata gestazionale o surrogazione in senso

sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale, in *Storia delle Donne*, 2005, n. 1, 116; per quanto sembri preferibile la tesi che ha identificato nella pratica di cedere donne fertili piuttosto una forma di adozione prenatale: Y. THOMAS, *Le ventre. Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain*, 1986, n. 14, 226.

⁴Mi riferisco proprio al contesto israeliano, in cui dai riferimenti biblici si è tratto argomento per sostenere la proposta legislativa che ammetteva la surrogazione (poi tramutata nella legge n. 5756/1996 che, tuttora, regola la pratica): v. E. SPITZ, *op. cit.*, 65, spec. 75. Per un più diffuso esame v. L. BEN-NUN, *Surrogate Motherhood Hagar and Sarah*, 2014, B.N. Publication House, Israel, 11. Per un confronto del diritto israeliano con il diritto italiano v. E. MARTINELLI, *Alcuni spunti di comparazione tra diritto italiano e diritto ebraico in tema di maternità surrogata*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, n. 11, 1.

⁵Così P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 194, il quale sottolinea come la Bibbia, sebbene ricca di episodi analoghi, sia solo uno “specchio lontano” del fenomeno attuale. La surrogazione si fondava sugli *status* del patriarca, della matriarca, e dell’ancella, la quale era parte della famiglia su cui si esercitava il potere patriarcale, in un contesto sostanzialmente poligamico che prevedeva un privilegio materno della prima sposa, sulle cui ginocchia veniva deposto il figlio; più di recente, cfr. V. CALDERAI, *Scritto sul corpo. Genealogia della surrogazione di maternità*, in *Giur. it.*, 2021, 1525.

⁶Tecnicamente, l’embrione affidato alla surrogata può essere stato generato *in vivo*, quando la fecondazione avviene direttamente all’interno del corpo della donna, ovvero mediante una tecnica denominata FIVET, che si compone di due fasi: alla fecondazione *in vitro*, che avviene invece all’esterno del corpo della donna e, precisamente, in provetta, segue l’impianto dell’embrione nell’utero della surrogata (*embryo-transfert*). Si fa solitamente ricorso alla fecondazione *in vitro* anche in caso di surrogazione tradizionale (realizzata cioè con i gameti della stessa surrogata), nonostante in questa fattispecie sia possibile ricorrere anche alla diversa tecnica della fecondazione *in vivo* o intra-corporea, in quanto, pur trattandosi di una tecnica più complessa dal punto di vista medico e, quindi, anche più costosa, è al tempo stesso tendenzialmente più efficace.

stretto o, con un termine improprio, locazione d'utero). L'elemento che differenzia i due tipi di pratica è costituito dalla differente estensione della partecipazione della surrogata alla formazione biologica del nato la quale, nel caso della surrogazione in senso tradizionale, non si limita alla sfera biologica-gestazionale, ma si estende anche alla sfera genetica. Di conseguenza, nel caso di maternità surrogata tradizionale, non si produce ancora la disarticolazione che la tecnologia consente della figura materna. La rottura dell'unitarietà funzionale del contributo femminile al processo di concepimento e gestazione si determina solo nella surrogazione in senso stretto, ove si possono avere fino a tre soggetti femminili in vario modo coinvolti dalla nascita: la madre sociale o, per meglio dire, intenzionale, cioè colei che nutre l'intenzione di assumere legalmente il ruolo di madre, la madre uterina, cioè colei che ha partorito, e la madre genetica, cioè colei che ha donato i gameti.

In Italia la gestazione per altri è vietata dall'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, “*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*”. Nella sua sinteticità la norma sembrerebbe vietare *ictu oculi* ogni ipotesi di gestazione per altri, come suggerito anche dall'espressione vaga e indeterminata “in qualsiasi forma”⁷.

Tuttavia va subito segnalato che, sul piano della lettera, tale locuzione potrebbe essere riferita non tanto al problema dell'onerosità o meno della pratica quanto alla diversa questione delle modalità di formazione dell'embrione.

⁷Hanno sottolineato l'estrema vaghezza della fattispecie: F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, a cura di A. CADOPPI-S. CANESTRARI-M. PAPA, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 239; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà-Zatti*, II, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 1551; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, 143; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, nell'*Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2019, 233; Emanuele LA ROSA, *Maternità surrogata*, in *Treccani Diritto Online*, 2017; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, 350.

Le incertezze letterali non si limitano al profilo di nostro interesse; la disposizione, nonostante l'apparente chiarezza, non risulta di semplice interpretazione, sollevando una serie di interrogativi che ne tradiscono la natura poco meditata.

Risulta innanzitutto incerto, già fra gli interpreti del diritto penale, quali casi di gestazione per altri risultino vietati, data la numerosità e la varietà delle fattispecie riconducibili all'espressione "surrogazione di maternità". Prevale l'opinione, che mi pare da condividere, secondo la quale la disposizione si applichi a tutte le fattispecie, sia alla surrogazione per sola gestazione, sia alla surrogazione tradizionale, in cui l'aspirante madre demanda ad un'altra donna sia la produzione di ovociti sia la gestazione⁸; ma è stato anche sostenuto, con dovizia di argomenti, che il divieto sarebbe conforme alla tutela del bene giuridico solo nei casi di surrogazione in senso stretto, cioè quando la committente mantenga un rapporto almeno genetico con il nascituro⁹.

Risulta piuttosto difficile, in assenza di una chiara definizione dei contorni della fattispecie, "*l'individuazione del segmento della maternità surrogata che il legislatore ha inteso incriminare*"¹⁰. Se per alcuni sareb-

⁸G. LOSAPPIO, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 – Norme in materia di procreazione assistita*, in *Comm. breve l. pen. compl. Palazzo-Paliero*, Padova, 2007, II, 2062; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1551.

⁹A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 154, per il quale la norma proteggerebbe l'unitarietà della figura materna, e in particolare "*l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile e per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riducibili in termini costituzionalmente compatibili*"; anche V. TIGANO, *op. cit.*, 372, ritiene che sia lo *status filiationis* il bene giuridico tutelato dalla disposizione, ma non per scongiurare il rischio di instaurare un rapporto con la madre intenzionale non definibile poi in termini legali, bensì per escludere possibili alterazioni della discendenza materna per come stabilita dall'art. 269, comma 3, c.c.

¹⁰M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. med. leg.*, 2015, 925, per il quale, "*se si analizzano le condotte, tutt'altro che omogenee, incriminate dal legislatore, un dato appare certo: il reato è caratterizzato da una decisa anticipazione della tutela, poiché la semplice organizzazione della maternità surrogata è sufficiente a far assumere rilevanza penale al fatto. Lasciato alla volontà dell'interprete il compito inattuabile, se non attraverso uno sforzo creativo, di riscrivere il divieto, l'ambito di applicazione della fattispecie rischia di comprendere condotte ancora troppo distanti anche dalla lesione degli interessi coinvolti. Tale insanabile difetto di precisione nella formulazione del precetto e la mancanza di elementi in grado di delimitare la fattispecie sollevano più di un dubbio di compatibilità con l'art. 25, c. 2 Cost.*". Dubbi che la Corte

be penalmente rilevante la stessa stipula del contratto con la clinica¹¹ ovvero l'accordo con la donna surrogata¹², i più ritengono che l'intervento penale non possa precedere la concreta esecuzione della pratica¹³, salvo poi non concordare sul momento in cui si perfeziona il reato, se già con il trasferimento in utero dell'embrione¹⁴ ovvero con la successiva condotta di affidamento del minore ai genitori intenzionali¹⁵.

di cassazione ha tentato di arginare avallando l'interpretazione di merito per la quale sarebbero penalmente rilevanti solo quelle condotte “*funzionalmente e inequivocabilmente dirette alla gestazione per conto d'altri*” (interpretazione in foza della quale ha ritenuto non punibili, ancorché commesse in Italia ai sensi dell'art. 6 c.p., attività preparatorie quali lo scambio di e-mail con la clinica estera dove poi l'intervento surrogatorio sarebbe stato realizzato, ovvero successive, quali il pagamento rateale dell'intervento o la stessa trascrizione della nascita nel registro dello stato civile). Nel tracciare il perimetro della condotta incriminata la Cassazione ha considerato irrilevanti tali condotte in relazione alla procedibilità del reato, “*nel senso che è necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero, ma tale connotazione non può essere riconosciuta ad un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati*”: Cass. pen., 10 febbraio 2021, n. 5198, in *www.itagiureweb.it*.

¹¹ G. LOSAPPIO, *op. cit.*, 2063.

¹² F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, cit., 235, la quale argomenta dal significato della condotta di “organizzazione”, che potrebbe dirsi perfezionata dalla conclusione dell'accordo.

¹³ Per A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1549, “raggiunto l'accordo, la surrogazione di gravidanza non può ancora dirsi realizzata, ma tutt'al più progettata e fatta oggetto di impegno”; per A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., “posto, poi, che la norma allude in primis ad una condotta di una realizzazione di surrogazione di maternità, se ne può dedurre che quel complemento oggetto non sia riferito all'accordo, bensì, appunto, alla concreta esecuzione dell'accordo medesimo e delle prestazioni che esso prevede. Se il legislatore avesse inteso diversamente, avrebbe dovuto utilizzare verbi quali ‘stipulare’ o ‘concludere’ un contratto (illecito) volto ad attribuire l'incarico alla madre sostitutiva”.

¹⁴ A. VALLINI, *op. loc. cit.*, 145, per il quale, “siccome si richiede una **esecuzione** meglio qualificata come vera e propria **realizzazione** della pratica, non già, come in rapporto ad altri illeciti, quale semplice ‘applicazione’, si può ragionevolmente ritenere che il legislatore voglia far riferimento al **compimento** del protocollo, sicché il reato si perfeziona con il trasferimento in utero dell'embrione, in caso di tecnica extracorporea, o con l'inseminazione, a seconda che si sia fatto ricorso ad una tecnica extracorporea o intracorporea” (neretto dell'autore).

¹⁵ In questo senso G. ROCCHI, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, a cura di A. Buccelli, Fi-

La disposizione si rivela controversa laddove tra i soggetti passibili di sanzione sembra contemplare, oltre al personale medico e ai genitori intenzionali¹⁶, anche la stessa madre surrogata (arg. *ex art.* 12, comma 8) la quale da vittima del reato ne diventerebbe autrice¹⁷. Previsione aspramente criticata dalla dottrina, perché il suo “*inserimento tra i possibili soggetti attivi determina una palese contraddizione con la pretesa oggettività giuridica del reato*”¹⁸, stando almeno all’opinione prevalente che individua il bene giuridico tutelato nella dignità della donna¹⁹.

All’interno di questo quadro incerto, non deve stupire che sia dubbio se la fattispecie della surrogazione altruistica ricada o meno all’interno della *ratio* della norma, dal momento che la formulazione del di-

renze, 2006, 280; A. SPENA, *op. cit.*, 1550, per il quale, “*fino a quel momento, agli occhi del diritto penale non può essersi ancora prodotto alcun fatto di surrogazione; ci sarà bensì un reciproco impegno rispetto al suo futuro accadere, ma questo, come del resto la susseguente gravidanza, dal punto di vista penale, può solo avere il valore di un inizio di esecuzione del fatto, che però potrebbe ancora concludersi con un recesso, ad es., per aborto volontario, o perché la gestante al momento del parto cambia idea e decide di tenersi il bambino. È dunque solo nella consegna – e non ancora nell’effettuazione dell’intervento medico – che l’accordo può trovare compiuta esecuzione: prima di tale momento, il fatto può ancora in pari modo risolversi in una ‘semplice’ fecondazione artificiale o in una vera e propria surrogazione*”; V. TIGANO, *op. cit.*, 380, per il quale è solo con “l’affidamento definitivo del bambino” che si ha la “completa ‘realizzazione’ dell’accordo”.

¹⁶La punibilità dei genitori intenzionali è stata tuttavia esclusa sul presupposto che il termine “realizza” farebbe riferimento unicamente “*alla struttura sanitaria (e/o commerciale) che mette in atto la pratica*” e non a coloro che si sottopongono alle tecniche: App. Messina, 18 luglio 2016, in *www.articolo29.it*. Anche il Tribunale di Bologna ha escluso la responsabilità penale dei genitori intenzionali, sul diverso ragionamento che la struttura del delitto sarebbe costruita sul modello delle disposizioni penali in materia di prostituzione, dove non è incriminato l’atto di prostituirsi, ma solo le condotte collaterali di sfruttamento e organizzazione: Trib. Bologna, 28 marzo 2017, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1207, con nota di M. MIGLIO.

¹⁷L’inserimento tra i soggetti attivi della madre gestazionale – così come dei genitori intenzionali – si ricava dalla lettera dell’art. 12, comma 8, che non include la “surrogazione di maternità” tra le tecniche per le quali stabilisce la non punibilità dell’uomo o della donna cui siano state applicate: G. LOSAPPIO, *op. cit.*, 2063; E. DOLCINI, *op. cit.*, 1553; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2014, 37; A. SPENA, *op. cit.*, 1553.

¹⁸Emanuele LA ROSA, *Maternità surrogata*, cit., 8.

¹⁹F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, 337; S. PECORA-F. VETTORI-M. CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 1084; M. DOVA, *op. cit.*, 928.

vieta si presta ad opposte interpretazioni e l'estremo rigore della disciplina rimediate indurrebbe a interpretare la previsione come riferita solo alla versione onerosa²⁰. Se l'opinione prevalente ritiene che la "sintassi" non avalli l'ipotesi che la norma si riferisca solo alla surrogazione lucrativa²¹, in dottrina è stato sostenuto che per l'integrazione della fattispecie penale occorra una finalità economica, dal momento che il divieto, proprio per l'accostamento con altre pratiche di commercializzazione, colpirebbe soltanto "l'intermediazione commerciale nella surrogazione di maternità"²². A chi ravvisa che il fenomeno assuma rilevanza anche nel caso in cui la donna si sottoponga alle tecniche per ragioni puramente solidaristiche²³, è stato replicato, nell'ottica di escludere invece la sanzionabilità del comportamento, che "i divieti di commercializzazione di gameti ed embrioni e di surrogazione di maternità tutelano il dato oggettivamente essenziale della **necessaria gratuità** dei processi di fecondazione assistita"²⁴ e che pertanto "intraprendere una gravidanza per scopi solidaristici, a vantaggio di soggetti cui è preclusa la capacità di procreare naturalmente (...) non sembra contrario ai principi di legge, qualora non comporti diminuzioni permanenti dell'integrità fisica e si svolga nel rispetto della dignità umana"²⁵.

Appare allora evidente che non è possibile affidarsi al solo dato spe-

²⁰ M. PELISSERO, *op. cit.*, 3, per il quale il trattamento sanzionatorio, "in ragione della elevata pena pecuniaria e della pena accessoria, sembra essere stato pensato come strumento repressivo nei confronti dell'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità più che come strumento di dissuasione della soddisfazione del desiderio di genitorialità dei committenti".

²¹ F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 337; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 147; Emanuele LA ROSA, *Maternità surrogata*, cit.; D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 1372; V. TIGANO, *op. cit.*, 369; anche A. ALBERTI, *La surrogazione di maternità tra divieti legislativi, orientamenti giurisprudenziali e interpretazioni costituzionali*, in *Famiglia*, 2020, 702.

²² S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 51.

²³ F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 337.

²⁴ L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire: riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 52.

²⁵ F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, cit., 235 (neretto aggiunto).

cifico per risolvere i dubbi suscitati dalle ambiguità del testo. Indicazioni utili in merito all'interpretazione del divieto possono rinvenirsi dal sistema, alla cui comprensione è riservato il secondo capitolo. In questo primo capitolo, si intende avviare la riflessione, confrontando la regola vigente con i dati normativi di altri ordinamenti a noi vicini; ma prima ancora risalendo alle origini, per trarre argomenti dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale intervenuto prima dell'approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in un contesto in cui l'accesso alle tecniche era disciplinato da circolari ministeriali e sottoposto al codice deontologico medico.

2. L'approccio della giurisprudenza e gli orientamenti della dottrina ante legem n. 40/2004

Va ricordato infatti che, nonostante l'assenza di un *corpus* legislativo *ad hoc*, anche prima dell'entrata in vigore della legge esisteva in Italia una disciplina della procreazione medicalmente assistita, seppure di livello esclusivamente secondario²⁶.

²⁶ Può essere innanzitutto menzionata la circolare del ministro della salute Degan del 1 marzo 1985 relativa ai limiti di legittimità delle operazioni di inseminazione artificiale, che vietava l'applicazione della fecondazione eterologa nei centri pubblici, dove quindi era autorizzata solo la fecondazione omologa, che poteva essere richiesta esclusivamente da coppie sposate. Si possono ricordare, inoltre, le circolari ministeriali del 1987 inerenti alla determinazione degli *standard* di sicurezza richiesti per l'applicazione delle tecniche di inseminazione artificiale: circolare ministeriale del 24 luglio 1987, n. 19, adottata dal ministro Donat Cattin, sulle "*misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la fecondazione artificiale*"; circolare sostituita dalla successiva circolare n. 17 del 10 aprile 1992 del Ministro De Lorenzo sulle "*misure di prevenzione della trasmissione di HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo*". Ancora, le ordinanze del 1997 con cui si vietava, da un canto, ogni forma di remunerazione e di pubblicizzazione nella cessione di gameti ed embrioni e, dall'altro canto, si vietavano tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale: ordinanze del 5 marzo 1997 adottate dal ministro della salute Bindi in cui si faceva anche obbligo ai centri pubblici e privati, che praticavano la procreazione assistita, di comunicare al Ministero una serie di notizie (responsabile del centro, tipi di attività espletate ecc.), pena il divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita. Nonché le ordinanze del 2002 che vietavano l'e-

Si colloca in questo quadro il Codice deontologico medico del 1995 che, all'art. 42 (il cui contenuto è stato poi riprodotto inalterato nel codice successivo del 1998 in vigore fino al 2006), faceva divieto al medico, “*anche nell'interesse del bene del nascituro, di attuare forme di maternità surrogata*”.

Di questa norma, almeno nella prassi, era stata data un'interpretazione estensiva, come testimoniano i fatti all'origine del caso giudiziario deciso nel 2000 dal Tribunale di Roma²⁷.

Agli inizi del 1995, poco prima dell'entrata in vigore del codice deontologico, una coppia di sposi, in cui la moglie era affetta da una rara patologia che determinava l'impossibilità di portare avanti la gravidanza senza però precludere la produzione di ovociti, si rivolgeva a una clinica specializzata in terapie di fecondazione assistita, dalla quale si vedeva prospettare la collaborazione con una madre portante quale unica possibilità per avere un figlio con un legame genetico. In attesa di individuare la madre portante, la donna si era sottoposta alle cure necessarie, cui aveva fatto seguito la fecondazione degli ovuli con il seme del marito e la loro crioconservazione. A distanza di quattro anni, quando si era trovata una volontaria amica intima della coppia, la clinica, nella persona del medico curante, non deva seguito alla tecnica fecondativa: a motivo di questo ripensamento, si negava la legittimità dell'intervento di impianto dell'embrione, in quanto nel frattempo era entrato in vigore il nuovo codice deontologico medico che all'art. 42 vietava al medico “*di attuare forme di maternità surrogata*”. Di fronte a tale rifiuto la coppia decideva allora di agire giudizialmente contro la struttura e chiedeva, *ex art. 700 c.p.c.*, un provvedimento diretto ad accertare l'esigibilità della prestazione medica avente ad oggetto il trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della surrogata.

sportazione di embrioni e gameti all'estero: ordinanze del 18 dicembre 2002 e del 21 dicembre 2002 adottate dal ministro della salute Sirchia.

²⁷ Trib. Roma, 17 ottobre 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 151, con nota di M. DOGLIOTTI-G. CASSANO; anche in *Giur. merito*, 2000, I, 530, con nota di A. G. CIANCI; *Dir. fam. pers.*, 2000, I, 706, con nota di L. D'AVACK; *Rass. dir. civ.*, 2000, 199, con nota di E. CAPOBIANCO-M.G. PETRUCCI; *Corr. giur.*, 2000, 483, con nota di M. SESTA; *Giustizia civ.*, 2000, 1157, con nota di G. GIACOBBE; *Ragion Pratica*, 2000, 247, con commento di P. DONADONI; in *Notizie di Politeia*, 2000, 12, con commento di M. MORI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 310, con nota di A. ARGENTESI; *Bioetica*, 2000, 498, con commenti di V. FINASCHI-G. FERRANDO-M.G. GIAMMARINARO-F. BUSNELLI.

Si trattava quindi di un caso in cui la gestante aveva accettato solidariamente, senza alcuna finalità economica in quanto amica intima della madre intenzionale, di accogliere in grembo l'embrione formato da materiale genetico interamente proveniente dalla coppia e di portare avanti la gravidanza.

In accoglimento dell'istanza, il Tribunale, una volta escluso che la norma deontologica potesse incidere nell'ordinamento legislativo, essendo una norma ad efficacia meramente interna, ha affermato la liceità del consenso all'impianto reso dalla surrogata il quale, in assenza di qualsivoglia controprestazione economica, non si sarebbe posto in contrasto con l'art. 5 c.c. Secondo il giudice romano, infatti, se effettuata nel rispetto delle condizioni di salute della gestante, la pratica non avrebbe comportato la diminuzione permanente dell'integrità fisica: ove, comunque, sarebbe stato *“difficile escludere la liceità di un mero prestito di organo, peraltro limitato nel tempo e sotto controllo medico, quando il legislatore ha previsto la possibilità di donazione di organi tra soggetti vivi”*.

Nel ricercare i referenti normativi utili ai fini della decisione, il giudice ha ritenuto l'accordo – che egli qualifica come negozio giuridico non patrimoniale, difettandovi il requisito della corrispettività – meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2*: ricondotto entro lo schema dell'atipicità, ha individuato nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori un interesse meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, considerati anche i risvolti patologici per l'equilibrio psichico che *“in determinati casi il desiderio di procreazione non appagato può comportare”*²⁸. Ha ritenuto inoltre estranea al caso sottoposto alla sua attenzione, in cui l'ovulo proveniva dalla madre intenzionale, la problematica dell'eventuale compatibilità con il principio di indisponibilità degli *status*: in assenza di un collegamento genetico con il concepito, per il Tribunale si sarebbe *“in presenza di una abdicazione al ruolo parentale della madre surrogata”* che, nel *“limitarsi a condurre a gestazione un embrione risultante dalla fusione del materiale spermatico della coppia committente”*, dimostrerebbe di non nutrire *“alcuna volontà di assunzione del ruolo genitoriale”*.

²⁸ Inoltre, tale giudizio di meritevolezza sarebbe avvalorato dal diritto alla vita dell'embrione, che altrimenti non potrebbe vedere la luce.

Proprio la circostanza che le “*funzioni tradizionalmente svolte da una sola donna*” nel caso di specie venissero “*adempite da soggetti diversi*”, per il giudice metterebbe in discussione l’affermazione codicistica secondo cui madre è colei che partorisce²⁹. Non solo, ma indurrebbe a prediligere un concetto di “maternità responsabile”, che tenga in considerazione i rispettivi atti di consenso della coppia e della madre surrogata e dia rilevanza all’assunzione di responsabilità dei genitori intenzionali, pur riconoscendo alla gestante la facoltà di partecipare alla crescita del bambino³⁰.

La pronuncia risulta particolarmente rilevante anche perché fonda proprio sulla natura solidale del caso il distacco dall’unico altro precedente italiano, deciso dal Tribunale di Monza circa un decennio prima: ove era stata dichiarata la nullità, per illiceità della causa, del contratto con il quale un ricco imprenditore milanese, desideroso di avere un figlio, si era accordato, dietro compenso, con una ragazza algerina affinché accettasse di sottoporsi ad inseminazione artificiale con il suo stesso seme, a portare avanti la gravidanza e a consegnare il neonato a lui e alla moglie, rinunciando a qualunque diritto nei confronti del bambino³¹.

²⁹ In aggiunta, secondo il Tribunale la prospettiva per la quale in futuro la tecnologia biomedica sarà in grado di consentire che una nascita avvenga indipendentemente da una gestante dovrebbe indurre a riconoscere un peso decisivo al legame di tipo genetico. Tale prospettiva sovverte “*la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità affettiva e rapporto temporale: un embrione umano nato per ectogenesi o per gravidanza da un primate, pur ammettendo che si legghi affettivamente alla macchina o alla scimmia, dovrebbe avere per ciò solo queste come madri?*”: A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1251, nota 50.

³⁰ In particolare, si legge nell’ordinanza che “*non si può rectius non si deve escludere il diritto della surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo, di partecipare nelle sue manifestazioni di vita e di tenerlo con sé per alcune ore al giorno*”. Quest’ultima affermazione è stata aspramente criticata in dottrina, ove è stato sostenuto che il giudice avrebbe configurato tra le due mamme e il nascituro un “*menage a trois che non convince sia in sé sia perché rappresenta una pesante ipoteca e un’inammissibile invasione in atteggiamenti psicologici e in rapporti futuri di natura personalissima*”: A. SANTOSUOSSO, *Utero in affitto: il difficile contratto*, in *Questione giustizia*, 2000, n. 2, 378. In realtà, per quanto la questione non sia stata approfondita adeguatamente nell’ordinanza, dietro l’affermazione del giudice si nasconde l’esigenza, avvertita anche negli ordinamenti in cui la pratica è ammessa, di individuare gli strumenti più adeguati ad assicurare la continuità affettiva tra il nato e la gestante (§ 2, § 4).

³¹ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 298, con nota di G. PONZA-

La sentenza del giudice romano è altresì significativa perché testimonianza di un'accettazione della pratica solidaristica quantomeno nella giurisprudenza, se non nello stesso corpo sociale, nel periodo antecedente l'introduzione legislativa del divieto.

Le divisioni che attraversavano la società civile si riflettevano anche nei dubbi e nelle contrapposizioni delineatisi all'interno del Comitato nazionale di bioetica. Occorre al riguardo considerare il parere del 1994 in materia di tecniche di procreazione assistita, nel quale, pur esprimendosi genericamente “*valutazione negativa sulla maternità surrogata*”³², si ammetteva che alla gestazione per altri si potesse essere spinti anche per finalità autenticamente altruistiche, soprattutto tra persone legate da un vincolo di parentela ovvero di stretta amicizia: ipotesi da alcuni membri del Comitato ritenuta comunque “*illecita dal punto di vista morale*”, mentre da altri considerata “*non moralmente illecita in ogni circostanza, tenuto conto che essa può essere mossa dal fine benefico della nascita di un nuovo essere umano e da motivazioni oblativo*”.

Incertezze che emergevano altresì dal vivace dibattito sorto in seno alla dottrina: a fronte di un indirizzo interpretativo secondo il quale la lesione della dignità non sarebbe derivata dall'onerosità dell'accordo – al più costituendo quest'ultima un'ulteriore ragione di contrasto – ma dalla possibilità in sé per la donna di disporre delle proprie funzioni generative³³, l'orientamento prevalente considerava come incommerciabi-

NELLI; anche in *Giur. merito*, 1990, I, 240, con nota di M.G. MAGLIO; *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, VI, 355, con nota di A. LIACI; *Giur. it.*, 1990, II, 296, con nota di G. PALMERI; *Giust. civ.*, 1990, I, 478; *Dir. fam. pers.*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA; *Dir. fam. pers.*, 1991, 194, con nota di M.C. LANDOLFI.

³² Comitato nazionale di bioetica, parere del 17 giugno 1994, in <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/parere-sulle-tecniche-di-procreazione-assistita-sintesi-e-conclusioni/>.

³³ F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, cit., 570; M.T. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 877; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, spec. 100; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 105; A. FINOCCHIARO, *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 9, 82; M. MORETTI, *La procreazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia*, a cura di G. Bonilini-G. Cattaneo, III, Torino, 1997, 251.

li, ma non anche come indisponibili, le funzioni generative³⁴.

È in questo contesto che sono maturati i progetti di legge volti alla regolazione della procreazione assistita, in cui le regole del codice deontologico sembrano riprese per sancire il divieto di ogni forma di gestazione per altri³⁵. Tuttavia, all'interno della Commissione ministeriale

³⁴S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 194; P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, cit., 838; G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, cit., 1034; S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica dir.*, 1998, 250; A. CAVALIERE, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Critica dir.*, 1999, 335; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, voce, in *Enc. dir.*, Agg., 2000, 1132; G. BALDINI, G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1998, 775; M. DOGLIOTTI, *Commento a Ord. Trib. Roma del 17 ottobre 2000*, in *Fam. e dir.*, 2000, 159; G. CASSANO, *Commento a Ord. Trib. Roma del 17 ottobre 2000*, in *Fam. e dir.*, 2000, 172; M. MANTOVANI, *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 262.

³⁵Progetti di legge nei quali era già contenuto un divieto espresso della gestazione per altri o, comunque, una sua preclusione implicita. Si v., in questo senso, la seconda proposta di legge della commissione Santosuosso (1985), che vietava, alla lettera *s*, "qualsiasi accordo a seguito del quale una donna accetta di farsi ingravidare per cedere ad altri il figlio al momento del parto (surrogata) ovvero per accogliere nel proprio seno con lo stesso scopo embrioni all'uopo predisposti (madri portanti)"; inoltre, alla lettera *u* stabiliva fosse da considerarsi madre legale la donna che avesse "partorito il bambino anche se fecondata od impiantata a seguito di procedimento non naturale"; infine, alla lettera *v*, numero 8, recitava: "sono privi di valore gli accordi per una attribuzione di paternità e maternità diversa da quella disposta dal codice civile o dalla normativa stabilita dalla Commissione": per approfondimenti sulla proposta si rinvia a F. DALL'ONGARO, *La fecondazione artificiale ed il lavoro della Commissione Santosuosso*, in *Dir. fam. e per.*, 1987, 1063. L'art. 9 del successivo progetto di legge della commissione Busnelli (maggio 1996) disponeva invece: "1. È vietata qualsiasi forma di surrogazione di maternità ed è nullo qualsiasi accordo al riguardo. 2. Ai fini della presente legge per maternità surrogata si intende il ricorso per la gestazione a donna estranea alla coppia interessata. 3. In ogni caso i diritti e gli obblighi inerenti alla maternità spettano esclusivamente a colei che ha partorito il figlio". L'art. 14, comma 2, del *Testo Unificato sulla disciplina della procreazione medicalmente assistita*, presentato poi dall'On. Bolognesi il 14 luglio 1998, vietava, fra l'altro, "ogni forma di surrogazione di maternità": cfr. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 467. Il progetto Pagliaro, che prevedeva, nel Capo dedicato ai reati contro la dignità della maternità, il delitto di "contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona": v. N. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge delega al Governo*, Padova, 1993, 73.