



ISSN 2039-6503

OSSERVATORIO NAZIONALE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA

fascicolo 3 • settembre-dicembre 2016

# Avvocati di famiglia

Anno IX - n. 3 - settembre-dicembre 2016 - Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale - 70% C1/LU/851



**Per una riforma condivisa dalle associazioni specialistiche**

**Lo scioglimento “volontario” dell’unione civile**

**Dossier “La famiglia: dieci anni di riforme (2006-2016)”**

**Minori e organizzazioni mafiose**

OSSERVATORIO NAZIONALE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA

# Avvocati di famiglia

fascicolo 3 • settembre-dicembre 2016

## Avvocati di famiglia

Periodico dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia  
Nuova serie, anno IX, n. 3 - settembre-dicembre 2016  
Autorizzazione del tribunale di Roma n. 98 del 4 marzo 1996  
Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale - 70% C1/LU/851

## Amministrazione

Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia  
Centro studi giuridici sulla persona  
Via Nomentana, 257 - 00161 Roma  
Tel. 06.44242164 - Fax 06.44236900 (segreteria@osservatoriofamiglia.it)

## Direttore responsabile

Avv. Gianfranco Dosi

## Comitato esecutivo

Prof. Avv. Claudio Cecchella, Pres.; Avv. Giulia Albiero (Messina); Avv. Francesca Bruno (Cosenza); Avv. Grazia Castauro (Brescia); Avv. Emanuela Comand (Udine); Avv. Angela Crovetto (Sassari); Avv. Franca Ferrara (Cagliari); Avv. Michela Labriola (Bari); Avv. Silvia Manildo (Treviso); Avv. Rita Prinzi (Cuneo); Avv. Giancarlo Savi (Macerata)

## Consiglio della Scuola nazionale dell'Osservatorio

Prof. Avv. Claudio Cecchella, Pres.; Avv. Germana Bertoli (Torino); Avv. Giuseppina Cennamo (Campobasso); Avv. Maria Teresa de Scianni (Salerno); Avv. Michela Fugaro (Brescia); Avv. Lucia Maffei (Matera); Avv. Valeria Mazzotta (Bologna); Avv. Clara Mecacci (Grosseto); Avv. Francesca Salvia (Palermo); Avv. Rosa Savincelli (Crotone)

## Comitato scientifico

Prof. avv. Bruno Barel (Università di Padova); Dr. Geremia Casaburi (Tribunale di Napoli); Prof. Avv. Romolo Donzelli (Università di Macerata); Avv. Gianfranco Dosi (Presidente onorario Ondf); Prof. Avv. Giovanna Falzone (Università di Cagliari); Prof. Avv. Michele Lupoi (Università di Bologna); Prof. Avv. Mauro Paladini (Università di Brescia); Dott. Rita Russo (Corte di appello di Catania); Dr. Francesco Sartorio (Tribunale di Treviso); Prof. Stefania Stefanelli (Università di Perugia); Prof. Andrea Sassi (Università di Perugia); Dr. Paolo Sceusa (Presidente tribunale per i minorenni di Trento); Prof. Avv. Giovanni Maria Uda (Università di Sassari)

## Impaginazione

David Nieri

## Stampa

Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano (PI)  
Aprile 2017

della persona: senza gli ovociti non si formerebbe l'embrione, che è il principio della persona; senza la gestazione il processo di sviluppo che mette capo alla nascita non arriverebbe a compimento. Dal diverso punto di vista del contributo all'*imprinting* della persona conferito da genetica e gestazione, appare maggiore quello della genetica, nella misura in cui i geni conformano la persona. Il nato ha il DNA soltanto della donna che ha conferito i propri ovociti, e quindi di quella donna ha le caratteristiche, somatiche e di indole, che dipendono o sono influenzate dal DNA: per intenderci, se nell'utero di una donna bianca viene impiantato l'embrione fecondato con i gameti di due persone di colore nascerà un bambino di colore, e non un mulatto. La gravidanza, invece, dà un contributo che, allo stato delle attuali cognizioni scientifiche, si limita alla trasmissione del sistema immunitario, per cui il nato è esposto al rischio di malformazioni e malattie connesse con la gravidanza. Si tratta peraltro di un contributo reciproco, perché recentissimi studi sul cd. microchimerismo materno-fetale dimostrano che durante la gravidanza non solo cellule della gestante passano nel corpo del nascituro superando la barriera placentare, ma anche cellule del feto passano nel corpo della donna, rimanendovi dopo la nascita e potendo prendere parte a processi sia fisiologici che patologici.

A pensare meglio la cosa, emerge che la surrogazione di maternità è vietata un po' dappertutto, mentre la donazione di ovociti è ammessa un po' dappertutto, non perché la gravidanza sia più importante dei geni nella formazione di una persona, ma perché la surrogazione di maternità viola tutta una serie di principi, con i quali la donazione di ovociti non contrasta.

Anzitutto, la surrogazione di maternità si fonda su di un atto di disposizione che, a differenza della donazione di ovociti, ha ad oggetto non una parte staccabile del corpo umano (come sono i gameti), bensì il corpo stesso della donna. Anzi, fondandosi su di un accordo che precede la gravidanza, la surrogazione non si manifesta come mero atto di disposizione del proprio corpo, che si esaurisce in un *punctum temporis*, ma fa sorgere l'obbligazione di disporre del proprio corpo, cioè di restare incinta per poi cedere il neonato a terzi. Ebbene, una tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui. L'imperativo categorico kantiano non vieta di trattare l'altro come un mezzo, vieta di trattarlo esclusivamente come un mezzo, perché l'uomo è un fine in sé. La gestante asservisce tutta se stessa allo scopo procreativo altrui, rispetto al quale ella si fa mero mezzo, e per ben nove mesi. Il problema non è quindi quello dell'onerosità. Quand'anche sia gratuita, la surrogazione fa della donna un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri. Se poi è onerosa, a ciò si unisce la commercializzazione del corpo umano, che è vietata dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina e dall'art. 3, comma 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla base del voto contrario del Consiglio d'Europa dello scorso 11 ottobre si pone proprio la contestazione, a mio avviso condivisibile, che possa realmente distinguersi tra surrogazione onerosa e surrogazione gratuita. Ciò nel duplice senso che molto spesso una surrogazione apparentemente gratuita dissimula una surrogazione onerosa attraverso la previsione di un lauto rimborso spese e che, soprattutto, la distinzione non è eticamente dirimente perché anche la variante gratuita è contraria alla dignità umana.

In secondo luogo, se la surrogazione venisse ammessa, bisognerebbe coerentemente garantire per legge la coercibilità dell'obbligo di "consegnare" il neonato dopo il parto alla donna committente, come se fosse una *res*, strappandolo così a colei che l'ha partorito e che frattanto potrebbe aver cambiato idea e desiderare di tenerlo come proprio figlio. Questa coercibilità appare però talmente ripugnante, da suggerire a ritroso di non ammettere la surrogazione stessa. Inoltre, se la surrogazione venisse ammessa bisognerebbe pure coerentemente estendere a questa pratica la disciplina dei vizi propria dei contratti d'opera, a tutela del diritto dei committenti all'esatto adempimento. Questa è, del resto, l'aspettativa di chi vi ricorre. Lo dimostra il caso, reso noto dai media nell'agosto 2014, in cui i committenti, australiani, hanno rifiutato di "ricevere in consegna" uno dei due gemelli partoriti dalla donna thailandese alla quale si erano rivolti (a titolo oneroso, e con ovociti proveniente da una terza donna), perché affetto dalla sindrome di Down. Nel complesso, quindi, si tratta di una pratica che tende a reificare i soggetti coinvolti, ed in specie la donna che partorisce ed il neonato, degradato a prodotto che si accetta purché non sia "difettoso".

In conclusione, non è vero che il parto è più importante dei gameti. È che la surrogazione di maternità, rispetto alla donazione di ovociti, contrasta con una serie di principi caratterizzanti il sistema ed è quindi socialmente più allarmante, così da meritare di essere vietata e penalmente sanzionata. È chiaro però che, nonostante la sanzione penale, può darsi che si faccia ricorso comunque a questa pratica. Il problema che si pone, per il diritto civile, è a chi attribuire la qualità di madre. Se si ricorre alla maternità surrogata in senso stretto, *nulla quaestio*: madre è colei che ha in pari tempo fornito gli ovociti e partorito. Ma se si ricorre alla maternità portante, il problema è più complesso. In astratto, la questione sarebbe indecidibile, perché sia la derivazione genetica che il parto sono titoli attributivi della maternità. Bisogna allora adottare una soluzione che sia coerente con la disapprovazione di questa pratica. L'attribuzione dello *status*, cioè, deve essere la più adatta a dissuadere dal farvi ricorso. Pertanto, la soluzione maggiormente deterrente non può che essere quella che assegni la maternità proprio alla donna che ha partorito, non perché questa è "più madre" dell'altra donna, ma perché così si frustra la pretesa ad essere madre della donna committente e quindi si disincentiva il ricorso a questo fenomeno.

Occorre chiedersi, però, se questa soluzione debba valere anche quando la surrogazione di maternità emerge a distanza di tempo dalla nascita. In altri termini, se il bambino vive con la coppia di committenti, la verità biologica deve comunque prevalere, oppure bisogna prediligere una soluzione diversa?

Distingueri tra il piano *de iure condito* e quello *de iure condendo*. *De iure condito*, se si è formato l'atto di nascita di figlio dei committenti si rende proponibile l'azione di contestazione dello stato (art. 248, 2° comma, c.c.), che reagisce al mancato parto ad opera della donna indicata come madre nell'atto di nascita ed è proponibile senza limiti di tempo anche quando all'atto di nascita corrisponda il possesso di stato (arg. ex art. 238 c.c.). Ciò significa che la verità prevale sulla stabilità del rapporto affettivo consolidatosi nel tempo ma biologicamente fittizio. Se invece manca l'atto di nascita di figlio rispetto ai committenti, questi non possono diventarne legalmente genitori per il fatto di vivere con il minore, perché il possesso