

GenIUS

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

MARCO POLI

Maternità e surrogazione nel progetto di riforma
nel Regno Unito: quando la *volontà* non basta

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2020-2

Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la *volontà* non basta

Sommario

1. Introduzione. – 2. Maternità naturale e artificiale: unica e indisponibile. – 3. La surrogazione di maternità come eccezione alla maternità della gestante. – 3.1. Lo status filiationis nel panorama attuale. – 3.2. Lo status filiationis nel progetto di riforma. – 4. Genetiche e biologiche: la rilevanza delle origini nella costruzione di una maternità minore-centrica. – 4.1. Le soluzioni proposte. – 5. Una riforma disattesa: la riconferma della maternità escludente. – 6. Conclusioni: maternità biologica e maternità psicosociale, tra diritto alla vita privata e diritto alla vita familiare.

Abstract

Questo contributo riflette sul concetto giuridico di madre, analizzando la rilevanza dell'elemento biologico e dell'accordo nell'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione. Pratiche come la procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità, infatti, mettono in crisi la maternità *ipso iure*, tradizionalmente costruita sulla rassicurante regola del *mater semper certa*. La disciplina del *new pathway*, contenuta nella proposta di riforma in materia di surrogazione nel Regno Unito, sembra stravolgere ulteriormente tale scenario: il parto non è più criterio centrale per l'attribuzione della maternità e la volontà assume *ab initio* rilevanza costitutiva dello status genitoriale. Tale innovazione, sebbene a prima vista paia rivoluzionaria, resta in realtà nel solco della maternità unica ed escludente, permettendo alle Commissioni di non affrontare la questione relativa all'autonoma rilevanza della maternità biologica e sociopsicologica, che meglio permetterebbe di rappresentare la pluralità di soggetti coinvolti in una surrogazione di maternità.

This paper aims to provide a critical analysis of the legal concept of 'mother' in the UK lawscape, by investigating the influence of pregnancy and intention as factors on the attribution of motherhood. In the last decades, medically assisted reproduction and surrogacy have been challenging the common-law principle of mater semper certa est (the mother is always certain), but the recent UK proposal for surrogacy law reform seems to depart from it. In the new pathway, the intention of intended parents provides a means to address claims to legal parenthood at birth. By doing so, the Law Commissions have been willing to minimize the legal significance of childbirth. While at first glance the new pathway approach may appear as innovative, it rather sticks to the old path: motherhood remains exclusive, and by adopting the either/or approach it reinforces the idea that maternity and mothering are

* Dottorando in Diritto, Persona e Mercato presso l'Università degli Studi di Torino e Research Associate presso la University of Antwerp – Faculty of Law. Mail: marco.poli@unito.it. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

antagonist concepts.

1. Introduzione

In seno al XIII Progetto di Riforma¹, la *Law Commission* di Inghilterra e Galles e la *Scottish Law Commission* hanno rilevato la desuetudine e la problematicità della disciplina relativa alla surrogazione di maternità² nel Regno Unito³, evidenziando la necessità di un intervento normativo. Attualmente, infatti, il processo di attribuzione di genitorialità giuridica ai genitori intenzionali può richiedere molti mesi per essere completato e non riflette la realtà della vita familiare del bambino, oltre ad influire negativamente sulla capacità dei genitori designati di prendere decisioni per la prole. Per far fronte a tali problematiche, le Commissioni hanno sviluppato una proposta di riforma, sottoposta a consultazione⁴. Nel documento consultivo congiunto si è delineato un nuovo approccio alla genitorialità, il *new pathway*. La *ratio* è quella di garantire un miglior supporto giuridico a tutti i soggetti coinvolti nella surrogazione: le persone minori, surrogate, donatori, donatrici e genitori intenzionali. Nello specifico, con l'intento di dare un riscontro alla volontà dagli adulti coinvolti e per garantire, nell'interesse dei minori, una maggiore certezza dei rapporti, le Commissioni hanno proposto di consentire ai genitori intenzionali di diventare genitori legali *ab initio*, a condizione che la surrogata mantenga il diritto di opporsi per un breve periodo dopo la nascita. Tale proposta, limitando la rilevanza giuridica al processo biologico del parto, fino quasi ad eliminarla, ha, come è evidente, delle ripercussioni sullo *status* della surrogata.

Questo lavoro si propone di analizzare la costruzione giuridica del concetto di maternità nella pratica della surrogazione, guardando in particolare alle novità introdotte dalla disciplina del *new pathway* e indagandone l'innovatività, paventata dalle Commissioni.

Il contributo si compone di sei paragrafi. Dopo una ricognizione della nozione di maternità giuridica, che guarda anzitutto alla filiazione naturale e ai casi di procreazione medicalmente assistita (sez.

-
- 1 La descrizione del Progetto e i relativi report sono reperibili nel sito della Law Commission, *lawcom.gov.uk*, al link: <https://www.lawcom.gov.uk/project/13th-programme-of-law-reform/> (ultima consultazione, 07.09.2020).
 - 2 Tra le diverse espressioni usate per indicare questa pratica (si pensi a surrogazione di maternità, utero in affitto, gestazione per altre/i), si utilizzeranno qui le dizioni di *surrogazione di maternità* e *madre surrogata*, aderenti all'originale inglese *surrogacy* e *surrogate mother*, meglio in grado di riflettere, nella resa italiana, le sfumature linguistiche e giuridiche oggetto di analisi. A tal proposito Brazier e Cave affermano che «[l]anguage is instructive. A surrogate mother may be seen as a person with a relationship with and interest in the child born. A gestational carrier is more easily perceived as simply a service provider». Così, M. Brazier, E. Cave, *Medicine, patients and Law*, Manchester, Manchester University Press, 2016, pp. 388-9. In particolare, *surrogazione* deve essere inteso come la forma abbreviata di "surrogazione di maternità", così come *surrogata* di "madre surrogata".
 - 3 Alla fine degli anni Novanta, Galles, Scozia e Irlanda sono stati dotati di Assemblee cui è stato attribuito potere legislativo primario nelle cd. *devolved matters*. A fronte di un generale riconoscimento della competenza legislativa in materia di politiche sanitarie a tutte e tre le Assemblee, però, il potere di legiferare in materia di surrogazione di maternità resta di competenza del Parlamento del Regno Unito. Cfr. Schedule 5 dello Scotland Act 1998; Schedule 3 del Northern Ireland Act 1998; Schedule 7A del Government of Wales Act 1998.
 - 4 Le Commissioni hanno infatti collaborato alla stesura di un *consultation paper*, sottoposto a consultazione, chiusasi l'11 ottobre 2019. Le tappe del processo di riforma sono raccolte nel sito della Law Commission, *lawcom.gov.com*, al link: <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> (ultima consultazione, 07.09.2020). M. Poli, *The New Pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito*, in *BioLawJournal*, 2020, 2, pp. 349-372.

2), l'analisi si sposta sulla surrogazione di maternità, tradizionalmente interpretata come eccezione alla regola generale del *mater semper certa* (sez. 3). Si procede dunque ad una ricostruzione della disciplina ad oggi in vigore e di quella proposta nel *consultation paper*, facendo emergere il mutato atteggiamento in relazione al valore costitutivo della volontà e del parto. Nell'indagare il concetto giuridico di madre, visceralmente ancorato all'identità di ognuno, non si è potuto esimersi dall'affrontare la tematica del diritto alle origini, portando alla luce la rilevanza dei legami genetici e di quelli biologici (sez. 4). Il quinto paragrafo mette poi in luce come gli elementi di discontinuità rispetto alla disciplina tradizionale, evidenziati nel terzo paragrafo, non facciano altro che riconfermare l'impostazione escludente della maternità unica. L'analisi si conclude con alcune riflessioni sul ruolo del parto e della volontà nel riconoscimento della maternità giuridica: in un sistema caratterizzato dal binarismo genitori/terzi della famiglia nucleare, si mette in luce la necessità di frazionare la nozione unica e indisponibile di madre per garantire un'adeguata rappresentazione giuridica alle complessità introdotte dalla surrogazione.

2. Maternità naturale e artificiale: unica e indisponibile

Il concetto giuridico di madre, un tempo dato per scontato, è invece oggi oggetto di dibattito a causa del nuovo livello di complessità introdotto da pratiche quali la procreazione medicalmente assistita e la surrogazione. Queste hanno reso evidente come l'attribuzione della genitorialità, di solito presentata come assiomatica, sottenda in realtà una scelta - e quindi un giudizio - consapevole relativamente a quali siano gli elementi costitutivi per lo status (e quali no)⁵.

Nel Regno Unito, il concetto giuridico di *madre* riflette il paradigma della filiazione *naturale*, con ciò intendendosi la procreazione a seguito di un rapporto eterosessuale: è madre colei che affronta la gravidanza e partorisce.

Già nell'*Amphill Peerage Case*, infatti, Lord Simon aveva statuito che «sebbene integri un rapporto giuridico, la maternità è basata su un dato di fatto, dimostrato in modo tangibile dal parto»⁶. La maternità, dunque, nella filiazione naturale, segue la regola del *mater semper certa* e il parto ne è l'elemento costitutivo.

In tal senso, il parto anonimo, o meglio, l'assenza di tale istituto nell'ordinamento del Regno Unito, rappresenta una conferma della rilevanza impositiva della dimensione biologica. A differenza di Francia⁷ e Italia⁸, infatti, colei che partorisce non può opporsi alla registrazione del suo nome nell'atto

⁵ Così anche A. Diduck, F. Kaganas, *Family Law, Gender and the State*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 125. «[W]hile it is usually presented as a question of fact, the determination of which of the features that are normally associated with parenthood should be singled out as identifying the "real" mother or father of a child is actually a question of judgment».

⁶ Liberamente tradotto da «Motherhood, although also a legal relationship, is based on a fact, being proved demonstrably by parturition». Così, *Amphill Peerage Case* [1977] A.C. 547, §577.

⁷ Art. 341-1 Code Civil. «Al momento del parto, la madre può chiedere che il ricovero e il parto vengano mantenuti segreti». Liberamente tradotto da «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé». Per un'evoluzione storica dell'istituto, cfr. M. Iacub, *Naître sous X*, in *Savoirs et Clinique*, 2004, 1(4), pp. 41 ss; T. Gründler, *Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l'accouchement sous X?*, in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2013, 3, consultato in formato digitale al link <http://journals.openedition.org/revdh/197> (ultima consultazione, 07.09.2020).

⁸ Legge 4 maggio 1983, n. 184. J. Long, *L'accesso dell'adottato adulto figlio di partoriente anonima alle sue origini familiari e genetiche*, in *Minorigiustizia*, 2015, 3, pp. 211 ss.

di nascita della persona minore⁹ e all'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione. Le donne sono trattate come madri durante tutta la gravidanza e «l'interruzione di gravidanza è l'unica possibilità concessa ad una donna incinta che non voglia divenire madre»¹⁰.

La rilevanza del parto resta centrale anche nei casi di procreazione medicalmente assistita (PMA). La *section 33(1)* HFEA 2008, intitolato *il significato di "madre"*, infatti, riporta che «potrà essere riconosciuta quale madre soltanto la donna che stia portando avanti o abbia portato a termine una gravidanza, quale risultato dell'impianto di un embrione o di sperma e cellule uovo, e nessun'altra»¹¹. Allo stesso modo, poi, la *Section 47* HFEA 2008 chiarisce che la donatrice di cellule uovo non è *ipso iure* madre per il solo fatto di aver contribuito con i propri gameti all'IVF¹².

Tali previsioni ribadiscono la rilevanza costitutiva del parto (e del parto soltanto) nell'attribuzione dello *status* di madre, escludendo invece autonoma rilevanza costitutiva al legame genetico e/o sociale¹³.

Siffatta impostazione appare ancora più evidente in alcuni casi che ne mettono alla prova la tenuta e che, a scopo esemplificativo, si andranno ora brevemente a delineare.

Si pensi, ad esempio, alla maternità di una coppia composta da due donne. In quel caso, potrà essere madre solo colei che ha partorito, mentre la moglie, *civil partner*¹⁴ o compagna¹⁵ assumerà, dopo la nascita della prole, lo status di *genitore*¹⁶. Ciò accadrà sia nel caso in cui la donna non abbia partecipato geneticamente al progetto genitoriale, sia qualora la stessa abbia invece contribuito alla nascita fornendo il materiale genetico impiegato nella formazione dell'embrione, poi impiantato nell'utero della compagna. Sebbene entrambe le donne saranno in egual misura titolari del rapporto di filiazione, colei che non ha partorito, non sarà mai madre. Si palesa, in tal senso, un contrasto evidente tra il linguaggio di genere utilizzato nell'identificazione delle figure giuridiche di *madre*¹⁷ e *padre*¹⁸, e la dicitura neutra cui si è ricorsi per descrivere *la* genitore che non è *genitrice*. Nonostante la distinzione terminologica tra *madre* e *genitore* non comporti, nella fase fisiologica del rapporto orizzontale, alcuna differenza *ipso iure* nelle attribuzioni, il ricorso ad uno status indefinito come quello di *non-gestational female parent* ha determinato, a livello giurisprudenziale, risultati altalenanti e contraddittori nella rilevanza di tale figura nella risoluzione delle situazioni conflittuali¹⁹. Già questo scenario ci

⁹ *Births and Deaths Registration Act*, 1953, 1 & 2 Eliz. 2, c. 20.

¹⁰ M. Freeman, A. Margaria, *Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, 13, p. 157.

¹¹ Liberamente tradotto da «The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child».

¹² In tal senso, la *section 47* HFEA 2008 chiarisce che la donatrice di cellula uovo non sarà riconosciuta dal diritto quale madre per il solo fatto di aver fornito il gamete: l'attribuzione dello *status* è vincolato alla gravidanza e al parto.

¹³ Sulla rilevanza dell'adozione, v. *ultra*.

¹⁴ S.42 (1) HFEA 2008

¹⁵ S.43 HFEA 2008

¹⁶ Per descrivere la figura della donna che, oltre alla madre gestazionale, ricopre un ruolo genitoriale, vengono usate varie dizioni, quali, ad esempio, *Co-Mother*, *Co-Parent*, *Other Mother*, *Second Female Parent*, etc. V. nota 12.

¹⁷ S.33 HFEA 2008.

¹⁸ S.35-37 HFEA 2008.

¹⁹ Brown, a tal proposito, analizza il concetto di *non-gestational female parent* nella crisi della coppia genitoriale lesbica (1) e nel contrasto tra coppia genitoriale lesbica e donatore (2). Così, A. Brown, *What is the Family of Law? The Influence of the Nuclear Family*, Oxford, Hart, 2019, pp. 158 ss. A livello giurisprudenziale, *ex multis*, per (1): *Re G (Children)(Residence: Same-Sex Partner)* [2006] 2 FLR 629 and *Re G (Children) (Shared Residence Order: Biological Non-Birth Mother)*[2014] 2 FLR 897; per (2): A

permette di assistere a quello che facilmente potremmo percepire come un cortocircuito: siamo di fronte ad una genitorialità femminile che non si può ascrivere alla maternità. Questo senso di smarrimento è imputabile alla riproposizione di un modello tradizionale di maternità giuridica unica ed escludente che ricalca la maternità nella filiazione naturale²⁰. Madre è solo colei che resta incinta e partorisce: a nessun'altra potrà essere attribuito quello *status*. La necessità di ricorrere a perifrasi articolate o ad attribuzioni di *status* neutre rispetto al genere, rende palese come la madre non biologica non sia *madre* agli occhi del diritto²¹ e «non esista un'autonoma dicitura capace di garantirle rappresentazione giuridica».²²

Allo stesso modo, gravidanza e parto si sono riconfermati condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione dello status di madre in *TT, R v The Registrar General for England and Wales*²³. Nel caso di specie, un uomo transessuale²⁴, dopo aver sospeso l'assunzione di testosterone, si è sottoposto ad un trattamento della fertilità finalizzato alla fecondazione di sue cellule uovo con spermatozoi di un donatore. Quando, dopo il parto, l'ufficiale di stato civile ha informato l'uomo che sarebbe stato registrato come *madre*, questo è ricorso in giudizio chiedendo di vedersi attribuire lo *status* di padre o, in via subordinata, di genitore. Nel decidere in senso contrario, la *Family division* della *High Court* ha affermato che «sussiste una differenza sostanziale tra l'identità di genere di un soggetto e il suo *status* genitoriale. Sebbene essere *madre* sia sempre stata considerata una prerogativa femminile, lo status è attribuito alla persona che affronta il processo fisico e biologico della gravidanza e del parto. Ad oggi, è possibile – tanto da un punto di vista medico quanto giuridico – che un uomo *ipso iure* sperimenti la gravidanza e il parto. Nonostante il genere anagrafico sia quello di uomo, il suo status genitoriale, che deriva dal ruolo biologicamente ricoperto nel parto, è quello di madre»²⁵. Di nuovo, si riconferma la regola per cui, per determinare chi sia madre, «[c]iò che conta quindi è, essenzialmente, l'esperienza procreativa della gravidanza e del parto, a prescindere da chi la porti avanti, sia esso un uomo o una donna»²⁶.

v B and C (Role of Father)[2012] 2 FLR 607 and *Re G, Re Z (Children: Sperm Donors: Leave to Apply for Children Act Orders)*[2013] 1 FLR 1334.

- 20 *Mutatis mutandis*, si rimanda alle riflessioni di F. Swennen, M. Croce, *The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-Motherhood' and 'Duo-Motherhood' in Belgium and the Netherlands*, in *Social and Legal Studies*, 2015, 25, 2, pp. 181-203.
- 21 Per una riflessione sulla necessità di un linguaggio giuridico capace di rappresentare la complessità dell'universo familiare, A. Diduck, *If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, identity and parenthood*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2007, 19(4), pp. 458-480.
- 22 A. Brewaeys, *Lesbian Couples in DI Practice*, in *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, J. Gunning, H. Szoke (ed.), Farnham, Ashgate, 2003, p. 148. Liberamente tradotto da «there is not even a name to make her visible».
- 23 In re: *TT, R (On the Application Of) v The Registrar General for England and Wales* [2019] EWHC 2384 (Fam).
- 24 Nel caso di specie, a TT, è stato concesso un certificato di rettifica anagrafica del genere (*Gender Recognition certificate*) nell'aprile del 2017, prima che lo stesso si sottoponesse al trattamento per la fertilità. Ai sensi della section 9.1 del *Gender Recognition Act 2004*, con il rilascio del *GR certificate*, la persona cui è destinato acquisisce a tutti gli effetti il genere indicato nell'atto.
- 25 Id. § 279. Liberamente tradotto da: «There is a material difference between a person's gender and their status as a parent. Being a "mother", whilst hitherto always associated with being female, is the status afforded to a person who undergoes the physical and biological process of carrying a pregnancy and giving birth. It is now medically and legally possible for an individual, whose gender is recognised in law as male, to become pregnant and give birth to their child. Whilst that person's gender is "male", their parental status, which derives from their biological role in giving birth, is that of "mother"».
- 26 M. Mantione, *Il parto non è solo donna: la decisione dell'High Court inglese richiama l'attenzione sul concetto di "madre"*, in *Mino-*

In base alla casistica ora riportata, appare evidente come la maternità sia *unica*: una sola donna può essere titolare dello status ed è colei che ha partorito. Non ci sono maternità *altre*: le figure femminili che non hanno gestato, infatti, saranno *genitori* (non madri) agli occhi del diritto. La maternità unica risulta altresì *indisponibile*: chi partorisce non può determinarsi nell'attribuzione della titolarità del rapporto, che viene imposto per il fatto biologico del parto, indipendentemente dall'identità di genere della persona coinvolta.

In dottrina si individuano tre possibili *rationes* sottese alla regola in esame²⁷. Anzitutto, la centralità del legame gestazionale potrebbe trovare fondamento nella cura e nel dolore insiti in gravidanza e parto. «La madre gestazionale ha dato tutta se stessa al minore, più della madre genetica»²⁸: il legame instaurato tramite gravidanza e parto, dunque, costituirebbe elemento costitutivo autonomo e sufficiente alla formazione dello *status* di madre. La seconda possibile *ratio*, invece, muove dall'assunto che il parto costituisca di per sé un elemento di fatto più facilmente tracciabile e accertabile, rispetto alla donazione di una cellula uovo: in tal senso, la regola in esame si proporrebbe di tutelare la certezza dei rapporti familiari. Infine, nell'ultima ipotesi formulata, la scelta di non far discendere la maternità dal legame genetico rappresenterebbe un incentivo alla donazione di gameti. L'automatica attribuzione dello status e dei relativi diritti e doveri, infatti, potrebbe spingere molte a desistere dal prestarsi a tale pratica.

Parallelamente, a livello giurisprudenziale, nel caso Re G [2006]²⁹, la Baronessa Hale ha esposto che:

«Se, in parte, questa impostazione [quella di *favor gestationis*] potrebbe rappresentare la risposta ad un'esigenza di certezza e convenienza, essa riconosce anche una verità più profonda: che il processo del portare in grembo un bambino e del metterlo al mondo (che potrebbe poi essere seguito dall'allattamento al seno per alcuni mesi) porta con sé, nella stragrande maggioranza dei casi, una relazione molto speciale tra madre e figlio, una relazione diversa da qualsiasi altra»³⁰.

Alla luce di quanto affermato da dottrina e giurisprudenza e della rilevanza da questi associata al rapporto, tra surrogata e minore, instaurato *in ragione del* parto, la soluzione individuata dall'ordinamento del Regno Unito fa emergere in modo chiaro come, il concetto giuridico di *madre* sia non solo unico, ma anche indissolubile: la dimensione genetica, biologica e sociopsicologica si concentrano in un'unica figura, quella della donna che partorisce. Ciò riflette inequivocabilmente la riproposizione *tout court* della filiazione naturale, in cui l'assimilazione dei legami genetico, biologico e di cura è dato per scontato. L'*id quod plerumque accidit* è stato imposto come regola generale, impedendo di riflettere su modelli diversi, tanto che «costruzioni alternative del concetto giuridico di *madre* non trovano accoglimento in relazione allo *status* e ai diritti relativi alla persona minore concepita tramite la donazione di gameti»³¹, e non solo.

rigiustizia, 2019, 3, p. 186.

²⁷ J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearl, 2017, p. 356.

²⁸ *Id.*, Liberamente tradotto da «The gestational mother has given more of herself to the child than the genetic mother». L'autore sostiene che «the most convincing argument is that the care, pain and effort of pregnancy and childbirth and the closeness of the bond which develops through pregnancy and birth justifies the status of motherhood». Cfr. Sul punto J. Herring, *Caring and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

²⁹ Re G (Child) (Residence: Same Sex Partner) [2006] 1 FCR 436.

³⁰ *Id.* § 34. Corsivo mio. Liberamente tradotto da «While this may be partly for reasons of certainty and convenience, it also recognises a deeper truth: that the process of carrying a child and giving him birth (which may well be followed by breastfeeding for some months) brings with it, in the vast majority of cases, a very special relationship between mother and child, a relationship which is different from any other».

³¹ C. Jones, *Parents in Law: Subjective Impacts and Status Implications around the Use of Licensed Donor Insemination*, in *Feminist*

A ciò si potrebbe facilmente ribattere, facendo notare come l'adozione introduca nell'ordinamento la maternità "non naturale" per eccellenza. In modo non provocatorio, a parere di chi scrive, l'istituto dell'adozione non fa che confermare l'unicità e l'esclusività della nozione giuridica di madre. Affinché la madre adottiva possa vedersi riconosciuta la titolarità dello status filiationis³², infatti, è prevista la cancellazione della genitrice³³, cui, alla nascita, era stata imposta la titolarità del rapporto di filiazione. In tal senso l'ordinamento dimostra ancora una volta l'impossibilità di scindere lo status unico madre (*motherhood*), negando così autonoma dignità giuridica³⁴ alla maternità biologica (*maternity*) e alla maternità sociopsicologica (*mothering*)³⁵. Queste, infatti, sono sempre state interpretate come elementi di fatto, da riscontrare, all'occorrenza, per dimostrare la titolarità della maternità giuridica, precludendo l'affermarsi di una maternità plurale.

3. La surrogazione di maternità come eccezione alla maternità della gestante

In dottrina si è notato come «la legge inglese attribuisca lo status di madre alla gestante, perché questo produrrà il risultato corretto in termini di genitorialità in tutti i casi, tranne che per quelli di surrogazione di maternità»³⁶.

La *surrogacy*, dunque, si scosta dalla filiazione naturale, mettendo potenzialmente in crisi la maternità *ab initio* unica ed escludente e la relativa attribuzione delle componenti genetico, biologica e di cura ad un'unica donna³⁷. Come è noto, infatti, la surrogazione di maternità è la pratica tramite la quale, sulla base di un accordo preventivo, una donna, la madre surrogata, dà alla luce per un altro soggetto o un'altra coppia (c.d. genitori intenzionali) un figlio o una figlia, con cui non sussiste necessariamente un vincolo genetico.

Può infatti verificarsi il caso in cui colei che fornisce la cellula uovo, la gestante e la madre intenzionale siano tre persone distinte.

Nei prossimi paragrafi ci si propone di indagare la costruzione della maternità giuridica, facendo

Perspectives on Family Law, A. Diduck e K. O'Donovan (ed.), Abington, Routledge-Cavendish, 2006, p. 80. Liberamente tradotto da «[...] alternative constructions of 'mother' are disqualified for the purposes of legal status and rights in relation to the donor-conceived child».

³² ACA 2002, s 46(1).

³³ Più in generale l'*adoption order* estingue lo status e la responsabilità genitoriale di chiunque non sia l'adottante/gli adottanti. Ai sensi della *section 67* ACA 2002, infatti, una persona adottata è, agli occhi del diritto, figlia naturale dell'adottante o degli adottanti (*an adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter*). Sull'impatto del diritto alle origini, v. *ultra* para. 4.

³⁴ A. Diduck, K. O'Donovan, *Feminism and Families: Plus Ça Change?*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, A. Diduck, K. O'Donovan (eds.), Abingdon, Routledge-Cavendish, p. 10.

³⁵ Sulla distinzione tra *maternity* e *mothering* e le ricadute sull'autodeterminazione della donna, v. K. O'Donovan, J. Marshall, *After Birth: Decisions about Becoming a Mother*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, A. Diduck, K. O'Donovan (a cura di), Abingdon, Routledge-Cavendish, pp. 101 ss.

³⁶ Liberamente tradotto da «English law views the gestational mother as the legal mother because this will produce the right result in terms of parentage for all cases except for surrogacy». G. Douglas, *The Intention to Be a Parent and the Making of Mothers*, in *The Modern Law Review*, 1994, 57, p. 640.

³⁷ Sul riconoscimento giuridico di maternità plurali, v. F. Swennen, *Motherhoods in the Law*, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz, E. Schumann (eds.), *Motherhood and the Law*, Göttingen, 2019, pp. 101-18.

particolare attenzione al mutato atteggiamento legislativo nei confronti della volontà delle parti e le conseguenti ripercussioni sullo *status* della surrogata.

3.1. Lo status filiationis nel panorama attuale

Come accennato, attorno alla surrogazione di maternità gravitano una pluralità di soggetti: la madre surrogata, i genitori intenzionali e, potenzialmente, una donatrice e/o un donatore di gameti. È possibile, proprio in base alle persone coinvolte, distinguere due forme di *surrogacy*, quella *tradizionale*³⁸ e quella *gestazionale*³⁹.

A fronte di questa pluralità di soggetti, viene spontaneo chiedersi chi sia *ipso iure* genitore. L'ordinamento del Regno Unito, a differenza di altri⁴⁰, non diversifica la risposta giuridica a seconda che si ricada nel primo o secondo scenario.

Come già riportato, il mero legame genetico non è giuridicamente determinante per l'attribuzione dello *status filiationis*. Centrale, invece, nella determinazione della genitorialità giuridica, è il cd. *surrogacy agreement*, un accordo nel quale, anteriormente all'inizio della gestazione, surrogata e genitori intenzionali stabiliscono che la prima porterà avanti la gravidanza con l'intento di affidare il nascituro ai secondi, che saranno gli unici genitori *ipso iure*. L'attribuzione dello *status* genitoriale alla coppia, però, non si produce per effetto della mera *volontà* delle parti, così come manifestata nell'accordo: è infatti necessario l'intervento del giudice competente, tramite *parental order* (*p.o.*). Si tratta di una pronuncia *dichiarativa*⁴¹, tramite la quale viene giudizialmente accertata la genitorialità giuridica dei genitori intenzionali, eliminando quella della madre surrogata.

Il *parental order*, dunque, ricopre un ruolo fondamentale. In base alla disciplina attualmente in vigore, infatti, la genitorialità *ipso iure* relativa alle persone di età minore nate tramite surrogazione è *inequivocabile*⁴²: la gestante è, al momento della nascita, *madre* e i genitori intenzionali devono, in un successivo momento, fare domanda di *parental order* per veder stabilito un legame giuridico di filiazione con il nato.

Più nel dettaglio, alla nascita, la gestante è, nei confronti della persona minore, madre giuridica e titolare della responsabilità genitoriale⁴³. Anche la persona con cui è sposata o unita civilmente ricopre lo *status* di genitore giuridico, a prescindere dalla sussistenza di legami genetici.

Nell'ipotesi in cui la madre non sia sposata o unita civilmente, invece, la legge riconosce la paternità giuridica del padre intenzionale che abbia un legame genetico con la persona minore⁴⁴. Affinché

38 *Traditional surrogacy* (conosciuta anche come *straight* o *partial surrogacy*). Nella surrogazione tradizionale, la madre surrogata non contribuisce solo biologicamente alla nascita, ma anche geneticamente alla formazione dell'embrione, fornendo la cellula uovo che sarà fecondata con il materiale genetico del padre intenzionale.

39 *Gestational surrogacy* (conosciuta anche come *host* o *full surrogacy*). Nello scenario della surrogazione gestazionale, la madre surrogata non ha alcun legame genetico con l'embrione, che sarà il risultato di una IVF omologa o eterologa (a seconda che si ricorra a gameti forniti, rispettivamente, dai soli genitori intenzionali o anche da terzi).

40 Sull'impostazione californiana del cd. *modello forte* v. M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana "Studi di Genere. Convegni", Vol. 5, Torino, 2019, pp. 3 ss.

41 Liberamente tradotto da «Declaratory order».

42 Così J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearl, 2017, p. 368.

43 S. 33 HFEA 2008.

44 Ss. 36-38 HFEA 2008.

allo stesso venga attribuita anche la responsabilità genitoriale⁴⁵, dovranno essere rispettati i requisiti dettati dalla *sec. 4 del Children Act 1989*.

Se, dopo la nascita, tutto procede come originariamente pattuito nell'accordo di surrogazione, la surrogata affiderà – *de facto* – la persona minore ai genitori intenzionali e questi provvederanno a richiedere un *p.o.* In tale ipotesi, la coppia committente si vedrà riconosciuta – *ipso iure* – la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale, estinguendo così lo *status* di madre della surrogata⁴⁶.

Per ottenere una pronuncia di questo tipo, i genitori intenzionali dovranno integrare i requisiti previsti alle ss. 54 e 54A *HFEA 2008*⁴⁷ e seguire la procedura *ex Part 13 del Family Procedure Rules 2010*⁴⁸.

È chiaro quindi che, affinché i genitori intenzionali possano essere identificati *ipso iure* quali genitori del minore nato tramite surrogazione di maternità, è fondamentale la concessione di un *p.o.* L'ordinamento UK, infatti, nell'individuare il legame materno, attribuisce, *ab initio*, rilevanza costitutiva al solo dato biologico. L'atto di nascita si formerà registrando la maternità giuridica della madre surrogata. La volontà di genitorialità dei genitori intenzionali assumerà rilievo giuridico solo in un secondo momento, con il *parental order* pronunciato da una *Family Court*, e comunque solo qualora vengano rispettate le condizioni tassativamente previste *ex lege*. La volontà, dunque, assume una rilevanza soltanto *sopravvenuta*, limitatamente alle ipotesi ritenute meritevoli dal legislatore. In quest'ottica, i *parental orders* assumono, nell'ordinamento britannico e nord-irlandese, la valenza di «*transformative orders*»⁴⁹, capaci di garantire rappresentazione e tutela alla genitorialità dei genitori intenzionali instaurata a seguito di una surrogazione di maternità, che finisce per cancellare la rilevanza – fino a quel momento centrale – dell'esperienza del parto e della gravidanza.

3.2. Lo status filiationis nel progetto di riforma

Il *consultation paper* presentato delle Commissioni di Riforma propone di affiancare *all'iter* tradizionale un nuovo procedimento per il riconoscimento della genitorialità nei casi di surrogazione di maternità. Il *new pathway (n.p.)* si caratterizza per la possibilità di attribuire ai genitori intenzionali la ti-

⁴⁵ La s. 3 del *Children Act 1989* definisce la responsabilità genitoriale come «all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and administration of his/her property».

⁴⁶ S. 54 *HFEA 2008*. L'effetto *trasformativo* (cfr. nota 33) non si limita al solo *status* giuridico, ma anche ad una dimensione più intima, legata all'identità stessa del/della minore.

⁴⁷ Ad oggi, il *parental order* può essere richiesto da single e coppie sposate, unite civilmente o conviventi *more uxorio*. La persona nata tramite *surrogacy* dovrà condividere un legame genetico con almeno uno dei genitori intenzionali. Al momento in cui viene formulata la domanda di *p.o.*, i genitori intenzionali devono risiedere nel Regno Unito, nelle Isole del Canale o nell'Isola di Man e a loro deve essere affidata la persona minore. La richiesta di *parental order* deve essere presentata entro un termine massimo di sei mesi dal parto. È inoltre necessario che i genitori (la surrogata e l'eventuale partner) prestino consenso all'*order*. Infine, l'ultimo requisito previsto riguarda la remunerazione: secondo la disciplina ora in vigore, infatti, la surrogata non può guadagnare, ottenendo denaro se non per rimborsare le spese ragionevolmente sopportate nel corso della gravidanza.

⁴⁸ La *Part 13* è titolata *Proceedings Under Section 54 Of The Human Fertilisation And Embryology Act 2008*.

⁴⁹ Lord Munby attribuisce ai *p.o.* un *transformative effect* in High Court (Family Division), A&B (No. 2 – Parental Order), [2015] EWHC 2080 (Fam), § 44. Con tale espressione si enfatizza la capacità di tali *order* di incidere – modificandola – sull'identità stessa della persona di età minore.

tolarità del rapporto di filiazione *ab origine*, fatta salva la possibilità per la madre surrogata di opporsi dopo il parto.

In tale nuova procedura, per garantire adeguata tutela ai soggetti coinvolti, le Commissioni hanno individuato specifici requisiti di idoneità⁵⁰ e garanzie procedurali⁵¹. Limitatamente a ciò che è rilevante ai fini di questa indagine, è importante rilevare come, nel *n.p.*, a differenza di quanto previsto *ex s.* 54 HFEA 2008, non sia necessario che almeno uno dei genitori intenzionali condivida un legame genetico con il minore⁵².

Per accedere al *n.p.*, le parti dovranno stipulare un *surrogacy agreement*⁵³ prima del concepimento. L'accordo dovrà contenere una dichiarazione atta a dimostrare la volontà⁵⁴ delle parti a che, alla nascita, il bambino partorito dalla surrogata viva con i genitori intenzionali, che ne saranno i genitori *ipso iure*. Dovrà inoltre essere formalizzato l'accordo relativo al fatto che la madre surrogata e l'eventuale partner⁵⁵ non saranno genitori legali. Dopo il parto, la madre surrogata avrà, comunque, per un periodo limitato, il diritto di opporsi all'acquisizione della genitorialità giuridica da parte dei genitori intenzionali.

Il consenso a questa costruzione dello *status filiationis* dovrà essere prestato volontariamente da individui capaci⁵⁶ ed essere ricevuto da soggetti a ciò autorizzati⁵⁷. Più nello specifico, nella proposta delle Commissioni, il consenso dovrà essere raccolto dal personale della clinica presso cui si opererà l'IVF (funzionale alla surrogazione) o di una *surrogacy organization* accreditata⁵⁸. Questi dovranno altresì controfirmare l'accordo di surrogazione ogni volta che saranno rispettate le condizioni previste *ex lege*, operando un'autorizzazione amministrativa pre-parto⁵⁹ a registrare la persona minore come figlio dei genitori intenzionali⁶⁰.

Le medesime cliniche e agenzie, dovranno poi tenere traccia degli accordi di surrogazione in cui saranno coinvolti. Tale documentazione sarà conservata per un periodo di 100 anni (che il *consultation paper* identifica come lunghezza ideale di una vita umana), per dimostrare l'avvenuta surrogazione⁶¹. Una copia degli accordi verrà altresì custodita nel Registro nazionale degli accordi di surrogazione⁶², annotando le generalità dei genitori intenzionali, della madre surrogata e di eventuali donatori di gameti, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione⁶³.

Dopo il parto, dunque, non sarà il servizio sanitario nazionale (NHS) a fornire al Registro dello stato civile le informazioni utili alla formazione dell'atto di nascita (data, ora, luogo di nascita, genera-

50 Ch.12.

51 Ch. 13.

52 § 12.35 ss.

53 § 8.8

54 *Id.* n. 7.

55 Al momento della nascita, il/la partner della surrogata non acquisisce lo status di padre o genitore. Così §§ 8.54 ss.

56 §8.10 lett. a-b.

57 §8.10 lett. c.

58 §8.11. Relativamente alla proposta di istituzionalizzare "*regulated*" *surrogacy organisations*, v. §§ 9.38 ss.

59 §7.81.

60 §8.26.

61 §8.12.

62 §10.92. Le Commissioni propongono l'istituzione del *National register of surrogacy arrangements*, una sezione del *Register of information* gestito dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*.

63 §10.90.

lità della persona minore e dei genitori *etc.*)⁶⁴. Saranno i genitori, infatti, ad essere gravati dell'onere di denunciare la nascita entro i termini stabiliti *ex lege*, pari a 42 giorni in Inghilterra e Galles⁶⁵ e 21 giorni in Scozia⁶⁶. Il periodo di tempo concesso alla surrogata per opporsi all'acquisizione della genitorialità giuridica da parte dei genitori intenzionali, quindi, dovrà essere necessariamente inferiore agli intervalli appena indicati, così da consentire la tempestiva formazione degli atti di nascita. Le Commissioni, vista la disomogeneità delle regolazioni nazionali, propongono che la durata del lasso concesso alla surrogata sia di una settimana inferiore rispetto al termine previsto per la registrazione delle nascite⁶⁷.

Nel caso in cui la surrogata decidesse di opporsi⁶⁸, dunque, potrà farlo in qualsiasi momento, dopo il parto, entro i termini stabiliti. A quel punto, sarà lei a denunciare la nascita della prole e, nell'atto di nascita, alle sue generalità verrà associato lo *status* di madre⁶⁹.

Qualora, invece, l'intervallo di tempo concesso trascorresse senza manifestazioni di volontà da parte della surrogata difformi rispetto a quelle manifestate nell'accordo di surrogazione, solo dopo lo spirare del termine, invece, saranno i genitori intenzionali a rivolgersi allo stato civile e ad assumere, *ab initio*, lo *status* di genitori. Per procedere in tal senso non sarà necessaria la presenza della surrogata⁷⁰, ma saranno richieste una dichiarazione di quest'ultima, attestante che i genitori intenzionali sono i genitori della persona minore⁷¹, e un'annotazione dell'ospedale presso cui la donna ha partorito che menzioni la sussistenza di un accordo di surrogazione in relazione a quel parto⁷².

La grande novità introdotta dal *n.p.* è dunque quella di riconoscere la volontà delle parti (*intention*) quale elemento costitutivo *ab origine* del rapporto genitoriale. Come menzionato nel paragrafo precedente, nel percorso "tradizionale", la volontà delle parti aveva solamente una rilevanza sopravvenuta. L'atto di nascita, infatti, si formava con l'indicazione della madre surrogata e dell'eventuale partner come genitori *ipso iure*. Solo in un secondo momento, con l'intervento giudiziario di una *Family Court*, lo *status filiationis* mutava, esplicando la valenza trasformativa dei *p.o.*

Nel *n.p.*, invece, la volontà delle parti consente l'instaurazione *ab origine* della titolarità della genitorialità in capo ai genitori intenzionali, rimuovendo quindi rilevanza all'elemento gestazionale; lo stesso che nell'ordinamento del Regno Unito, come visto, assume invece un ruolo centrale tanto nella riproduzione naturale quanto in quella medicalmente assistita.

Parte della dottrina ha criticato questo approccio alla genitorialità giuridica, ritenendo che «la volontà [sia] legata essenzialmente ad una dimensione di individualità e scelta autonoma, non a relazioni fisse basate sulla verità biologica. Di conseguenza, la decisione di basarsi sulla volontà implica inevitabilmente l'adesione ad un modello di risoluzione di queste fattispecie di tipo contrattualistico»⁷³.

64 *Registration of Births and Deaths Regulations 1987* (SI 1987 No 2088), regs 7 - 9; *Registration of Births, Still-births, Deaths and Marriages (Prescription of Forms) (Scotland) Regulations 1997* (SI 1997 No 2348), reg 3 - sch 1.

65 *Births and Deaths Registration Act 1953*, s 2.

66 *Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*, s 14(1).

67 §8.27. Quindi, 35 giorni in Inghilterra e Galles e 14 in Scozia.

68 Sul diritto della surrogata di opporsi, v. §§ 8.23 ss.

69 § 8. 29.

70 § 8.28.

71 Dichiarazioni analoghe sono richieste qualora il padre o la co-madre intendano registrare la nascita della prole, pur non essendo sposati o uniti civilmente con la madre e senza che questa sia fisicamente presente alla formazione dell'atto. *Cfr. Births and Deaths Registration Act 1953*, s 10 e *Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*, ss 18 - 18B.

72 *Ibid* a 58.

73 J. Dolgin, *Defining the Family: Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York, NYU Press, 1997, p. 213.

Come sopra riportato, però, le Commissioni propongono che la genitorialità venga attribuita ai genitori intenzionali per effetto di legge⁷⁴ a seguito di un *iter* amministrativo, e non in relazione ad un'obbligazione contrattuale⁷⁵.

Nel *new pathway* dunque, la volontà dei genitori intenzionali e della gestante, così come manifestata nell'accordo di surrogazione, assume, dopo la verifica amministrativa, rilevanza costitutiva *ab initio* per lo status genitoriale. Il riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali dal momento del parto, però, è frutto di una *fictio*. A ben vedere, infatti, al momento della nascita, nessuno gode di una piena titolarità del rapporto di filiazione.

Sebbene, in base all'accordo di surrogazione, si presuma che i genitori intenzionali saranno *ipso iure* genitori, questi non possono procedere *de plano* a registrare la nascita della persona minore, poiché tale facoltà è sottoposta a un limite temporale corrispondente al periodo concesso alla surrogata per opporsi. In questo senso, quindi, se si vuole parlare di genitorialità *ab initio*, lo si dovrebbe fare, fino allo spirare del termine concesso alla surrogata, in termini di genitorialità *potenziale* e *sospesa*. Parallelamente, la surrogata, per esplicita previsione di legge, non è genitore e, per poter essere riconosciuta madre *ipso iure*, dovrà necessariamente prima avocarsi tale *status* opponendosi formalmente all'attribuzione della genitorialità ai genitori intenzionali.

Per quanto attiene la responsabilità genitoriale, invece, questa, dopo il parto, è riconosciuta alla madre surrogata, cui è rimessa la facoltà di decidere se affidare o meno la persona minore ai genitori intenzionali, nell'attesa che spiri il termine di opposizione⁷⁶.

4. Genetiche e biologiche: la rilevanza delle origini nella costruzione di una maternità minore-centrica

Il concetto di madre e le sue ripercussioni sull'identità di ognuno sono inscindibilmente fusi con l'esperienza di ogni persona. Per questo motivo, le Commissioni dedicano un intero capitolo del *consultation paper* ad indagare il diritto della persona minore ad accedere alle informazioni relative all'accordo di surrogazione⁷⁷.

Molti danno per scontata la conoscenza delle loro origini, potendole apprendere direttamente in famiglia, ma per altri, come figli adottati, abbandonati, concepiti tramite tecniche di PMA o surrogazione, si tratta di una conquista recente, visto che è solo dalla fine degli anni Ottanta che si è cominciato a parlare, a tal riguardo, di un diritto fondamentale⁷⁸.

74 § 7.82

75 § 8.92.

76 § 8.135.

77 Ch. 10: *Children's access to information about surrogacy arrangements*.

78 A livello internazionale, è la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ad affermare per prima, all'art. 7, che le persone minori hanno il diritto, nella misura del possibile, di conoscere i loro genitori. Successivamente è intervenuta la Convenzione de L'Aia del 1993 sulla protezione dei minori e cooperazione in materia di adozione internazionale che prevede all'art. 30, che le autorità competenti si impegnino a conservare e garantire l'accesso alle informazioni sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e quelle relative alla storia sanitaria. Il diritto a conoscere le proprie origini è stato oggetto di un graduale percorso di riconoscimento anche, *rectius* soprattutto, attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti umani in relazione agli articoli 8 e 14 CEDU. Il primo caso in cui la Corte affronta la questione del diritto a conoscere le proprie origini è Corte Edu, 7 luglio 1989, *Gaskin c. Regno Unito*.

Una persona adottata, ai 18 anni, ad esempio, ha diritto di accedere al suo atto di nascita originale, rendendo così possibile identificare e rintracciare i suoi genitori naturali⁷⁹.

Per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita, invece, fino al 2005, l'ordinamento UK ha garantito particolare tutela all'anonimità dei donatori di gameti, riconoscendo solo limitati diritti ai minori concepiti con IVF eterologa⁸⁰. La *section 31* dello HFEA 1990, infatti, prevedeva che alla maggiore età fosse garantito l'accesso solamente a informazioni non identificative. In concreto, rientrano in tale categoria quelle necessarie da un punto di vista medico e quelle relative ad eventuali familiarità genetiche con la persona che si intendeva sposare⁸¹.

Lo *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulation 2004*⁸², poi, ha ribaltato tale impostazione emendando proprio la *Section 31* dello HFEA 1990. L'intervento legislativo del 2004, infatti, ha stabilito che tutte le persone concepite tramite fecondazione eterologa con gameti donati dopo il 1 aprile 2005 possano, una volta raggiunta la maggiore età, richiedere e venire a conoscenza di informazioni relative alla persona che ha donato, finanche quelle identificative.

Nello specifico, nella sua formulazione attuale, lo HFEA 1990⁸³ prevede che all'età di 16 anni le persone concepite con il contributo genetico di un donatore possano essere rese edotte di dati *non* identificativi, quali l'altezza, il peso, l'appartenenza etnica e il colore degli occhi di chi ha fornito i gameti, oltre a informazioni mediche, quali l'anamnesi individuale e familiare, la presenza di figli, la sua confessione religiosa, occupazione lavorativa e il motivo per cui si è deciso di donare⁸⁴. Il medesimo dispositivo di legge, poi, permette, al compimento dei 18 anni, l'accesso ad informazioni identificative, seppur con una differenziazione tra chi è stato concepito prima e dopo l'entrata in vigore della disciplina che ha rimosso l'anonimato del donatore.

Coloro che sono stati concepiti con gameti donati prima dell'aprile del 2005, infatti, potranno venire a conoscenza di quanto sopra riportato solamente se tali dati identificativi sono stati forniti alla clinica volontariamente. Facendo riferimento a donazioni successive al 1 aprile 2005, invece, gli individui nati grazie a quei gameti avranno accesso a informazioni identificative quali il nome della persona che ha donato, il suo ultimo indirizzo conosciuto e qualsiasi altra informazione fosse stata precedentemente taciuta in quanto identificativa⁸⁵.

La disciplina relativa al diritto a conoscere le proprie origini è plasmata sulla fattispecie della pro-

79 Sections 56-64 *Adoption and Children Act 2002* e *Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005*. La possibilità di accedere a tali informazioni era già prevista in *Adoption Act 1976*, s 51(2). Cfr. G. Van Bueren, *Children's Access to Adoption Records – State Discretion or an Enforceable International Right?*, in *The Modern Law Review*, 1995, 58(1), pp. 37 ss; *Explanatory Memorandum to the Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005* 2005 No. 888, in https://www.legislation.gov.uk/uksi/2005/888/pdfs/uksem_20050888_en.pdf (ultima consultazione, 07.09.2020).

80 I. Turkmendag, R. Dingwall, T. Murphy, *The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would-Be Parents*, in *International Journal of Law, Policy and the Family* 2008, 22, pp. 283–310.

81 HFEA 1990, s 31(4)(b).

82 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* (SI 2004 No 1511).

83 La disciplina attualmente dello HFEA 1990 attualmente in vigore è stata modificata ai sensi della s 24, HFEA 2008.

84 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* (SI 2004 No 1511), regs 2(1), (2) e (3)(a).

85 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004* (SI 2004 No 1511), regs 2(1), 2(2), 2(3) e 3(a).

creazione medicalmente assistita eterologa⁸⁶. Sarà infatti possibile fornire tali dati solo nel caso in cui sia stata operata un'IVF e ciò sia avvenuto in una clinica autorizzata. Va da sé che la comunicazione di tali dati non potrà essere garantita qualora i soggetti coinvolti abbiano deciso di ricorrere a pratiche di fecondazione fai-da-te, senza l'intervento di personale medico-sanitario, o si siano rivolti a cliniche straniere (non UK): in queste fattispecie, infatti, non può essere garantito il rispetto dell'obbligo sancito *ex s.* 31 HFEA 1990 di registrare e conservare le informazioni sopra elencate⁸⁷.

Quanto finora delineato ha evidentemente delle ripercussioni anche nelle fattispecie di surrogazione di maternità, in quanto i minori nati tramite tale pratica potranno avere accesso all'identità di chi ha donato i gameti nel caso in cui si sia ricorsi a una PMA in strutture riconosciute.

Con esplicito riferimento alla surrogazione, poi, è bene sottolineare come non sia previsto alcun obbligo, in capo ai genitori (intenzionali) di comunicare al minore le circostanze che hanno portato al suo concepimento e alla sua nascita⁸⁸. Parallelamente, sebbene la s. 31HFEA 1990 individui la procedura atta a soddisfare il diritto a conoscere le proprie origini genetiche, l'ordinamento UK non contempla norme specifiche relative alla divulgazione di informazioni circa la nascita per surrogazione⁸⁹. Appare quindi evidente come, in seno al diritto a conoscere le proprie origini, da intendersi come il diritto a identificare la propria provenienza⁹⁰, si crei una netta distinzione tra discendenza genetica, di cui si ha il diritto di venire a conoscenza, e discendenza biologica, che invece non sembra ricoprire alcuna rilevanza giuridica nell'ambito della surrogazione di maternità dopo la formazione dell'atto di nascita.

Le Commissioni, però, ritengono non sussista alcun motivo per trattare le origini biologiche di una persona in modo differente rispetto a quelle genetiche, nascondendo le prime e rendendo possibile accedere alle seconde⁹¹.

Alla luce di questa disparità di trattamento, si è dunque evidenziata la necessità di riformare la disciplina in materia, così che i/le minori nati tramite surrogazione di maternità possano conoscere le proprie origini biologiche, cioè il fatto di essere stati portati/e in grembo da una madre surrogata e l'identità stessa della gestante⁹².

4.1. Le soluzioni proposte

Lo stato civile del Regno Unito prevede due forme di atto di nascita: quello *integrale* (*full birth certificate*) che riporta anche le informazioni relative ai genitori, e quello *sintetico* (*short birth certificate*), contenente i soli dati della persona minore⁹³.

86 §10.11.

87 §10.57.

88 A Bainham, *Arguments about parentage*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, 67, p. 33.

89 §10.7, nota 10.

90 Besson ne parla in termini di «each individual's interest to identify where she comes from». S. Besson, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, 21, p. 140.

91 §10.78.

92 §10.12.

93 *Register a birth: Birth certificates*, in *gov.uk*, al link: <https://www.gov.uk/register-birth/birth-certificates> (ultima consultazione, 07.09.2020).

Come già visto *supra*⁹⁴, i genitori intenzionali saranno, nel *n.p.*, genitori *ab initio*. Che ruolo riservare, dunque, alla madre surrogata, negli atti dello stato civile?

Le Commissioni sottolineano che una riforma dei registri anagrafici esorbiterebbe rispetto all'oggetto del *consultation paper*. Per questo motivo, hanno concluso che l'identità della surrogata non possa essere ivi riportata e che, nell'atto di nascita sintetico, per il suo largo impiego nella vita di una persona⁹⁵, non si debbano includere riferimenti alla surrogazione di maternità. Affinché le persone nate tramite surrogazione possano accedere alle proprie origini biologiche, però, propongono che l'atto *integrale* faccia esplicita menzione dell'avvenuta stipulazione dell'accordo di surrogazione⁹⁶.

Le informazioni identificative, invece, saranno conservate nel registro nazionale degli accordi di surrogazione⁹⁷. Si tratta di un registro *ad hoc* che le commissioni propongono di istituire, complementare a registro delle informazioni gestito dalla *HFEA Authority*⁹⁸. Al suo interno dovranno essere riportate tutte le informazioni utili a rivelare le origini genetiche e biologiche di una persona nata tramite surrogazione di maternità. In tal senso, quindi, sarà necessario riportare l'identità dei genitori intenzionali, della gestante e di qualsiasi donatore, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione⁹⁹. Proprio a tal fine, ad esempio, nel caso in cui si ricorresse alla cellula uovo della madre surrogata, ciò dovrà essere specificato.

Il diritto a conoscere le proprie origini, rispondente al *bisogno psicologico di identità*¹⁰⁰ di ognuno, quindi, verrà soddisfatto attraverso gli atti anagrafici e il nuovo registro, come sopra individuati. Ciò implica necessariamente che solo alcune persone nate tramite surrogazione potranno accedere ad una rivelazione piena delle loro origini genetiche e biologiche. Gli accordi di surrogazione contenuti nel registro, infatti, riporterà solamente le pattuizioni sussumibili nel *n.p.* In tal senso, dunque, solo chi è nato a seguito di un accordo ascrivibile alla nuova disciplina potrà venire a conoscenza delle informazioni identificative della surrogata. Tutti gli altri, cioè coloro che sono dovuti ricorrere ad un *parental order*, avranno invece la facoltà di richiedere l'atto di nascita integrale, potendo così accedere all'informazione di essere nati tramite surrogazione¹⁰¹.

Nonostante questa differenziazione, l'accesso alle origini biologiche si impone dunque come imperativo nella nuova disciplina relativa alla surrogazione di maternità.

5. Una riforma disattesa: la riconferma della maternità escludente

L'ordinamento del Regno Unito propone dunque, quale regola generale, una maternità unica e indisponibile. Ricalcando la filiazione naturale, la madre è una sola e coincide con chi partorisce e si occu-

94 *Infra* para 3.2.

95 Inserire tali informazioni nell'atto sintetico, infatti, equivarrebbe, nella visione delle commissioni, ad una «unjustifiable interference with the family and privacy of both parents and child». Così K Wade, *The regulation of surrogacy: a children's rights perspective*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2017, 29(2), p. 113.

96 § 10.84.

97 *Supra*, nota 62.

98 § 10.92. La *HFEA Authority* è un ente di controllo governativo responsabile di assicurare che le cliniche della fertilità e i centri di ricerca rispettino quanto previsto *ex lege* (link al sito ufficiale hfea.gov.uk).

99 § 10.90.

100 K. O'Donovan parla di «psychological need for identity» in K. O'Donovan, *A right to know one's parentage?*, in *International Journal of Law and the Family*, 1988, 2, p. 31.

101 § 10.84.

però anche della cura della prole¹⁰².

Tale impostazione generale sarebbe, secondo alcuni, messa in crisi dalla surrogazione di maternità e, a maggior ragione, dal *new pathway*. La scissione tra maternità biologica e sociale e l'attribuzione, sulla base della volontà, della maternità ad una donna diversa dalla gestante, infatti, comporterebbe una maggiore fluidità dello *status*.

La disciplina del *n.p.*, in particolare, sembrerebbe consacrare una nuova maternità *ipso iure* disponibile, proprio per la rilevanza costitutiva riconosciuta *ab initio* alla volontà delle parti. Sebbene all'accordo tra madre surrogata e genitori intenzionali non possa essere attribuita natura contrattuale, alla volontà dei privati viene riconosciuta nuova valenza costitutiva, mettendoli in condizione di derogare, tramite l'accordo di surrogazione, all'assioma della maternità per il parto¹⁰³.

Se da una parte è innegabile come la surrogazione di maternità sfidi alcuni principi consolidati in materia di filiazione,¹⁰⁴ dall'altra, a parere di chi scrive, il riconoscimento di rilevanza giuridica accordato alla volontà non intacca il modello di maternità unica ed escludente. La disciplina del *n.p.*, infatti, non ha fatto altro che attribuire la maternità alla madre intenzionale, svuotando il parto di significato, sulla base di un accordo validato da un controllo amministrativo. Il *n.p.*, dunque, non costruisce una maternità giuridica flessibile, plasmata sulla complessità introdotta dalla surrogazione e già negata nell'HFEA1990¹⁰⁵; questo si limita a tracciare un nuovo percorso parallelo a quello tradizionale e, quindi, escludente.

L'idea di madre che emerge, infatti, è ancora quella in cui si condensano - inscindibili - la dimensione biologica e quella sociopsicologica. Nel momento in cui la madre naturale si fraziona, il diritto risponde con una *fictio*, cancellando gli elementi disturbanti e attribuendo, *ab initio*, lo *status* unico ad una sola donna.

Per meglio comprendere cosa si intende quando si parla inscindibilità della dimensione biologica e sociopsicologica, è bene fare però un passo indietro. La costruzione della genitorialità giuridica nell'ordinamento UK, infatti, si muove attorno ai tre concetti cardine di *parentage*, *parenthood* e *parental responsibility*¹⁰⁶. Come è noto, *parentage*, che potrebbe essere tradotto¹⁰⁷ con *discendenza*, rimanda - in una impostazione evidentemente patrilineare¹⁰⁸ - alla dimensione genetica della genitoria-

102 Fatta salva la possibilità di ricorrere all'adozione.

103 Come visto, a differenza del modello forte californiano, residua, in capo alla surrogata, la possibilità di opporsi *post-partum* all'attribuzione della genitorialità *ab initio* ai genitori intenzionali.

104 «Surrogacy is problematic for traditional notions of “mother”, “father” and “family” when it introduces a third (or even fourth) party into reproduction, when it introduces contractual or “public” arrangements into “private” affairs and when it fragments motherhood. Surrogacy makes motherhood negotiable and confounds both social and biological bases of claims to parenthood». R. Cook, S. Day Sclater, F. Kaganas, *Introduction*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, R. Cook, S. Day Sclater, F. Kaganas (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 4.

105 L'adesione al modello unico della famiglia nucleare naturale emerge in modo chiaro dal Warnock report, che ha poi portato allo *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990. Cfr. M. Warnock, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Cmnd 9314, Londra, 1984. Così anche A. Brown, *ivi*, p. 114. Sulla necessità di individuare una disciplina che tenga conto delle differenze tra surrogazione di maternità e PMA, *mutatis mutandis*, J. Long, *Ri(?)pensare la maternità*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe - Collana “Studi di Genere. Convegni”, Vol. 5, Torino, 2019, pp. 132.

106 A. Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility*, in *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, A. Bainham, S. Day Sclater e M. Richards (ed.), Oxford - Portland Oregon, Hart, 1999, 27.

107 Consapevoli dei rischi insiti nella traduzione giuridica, solo per questa volta si ricorrerà alla resa in italiano, nel tentativo di spiegare la *ratio* di questa costruzione giuridica.

108 Come si è avuto modo di vedere, nell'accertamento della maternità, la dimensione genetica è solo marginale. Il legame ge-

lità. Quando il legame tra genitore e figlio viene accertato, da ciò, solitamente, discende l'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione, cioè la *parenthood*.

Il *parentage*, dunque, non assume una rilevanza giuridica autonoma, ma rappresenta la genitorialità naturale, un elemento di fatto¹⁰⁹ funzionale all'attribuzione della titolarità dello status (*parenthood*) e dei poteri e doveri ad esso ricollegati (*parental responsibility*).

Guardando alla dimensione biologica, nella maternità giuridica si ripropone la medesima dinamica. Secondo la regola generale, il parto attribuisce alla donna lo status *giuridico* di madre nella misura in cui il fatto di mettere al mondo un figlio le impone la titolarità della filiazione, consentendole di esplicitare la sua genitorialità prendendosi cura del minore. Nella surrogazione si interrompe l'automatismo di fatto, ma il legislatore ha costruito una genitorialità giuridica plasmata sullo status unico della maternità naturale. A tal proposito, relativamente alla disciplina dell'HFEA 2008 ora in vigore, la dottrina evidenzia l'inadeguatezza del concetto tradizionale di maternità a fronte della pratica della surrogazione, in quanto «[q]uesto approccio alla determinazione della maternità *ipso iure* [quello della maternità unica] dà un significato o un riconoscimento limitato alla realtà sociale prevista nei casi di maternità surrogata, in cui il processo di gestazione e di parto è separato dalla pratica sociale del *mothering*, in quanto saranno intraprese da donne diverse». La risposta fornita dal *n.p.*, affermando l'irrilevanza del parto, in quanto non funzionale all'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione, si inserisce nello stesso solco.

Il diritto non concepisce infatti la maternità biologica (*maternity*) e la maternità sociale (*mothering*) come due *status* autonomi, potenzialmente separati e coesistenti. Nella traduzione italiana, infatti, l'apposizione non assume *ipso iure* una valenza qualificativa e propria di posizioni giuridiche distinte. *Biologica* e *sociale*, dunque, rivelano l'elemento costitutivo (il parto o il legame sociale) della maternità, che però resta unica ed escludente¹¹⁰. Nel *new pathway*, nello specifico, le Commissioni, attribuendo *ab initio* la titolarità della genitorialità ai genitori intenzionali, hanno riconfermato la necessità di operare una scelta esplicita tra queste due forme di maternità, interpretate come necessariamente concorrenti.

Alla luce del *n.p.*, dunque, sembra ragionevole affermare che l'adozione di un approccio *aut aut* finisce inevitabilmente per delegittimare la forma di maternità *altra* rispetto a quella che nel caso specifico si è scelto di privilegiare. Quali sono, però, le ripercussioni della riproposizione di questo modello escludente? Pur cambiando la titolare *ab initio* del rapporto di filiazione, la maternità unica si riconfermerà, ancora una volta, una coperta troppo corta?

6. Conclusioni: maternità biologica e maternità psicosociale, tra diritto alla vita privata e diritto alla vita familiare

Il *n.p.* nasce con l'intento di fornire un nuovo approccio alla genitorialità nella surrogazione. La disciplina delineata nel *consultation paper*, infatti, non solo riconosce *ab initio* la titolarità nel rapporto di filiazione ai genitori intenzionali, rendendo obsoleto il *p.o. post partum*, ma elimina anche il requisito del legame genetico con almeno uno dei committenti. In altre parole, nel *n.p.*, la genitorialità *ipso iure* verrà attribuita sulla base della sola volontà (*intention*), a soggetti che potranno essere biologicamente

netico assume rilevanza nella determinazione della discendenza del padre.

¹⁰⁹ «[P]arentage is an exclusively genetic idea». A. Bainham, *ivi*, p. 29.

¹¹⁰ La condizione delle *non-gestational female parents* rappresenta un'altra ripercussione della costruzione escludente della maternità unica. Cfr. *infra* para 2.

e geneticamente estranei a chi nasce tramite surrogazione.

La posizione giuridica della surrogata, dunque, è destinata a mutare. Nella disciplina attualmente in vigore, la donna, dopo la pronuncia di un *parental order*, perde lo *status* di madre, originariamente attribuitole per il fatto del parto. Nel progetto di riforma, invece, chi affronta il travaglio non sarà mai titolare *ipso iure* del rapporto di filiazione, che si instaurerà, dalla nascita, tra minore e genitori intenzionali¹¹¹. In entrambi gli scenari, però, ciò che non muta è l'evidente adesione ad un modello binario di famiglia nucleare, caratterizzato da una maternità escludente che elimina la genitorialità della surrogata per fare spazio allo *status* dei genitori intenzionali. A causa dell'approccio legislativo che interpreta la maternità biologica e la maternità sociopsicologica come confliggenti e alternative, solo la madre intenzionale sarà *madre*. A tal proposito, le Commissioni rifiutano il modello multigenitoriale (*three-parent model*)¹¹², escludendo esplicitamente che nel *n.p.* la genitorialità possa essere condivisa tra gli adulti coinvolti, anche solo in via temporanea, nei termini concessi alla surrogata per opporsi all'attribuzione dello *status* ai genitori intenzionali.

Come si è avuto modo di vedere, quello della genitorialità giuridica è un concetto complesso che è stato e tuttora è interessato da profondi mutamenti. Relativamente allo *status filiationis*, però, è possibile rinvenire un punto cardine, cioè la distinzione tra dimensione interna ed esterna¹¹³, tra genitori ed estranei. In questo senso, per aspetti interni si fa riferimento ai rapporti tra genitori e figli, mentre il profilo esterno attiene ai rapporti intrattenuti da genitori e figli con soggetti terzi.

In quest'ottica, nella proposta di riforma, la madre surrogata sarà *ab initio* estranea per la persona minore, poiché dal parto, abitualmente interpretato come costitutivo di un legame familiare, non discendono gli effetti giuridici solitamente individuati dall'ordinamento¹¹⁴. I rapporti con la prole, dunque, dovranno essere equiparati, in linea di principio, alle interazioni con i terzi. A ben vedere, però, nello stesso *consultation paper* è riportata una disciplina *ad hoc*, che individua obblighi e responsabilità in capo alla surrogata e alla persona minore.

Come già previsto *de iure condito*, infatti, anche nel *n.p.* l'individuo nato tramite surrogazione tradizionale, non potrà sposarsi o unirsi civilmente con "fratelli e sorelle" (*sibling*), figli della surrogata, ricadendo nel divieto ex *Marriage Act* 1949 o *Marriage (Scotland) Act* 1977¹¹⁵.

Le commissioni si interrogano, poi, proprio sul concetto di "fratelli e sorelle", suggerendo che questo rimandi ad un rapporto basato su un legame genetico, non riscontrabile, ad esempio, in una surrogazione *gestazionale*. Nonostante ciò, nel *consultation paper*, è stato richiesto ai cittadini di esprimersi circa la possibilità di consentire l'accesso agli atti, alle persone nate tramite surrogazione gestazionale, per scoprire se la persona con cui intendono sposarsi, unirsi civilmente o intraprendere una relazione intima sia stata partorita dalla stessa donna (seppur in assenza di un legame genetico)¹¹⁶.

Ciò riconosce la sussistenza di un legame, non ascrivibile all'estraneità *ab initio* delineata nel *consultation paper*. Tanto il divieto relativo alla possibilità di formare un vincolo familiare orizzontale giuridicamente riconosciuto nei casi di surrogazione tradizionale, quanto l'apertura ad una *disclosure* nelle ipotesi di surrogazione gestazionale, non possono che trovare fondamento proprio nell'esistenza

111 Cfr. *infra* para. 3.2.

112 §§ 7.85 ss e 8.88.

113 J.M. Scherpe, *The Present and Future of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 84 ss; J. Ferrer-Riba, *Parental responsibility in a European Perspective*, in *European Family Law Volume III: Family Law in a European Perspective*, J.M. Scherpe (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 284 ss.

114 J. Herring, *The Law of Persons*, in *English Private Law*, A. Burrows (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 39.

115 *Id.*, p. 368.

116 § 10.113.

di una relazione *ipso iure* rilevante tra madre surrogata e minori.

Allo stesso modo, nel progetto di riforma, si fa esplicito riferimento al diritto delle persone nate tramite surrogazione a conoscere le proprie origini. In tal senso, quindi, si è proposta l'introduzione, nell'atto di nascita integrale, di una menzione all'avvenuta surrogazione, oltre all'istituzione di un registro degli accordi di surrogazione che custodirà l'identità di tutti i soggetti coinvolti, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione. Come visto, grazie a tali misure, a 16 anni sarà concesso ai *surrogacy born children* di apprendere informazioni sulla madre naturale, rilevanti da un punto di vista medico e, al compimento della maggiore età, dati identificativi relativi alla surrogata. Il diritto a conoscere le proprie origini comprenderà dunque sia la ascendenza genetica¹¹⁷ che quella biologica.

Permettere alle persone nate tramite surrogazione di conoscere tali informazioni, sottraendo alla surrogata la possibilità di decidere se rendere o meno accessibili i suoi dati identificativi, rappresenta sicuramente una compressione del suo diritto alla *privacy*. Tale limitazione è giustificata da un diritto concorrente, cioè quello a conoscere le proprie origini degli individui nati per surrogazione.

Com'è evidente, dunque, il riconoscimento esplicito della rilevanza del fattore biologico relativamente alle origini di ciascuno impone a chi ha partorito di sopportare la violazione della *privacy* derivante dalla diffusione dei propri dati identificativi; e tale *pondus*, seppur minimo, è dovuto al fatto del parto. In altre parole, dare alla luce un minore comporta il sorgere di un legame giuridico tra madre surrogata e minore, in cui si intersecano il dovere di sopportare la limitazione della *privacy*, il diritto a conoscere le proprie origini e il divieto di matrimonio o unione civile con una specifica categoria di soggetti.

È chiaro, a questo punto, che lo status di *terzietà* imposto alla madre surrogata mal descriva il legame con la persona minore. Come inquadrare, dunque, il rapporto? La maternità unica ed escludente impedisce l'attribuzione dello status di *madre* alla surrogata, poiché già conferito alla madre intenzionale¹¹⁸. Operando in un contesto caratterizzato dal dualismo tra dimensione familiare interna ed esterna, dunque, è facile comprendere perché, esclusa la maternità della surrogata, le Commissioni abbiano optato per l'estraneità giuridica della stessa rispetto alla persona minore: era l'unica alternativa possibile.

Il fascio di diritti e responsabilità specifiche che caratterizza il rapporto tra surrogata e persona nata tramite surrogazione – due estranei giuridici – rappresenta però evidentemente un cortocircuito. Tale contraddizione in termini potrebbe, a parere di chi scrive, trovare una soluzione nell'abbandono del modello unico della maternità naturale escludente e nel riconoscimento della maternità biologica della surrogata.

A tal proposito, è bene sottolineare come non si intenda in tal senso enfatizzare il legame biologico a discapito di quello sociopsicologico¹¹⁹ (instaurato *ab initio* attraverso l'accordo di surrogazione),

117 Già disciplinata ai sensi della s. 31 HFES 1990 (come attualmente in vigore).

118 «Because the law has been stymied by the principle of parental exclusivity, its response to the splitting of the normal incidents of parenthood has been to try to identify a hierarchy of criteria which will result in one putative parents claim trumping the others. In so doing, it has become spectacularly confused and confusing, not least because different hierarchies operate in different circumstances». E. Jackson, *What is a Parent?*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, Diduck and O'Donovan (a cura di), Abingdon, Routledge-Cavendish, p. 60.

119 «Il riconoscimento del rilievo peculiare del fatto biologico della gravidanza e del parto non significa però che la madre di parto sia l'unica "madre" e che la gestazione sia la sola via per la costituzione di un vincolo giuridico di filiazione». Anche se riferite all'ordinamento italiano, *mutatis mutandis*, si rimanda alle riflessioni di J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), Napoli,

o viceversa: ciò, infatti, risulterebbe inevitabilmente nella riconferma di un approccio unico ed escludente alla maternità, lo stesso che si propone di superare.

In un ordinamento (che resta) caratterizzato dal binarismo escludente della famiglia nucleare¹²⁰, in cui le uniche alternative possibili sono *genitorialità* o *terzietà*, il solo modo per garantire un riconoscimento giuridico a colei che ha partorito (e non intende assumere un ruolo genitoriale) è il frazionamento dello *status* unico di madre in maternità biologica e maternità sociopsicologica¹²¹. Proprio attraverso il riconoscimento di dignità *ipso iure* distinte e autonome alla maternità biologica e alla maternità sociopsicologica¹²², dunque, sarebbe possibile garantire un'adeguata rappresentazione alla pluralità di figure femminili (qui necessariamente materne) che, con funzioni e spazi diversi, gravitano attorno alla persona nata tramite surrogazione.

Sebbene nella maggior parte delle famiglie non si assisterà ad una netta scissione della *motherhood* tra *maternity* e *mothering*, quando ciò accade è fondamentale che il diritto non imponga rappresentazioni giuridiche troppo distanti dalla realtà sociale e biologica, tanto da impedire ai soggetti coinvolti di riconoscersi¹²³.

La tentazione di chiedersi, a questo punto, chi, tra le due, è la *vera* madre, è forte. La domanda, però, è mal posta, nel senso che non c'è bisogno di escludere completamente nessuno, visto che le due realtà rimandano a dimensioni tra loro giuridicamente diverse. In particolare, forti di quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti Umani¹²⁴, il legame per il parto è da ricondurre al diritto alle origini e per questo attiene alla vita privata e all'identità, come «interesse vitale nello sviluppo di ogni individuo»¹²⁵. Proprio per questo motivo, e mancando il rapporto di cura, la relazione

Jovene, 2017, p. 154. V. anche B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, pp. 194 ss.

120 Sull'impatto del modello binario della famiglia nucleare nel diritto di famiglia nel Regno Unito, A. Brown, *ivi.*; anche se rivolte all'ordinamento italiano, si rimanda, *mutatis mutandis*, alle riflessioni di Palmeri sulla necessità di ripensare le regole in materia di filiazione, G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana “Studi di Gemere. Convegni”, Vol. 5, Torino, 2019, pp. 44 ss.

121 Sulla frammentazione della maternità (*gespaltene Mutterschaft* o *split motherhood*), v. F. Swennen, M. Croce, *Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)*, in *Journal of Law and Society*, 2017, 44, 4, pp. 532-558.

122 E superando così la maternità escludente.

123 Già trent'anni fa emergeva come «il nostro attaccamento emotivo a una definizione basata sul sangue, la nostra moderna tendenza verso una definizione basata sul contratto e le nostre definizioni legali basate sulla ricreazione fittizia della famiglia biologica nucleare sono tutti maturi per la riforma e l'integrazione»; così R. Alta Chao, *And baby makes three – or four – or five – or six: redefining the family after the reproductive revolution*, in *Wisconsin Women's Law Journal*, 1992-1993, 7(1), p. 1. A tal proposito, Penasa evidenzia la necessità di un «meccanismo normativo dotato tanto della capacità di regolare in modo certo, effettivo e ragionevole dinamiche sociali che appaiano ormai consolidate, quanto di sapersi adattare agli incessanti mutamenti che caratterizzano l'ambito sociale e medico-scientifico»; in S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana “Studi di Gemere. Convegni”, Vol. 5, Torino, 2019, p. 101.

124 Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, §44. Sempre sulla distinzione tra diritto a conoscere le proprie origini e il diritto alla vita familiare, cfr. con Corte Edu, 21 dicembre 2010, *Anayo c. Germania*; Corte Edu, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*. V. Joëlle Long, *La Corte Europea dei Diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, 2, pp. 283 ss; L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2016, 1, pp. 43 ss.

125 Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, §44, liberamente tradotto da «vital interests in its personal development».

di *maternity* tra i due soggetti non sarebbe di tipo familiare, come invece accade nel *mothering*, ma atterrebbe piuttosto alla vita privata.

In questo senso, dunque, la maternità biologica, *ex se*, non nega la rilevanza della volontà della surrogata e dei genitori intenzionali, sacrificandola sull'altare del positivismo biologico. Nello scenario che si propone, infatti, la titolarità del rapporto genitoriale non discende dal processo biologico e quindi la gestante non assume, per il solo fatto del parto, un ruolo genitoriale. La necessità di individuare uno status *ad hoc* per colei che partorisce, infatti, nasce dalla necessità di garantire adeguata rappresentazione giuridica ad un legame ad oggi acefalo, da cui però vengono fatti discendere obblighi, diritti e responsabilità. La relazione cui la dicitura di *maternità biologica (maternity)* rimanda, dunque, è in grado di intersecarsi con l'esplicita e consapevole intenzione della surrogata di contribuire al progetto genitoriale di un'altra persona/coppia. A tal proposito, nello specifico, nel caso in cui i genitori intenzionali siano una o due donne, la distinzione tra *maternity* e *mothering* permetterebbe l'attribuzione, ad una o entrambe, dello status di *madre sociopsicologica*, superando la distinzione gerarchizzante tra *madre* e *genitore*.

Ponendoci dal punto di vista della persona nata tramite surrogazione, poi, la giuridicizzazione di questi concetti socialmente accettati, permetterebbe di riconoscere dignità al diritto di accedere, se lo si vorrà, alle proprie origini¹²⁶. In questo senso, dunque, attribuire autonoma rilevanza a *maternity* e *mothering*, permetterà a chi è stato concepito tramite surrogazione di non essere costretto nelle maglie della maternità (unica) naturale, ma di poter accedere ad una narrazione di maternità *ipso iure* plurale e non più stigmatizzante, capace di raccontare (a chi le vorrà ascoltare, senza però imporle) le sue origini

126 Il 19 novembre 2019 a Ginevra, per la prima volta, una delegazione di persone concepite tramite PMA e surrogazione ha avuto modo di raccontare e condividere esperienze di vita e istanze davanti a rappresentanti delle Nazioni Unite; così facendo è emersa la volontà di conoscere la propria identità biologica, la propria provenienza. «Children have a right to know their biological parents and siblings and to seek contact with them. Not through detective work when they're adults but right from the start». Donor Kindren, *Written speeches - UN - 19 Nov 2019 - Geneva*, al link <https://www.donorkinderen.com/speeches-united-nations>, 2019 (ultima consultazione, 07.09.2020).