

## APPRODI E PARTENZE: LO STATO DELLA GESTAZIONE PER ALTRI E LA PROSPETTIVA FUTURA

*Sommario: 1. Legge 40 e divieto di gestazione per altri: un obiettivo raggiunto? – 2. Gli effetti indesiderati dell'interesse superiore del minore – 3. Una strada dai confini sempre più stretti – 4. Riformare senza travolgere: coordinate (minime) per un possibile intervento.*

### 1. Legge 40 e divieto di gestazione per altri: un obiettivo raggiunto?

Dopo diciassette anni dall'approvazione, circa quaranta rinvii di legittimità costituzionale, otto pronunce di incostituzionalità<sup>1</sup>, il divieto di gestazione per altri<sup>2</sup> previsto dall'art. 12 co. 6 sembra essere l'unica disposizione inscalfibile della legge 40 del 2004.

---

\* Dottorando in scienze giuridiche presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> La produzione scientifica sulla legge 40 del 2004 è vastissima. Si rimanda *ex multis* F. ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, Milano Udine, Mimesis, 2020; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; A. STEFANO, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005.

<sup>2</sup> Nel presente scritto, si preferisce ricorrere alla locuzione 'gestazione per altri', al posto di 'utero in affitto', 'maternità surrogata' o 'surrogazione di maternità'. Dietro a ognuna di queste espressioni, infatti, si racchiude un determinato modo di pensare e intendere questo tema. A fronte delle locuzioni 'utero in affitto', 'maternità surrogata' o 'surrogazione di maternità' che stigmatizzano tale pratica, il termine 'gestazione per altri' sottintende un'idea di neutralità non esprimendo né un disvalore né un apprezzamento di tale tecnica, ma considerandola nella sua oggettività. Cfr. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSDe-Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, 2019, p. 179 nota 1. *Contra* E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI - E. E. (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una*

Come tale legge mirava a chiudere il dibattito sulla procreazione medicalmente assistita<sup>3</sup>, allo stesso modo punendo la surrogazione di maternità con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro<sup>4</sup>, il Legislatore mirava a fornire una chiara presa di posizione nei confronti di tale tecnica.

L'opportunità fornita dalle tecniche di fecondazione assistita di disgiungere la maternità genetica da quella biologica aveva dischiuso nuove possibilità per gli accordi in materia di gestazione per altri<sup>5</sup>. Ne era nato un acceso dibattito circa la liceità di tale pratica<sup>6</sup> e il mondo del diritto aveva tentato di dare delle risposte il più possibile coerenti con i principi propri dell'ordinamento. A fronte di un Legislatore che tardava a intervenire, anche i tribunali italiani si trovarono ben presto a dirimere controversie avanti a oggetto tale pratica<sup>7</sup>.

---

*prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 4 che ne denuncia l'eccessiva pretesa neutralizzante dal momento che con tale espressione si occulta il legame tra surrogazione e relazione materna. Similmente C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 174 nota 2 che ritiene che tale espressione ponga in secondo piano il soggetto vulnerabile dell'accordo, cioè la madre surrogata e al contempo si connota a priori la pratica come altruistica.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione del panorama normativo della procreazione medicalmente assistita prima del 2004 e l'entrata in vigore della legge 40 si rimanda a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, op. cit., pp.17-60.

<sup>4</sup> Art. 12. co. 6 della L. 40/2004 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>5</sup> La definizione di gestazione per altri racchiude in sé differenti fattispecie. A seconda di come è indotta la gravidanza e la provenienza del materiale genetico per il concepimento, si possono avere diverse combinazioni. Sul punto, mi si permetta di rinviare a I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, S. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e S. ZATTI, II, Milano, 2011, p. 1482. Invalsa nella dottrina italiana anche l'utilizzo delle categorie della procreazione medicalmente assistita si veda A. LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, aggiornamento VI, 2011, pp. 619-620.

Invece, nella letteratura giuridica inglese la distinzione risiede nel coinvolgimento genetico (o meno) della gestante: qualora quest'ultima offra anche un apporto genetico, vale a dire l'ovocita che deve essere fecondato, si parla di *traditional surrogacy*; altrimenti si preferisce la locuzione *gestional surrogacy*. Ugualmente nella lingua francese, si distingue tra *gestation pour autrui*, quando i genitori intenzionali sono anche genitori biologici, e *procréation pour autrui*, quando invece il bambino non è legato geneticamente a entrambi i genitori intenzionali. Cfr. H. GAUMONT-PRAT, *Mère porteuse*, in M. MARZANO, *Dictionnaire du corps*, 2007, Paris, PUF, pp. 577 ss.

<sup>6</sup> Lo stesso Comitato di Bioetica Nazionale in due differenti pareri aveva espresso la preoccupazione di come questa pratica ledesse la dignità della donna e riducesse il nascituro a merce di scambio. Già nel 1994, nel parere intitolato «Parere sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni» aveva preso una netta posizione, esprimendosi in senso contrario a tale pratica e giustificando tale scelta in base «al principio di diritto comune che delegittima ogni forma di commercializzazione del corpo umano e con riferimento del bene del nascituro, alla sua situazione psicologica, a quella dei committenti e a quella della madre portatrice, nonché al profondo legame che si instaura tra la gestante e il feto [...]». Posizione ugualmente ribadita all'interno del *dossier* del 1995 sulla «Fecondazione assistita». Entrambi i pareri sono consultabili sul sito del CNB <http://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/> (ultima consultazione 20.07.2021).

Per una critica serrata al contrattualismo sotteso a tale pratica C. PATENAM, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Bergamo, Moretti & Vitali, 2015. *Contra* C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992.

<sup>7</sup> Il primo caso italiano è stato affrontato dal Tribunale di Monza, sentenza del 7 ottobre 1989, reperibile in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, pp. 296 ss. con nota di G. PALMERI, *Maternità «surrogata»: La Prima pronuncia italiana* in cui la Corte dichiarò la nullità del contratto di gestazione per altri. Secondo tale interpretazione si espressa anche la Corte d'appello di Salerno, sez. min., (decr.) del 25 febbraio 1992, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, pp. 177 ss. con nota di R. BITTETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*. A partire dagli anni Duemila, tuttavia, si è avuta una giurisprudenza che invece ha considerato leciti tali accordi cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000 pubblicata in *Famiglia del diritto*, 2000, pp. 151 ss.

Il divieto, dunque, si poneva non solo in linea con l'impianto della legge stessa che mirava a un'imitatio naturae, ma si prefiggeva anche la tutela di valori costituzionali fondamentali. La ratio della norma infatti è stata individuata, dalla dottrina maggioritaria, nella tutela della dignità della gestante e del nato<sup>8</sup>, lese, secondo il dettato normativo, da qualsiasi forma di gestazione per altri. Infatti, similmente a quanto previsto dagli altri Stati europei<sup>9</sup>, il Legislatore non ha operato alcuna distinzione tra una forma di gestazione per altri onerosa proibita e una forma altruista ammessa come avviene invece nel Regno Unito e in Grecia<sup>10</sup>.

Negli ultimi anni, il tema della gestazione per altri è stato oggetto di contributi di numerosi studiosi<sup>11</sup>, diversi progetti di legge e importanti pronunce giurisprudenziali; oggetto di

---

<sup>8</sup> In tal senso C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) 17 novembre 2015. Si veda anche T. TRICHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2017, nota 13 p. 1400 che riporta le posizioni espresse dalla dottrina.

<sup>9</sup> Per una panoramica sugli Stati che proibiscono la gestazione per altri si rimanda a R. LA RUSSA ET ALIA, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2, 2017, pp. 691-700.

Più nello specifico, in Germania, è la legge sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*) all'art. 1 co. 1 n. 7 a punire con la reclusione fino a tre anni oppure con sanzione pecuniaria colui che applichi tecniche di procreazione medicalmente assistita a una donna disposta a lasciare a terzi, dopo la sua nascita, il bambino così concepito. Inoltre il co. 2 estende la punibilità a chi unisca un gamete maschile a un gamete femminile senza avere come fine la gravidanza della donna dalla quale l'ovulo proviene.

Successivamente alla pronuncia della Cassazione francese nel 1991, il Legislatore ha introdotto l'art.16-7 del *Code civile* che proibisce tale pratica. Ciò è avvenuto con le leggi di bioetica nel 1994.

In Spagna, la gestazione per altri è proibita dall'art. 10 della *ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Anche il Portogallo aveva introdotto un divieto assoluto nel 2006, tuttavia, abrogato con la riforma del 2016 (v. nota seguente).

<sup>10</sup> Una breve prospettiva comparata sugli ordinamenti che permettono la gestazione per altri è contenuta in R. LA RUSSA ET ALIA, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo*, op. cit., pp. 700-708.

A partire dal *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, in seguito confluito nell'*Human Fertilisation and Embryology Act*, il Regno Unito si è dotato di una legislazione sulla gestazione per altri. La regolamentazione inglese ha previsto l'interdizione delle agenzie che promuovano le gestazioni per altri commerciali e il divieto di pagamento per le spese sostenute. Inoltre, i contratti di gestazione non possono essere eseguiti coercitivamente e la madre biologica, può, in ogni caso, decidere di tenere il bambino. Infatti, il *surrogacy agreement* deve essere validato da un tribunale che deve verificare il rispetto dei requisiti imposti dalla legge. Il rilascio del *parental order* può essere richiesto solamente sei mesi dopo la nascita del bambino in quanto questo tempo dilatatorio serve, per l'appunto, a garantire alla madre biologica qualsiasi ripensamento. Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*, in *Italian Journal*, n. 2, 2020, pp. 336-340 e la relativa bibliografia.

In Grecia, la gestazione per altri gratuita è permessa dal 2002 in seguito all'autorizzazione del tribunale. Nel 2005, la legge 3305 ha rafforzato queste disposizioni precisandole ulteriormente e introducendo sanzioni penali per il mancato rispetto dei requisiti previsti. La legge richiede una serie di circostanze e di procedimenti per poter ottenere l'autorizzazione: la sterilità della madre intenzionale, un'analisi clinica e psicologica della gestante, un accordo scritto tra le parti (e nel caso in cui la futura gestante sia sposata anche il consenso del marito), la residenza permanente e temporanea in Grecia per la madre intenzionale o la gestante. Sul tema A. N. HATZIS, *From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in *Portuguese Economic Journal*, n. 8, 2009, pp. 205 ss.

In Portogallo, nel 2016 la legge in materia di procreazione medicalmente assistita è stata riformata nel senso di prevedere la liceità della gestazione per altri, esclusivamente a titolo eccezionale e altruistico, in forma gratuita e volontaria, previa autorizzazione da parte di un organismo indipendente (*Conselho Nacional De Procriação Medicamente Assistida*). La legge tuttavia è stata oggetto di una dichiarazione di incostituzionalità da parte del Tribunale costituzionale portoghese e riapprovata nuovamente dal Parlamento. Sul punto, si veda V. L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1, 2020, pp. 339 ss.

<sup>11</sup> Nell'impossibilità di rendere conto degli innumerevoli scritti in materia, oltre a quanto citato nel presente scritto, si rimanda per completezza a S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del*

dibattito non solo entro i confini nazionali italiani, ma anche in altri Stati sino a raggiungere una dimensione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. A fronte di un quadro così ricco e composito occorre chiedersi quale spazio ci sia ancora e in che modo si possa parlare di gestazione per altri. È necessario innanzitutto fare il punto della situazione, soprattutto - come si diceva in apertura - in relazione al divieto disposto.

L'eccessiva assolutezza del divieto in questione è stata alla base degli argomenti da parte di quella dottrina la quale ha sostenuto la necessità di una regolamentazione della gestazione per altri per contrastare anzitutto il fenomeno del turismo procreativo e risolvere poi il problema del riconoscimento dello *status filiationis*. Facendo leva infatti sui numerosi casi sempre più crescenti di coppie che si recano all'estero per ricorrere a tale pratica, alcuni Autori hanno cercato di delineare una gestazione per altri in coerenza con i principi costituzionali<sup>12</sup>.

Rifiutando la maggior parte di essi i casi di gestazione per altri onerosa<sup>13</sup>, l'impostazione adottata è stata quella basata sulla logica del dono, che vede nella gratuità dell'atto e nella partecipazione della gestante al progetto genitoriale della coppia intenzionale la forma più idonea e corrispondente a Costituzione<sup>14</sup>. Ponendosi al di fuori di un atteggiamento paternalista, si è intravisto nell'autonomia e nell'autodeterminazione della gestante un atto in pieno raccordo con la sua dignità; anzi questa impostazione, in una sorta di funzione di *empowerment*, si è ritenuto avvalorare la massima espressione della sua libertà di scelta<sup>15</sup>.

Questa posizione è stata aspramente respinta da quella parte della dottrina che ha contestato il bisogno di una legge che regolamenti il fenomeno, sostenendo, invece, la necessità del mantenimento del divieto. Il turismo procreativo, secondo tale ricostruzione, non solo è frutto del divieto legislativo, ma anche del fatto che all'estero le coppie trovino tutta una serie di facilità (dagli studi legali, alle agenzie di intermediazione e alle cliniche predisposte) per poter accedere alla gestazione per altri<sup>16</sup>. L'adozione di un modello regolativo, inoltre, non esaurirebbe i fenomeni di gestazione per altri internazionale (c.d. *cross-board surrogacy*) al pari di quello che sta avvenendo negli Stati in cui è presente una regolamentazione<sup>17</sup>. Tuttavia, non si contesta solamente l'inutilità di un'eventuale legge, ma proprio la *ratio* dell'intervento volto a eliminare il divieto<sup>18</sup>. Quest'ultimo trova il proprio fondamento non solo nella protezione

---

*minore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>12</sup> A. RUGGERI – C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta online*, n. 1, 2017, pp. 138 ss; Altresì si veda A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, *op. cit.*, pp. 179 ss.

<sup>13</sup> Si veda M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2019, pp. 74 ss.

<sup>14</sup> S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, p. 102.

<sup>15</sup> A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, *op. cit.*, pp. 186-190.

<sup>16</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>17</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, *op. cit.*, pp. 14-15. Sul caso inglese si veda M. POLI, *The new pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2020, pp. 349 ss.

<sup>18</sup> Se ne propone anzi un rafforzamento internazionale, cfr. J. TOBIN, *To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 2, 2014, pp. 317 ss.

della dignità della donna e del nascituro<sup>19</sup>, i quali sono lesi irrimediabilmente nel caso di gestazione per altri, ma anche, secondo alcune Autrici, nel principio della *mater semper certa*<sup>20</sup>, principio fondamentale che vede nell'unicità della madre il baluardo contro la riduzione a oggetto del figlio<sup>21</sup>.

Relativamente al divieto di gestazione per altri, dunque, si può affermare che la discussione si sia posta *a monte*<sup>22</sup>, in una prospettiva *de iure condendo* volta a modificare il divieto *direttamente*.

Tale approccio non ha trovato riscontro in giurisprudenza<sup>23</sup>, se non parzialmente nelle motivazioni dell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale da parte della Corte d'Appello di Milano e, come si avrà modo di vedere, nell'ultima pronuncia della Corte costituzionale<sup>24</sup>. Nel caso che originava da un'azione di disconoscimento del genitore intenzionale proposta del curatore speciale, i giudici milanesi contestavano l'art. 263 c.c. nella parte in cui prevedeva la possibilità di non accogliere l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore, qualora il giudice lo avesse ritenuto rispondente all'interesse superiore del minore.

Nelle motivazioni, un'ampia analisi del divieto di gestazione per altri è svolta dal rimettente, adducendo come propri quegli argomenti sviluppati da parte della dottrina secondo cui il divieto assoluto sarebbe eccessivo<sup>25</sup>. Nonostante l'ampia disamina, però, lo stesso giudice ha ritenuto che tale divieto non assumesse rilevanza nel giudizio *a quo* incentrando la propria argomentazione sul *best interests* del minore<sup>26</sup>. In quest'ottica, è possibile comprendere la

---

<sup>19</sup> Così A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, pp. 474 ss.; più ampiamente sempre dello stesso Autore A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2015, pp. 415 ss.

<sup>20</sup> Cfr. S. NICCOLAI, *Di amo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, pp. 191 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, *op. cit.* pp. 168-169.

<sup>21</sup> S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione*, *op. cit.*, pp. 54-55 «Esso significa che davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l'ordinamento si ferma. Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. *Mater semper certa* è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l'identità e la storia di un essere umano facendone il 'costrutto' di quel dispositivo, ed è in questo senso un auto-limite che presidia un rapporto il meno possibile squilibrato tra 'legge' e 'realtà', al cospetto dell'angosciante consapevolezza di ciò che può implicare l'abuso della prima nei confronti della seconda. È il principio di civiltà che consiste, come è stato in più casi riconosciuto, nell'impedire di trasformare il figlio, e chiunque, da soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui. Non mi pare difficile cogliere come, in questo senso, *mater semper certa* sia intimamente collegato alle radici personalistiche della nostra Costituzione, risolvibili nel principio della anteriorità e irriducibilità della persona umana a qualunque costrutto che la riduca ad oggetto».

<sup>22</sup> Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2017, pp. 180 ss.; ugualmente S. NICCOLAI, *Di amo alla maternità quel che le spetta*, *op. cit.*, p. 192 che utilizza i termini *ex ante* ed *ex post* con riferimento all'avvenuta pratica di gestazione per altri.

<sup>23</sup> Si intende una messa in discussione del divieto legislativo direttamente. Tuttavia, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, pp. 1 ss. ritiene che si sia aggirato il divieto mettendolo in discussione indirettamente. Sul punto si tornerà *infra* pur rimanendo invariata l'impostazione. Infatti, una contestazione volta a rimuovere (o rimodulare) il divieto previsto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 non è presente in giurisprudenza se non nell'ordinanza del 2020 della Cassazione (cfr., sul punto, par. 2).

<sup>24</sup> Corte d'Appello di Milano, ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016. Invece, sulla pronuncia della Corte costituzionale si ritorna sul punto al paragrafo 2 (v. *infra*).

<sup>25</sup> *Ibidem*, punti dal 11 al 13.

<sup>26</sup> *Ibidem*, punto 13.2.

decisione della Corte costituzionale che, quasi in risposta a questa prospettazione, affronta in due *obiter dicta* direttamente il tema della gestazione per altri<sup>27</sup>: questa «offende in maniera intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», aggiungendo che tale pratica ha «un elevato grado di disvalore»<sup>28</sup>. La Corte sembra perciò prospettare (e confermare indirettamente) la costituzionalità del divieto legislativo<sup>29</sup>.

Se da un lato la giurisprudenza non ha affrontato direttamente tale divieto (fatte salve le eccezioni indicate), e dall'altro lato la dottrina è risultata fortemente divisa, la situazione non cambia osservando il Legislatore il quale, complici una serie di pronunce giurisprudenziali<sup>30</sup>, si è interrogato su tale pratica. In Parlamento sono stati depositati diversi disegni di legge tra loro con finalità differenti e a volte diametralmente opposti. Da una parte si mira a regolamentare questa pratica, dall'altra invece a rafforzare il divieto prevedendo un inasprimento delle pene e punendo i cittadini italiani recatesi all'estero per praticarla<sup>31</sup>. Al momento, però, ci si è fermati a un livello politico, in quanto tali disegni di legge non si sono tradotti in alcuna volontà del Legislatore, restando ascrivibili solamente alle diverse sensibilità delle forze politiche.

Al netto di queste considerazioni, i tentativi della dottrina, sia di circoscrivere il divieto a determinati aspetti che di estenderne la portata, non hanno avuto un riscontro né a livello giurisprudenziale né legislativo. L'assetto degli interessi delineato dal Legislatore del 2004 risulta infatti difficilmente modificabile non essendo emersa né un'evoluzione sociale chiara sul tema, né una volontà politica univoca di modifica. A ciò si aggiunga una difficoltà più generale

---

<sup>27</sup> E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, op. cit., p. 12. L'Autrice ritiene che non si tratti di due meri *obiter dicta* ma di elementi motivazionali in risposta alla questione prospettata dal giudice *a quo* e quindi essenziali per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

<sup>28</sup> Corte cost., sentenza n. 272 del 2017, punti 4.1 e 4.2

<sup>29</sup> S. AGOSTA, *In fuga dai divieti*, op. cit., pp. 102-109 sostiene che in realtà da un'attenta analisi sia possibile confermare un modello solidale coerente con la Costituzione. Ritiene invece che a seguito di questa pronuncia e della 162 del 2014, possono ormai ritenersi superati eventuali ulteriori dubbi di compatibilità ai principi costituzionali del divieto di maternità surrogata B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2019, p. 199. La sentenza è stata accolta positivamente da F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2018, pp. 148-177. Da una differente prospettiva A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2018, pp. 385 ss.

<sup>30</sup> Si rimanda al paragrafo 2 del presente contributo.

<sup>31</sup> Nel corso della XVIII legislatura a favore è stato depositato A.C. 3016, *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica* (presentata il 13 aprile 2021). Maggiormente numerosi i disegni di leggi volti a rafforzare il divieto della legge 40. Si veda A.C. 306, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentata il 23 marzo 2018); A.S. 66, *Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di reati di surrogazione di maternità e di commercio di cellule e tessuti di origine umana nonché in materia di accesso alle informazioni sulle proprie origini* (presentato il 23 marzo 2018); A.S. 280, *Disposizioni volte a vietare il ricorso alla surrogazione di maternità all'estero* (presentato il 16 aprile 2018); A.S. *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentato il 29 marzo 2019); A.S. 519, *Modifica alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di reato di surrogazione di maternità commesso all'estero* (presentato il 25 giugno 2018); A.C. 1029, *Disposizioni contro il turismo riproduttivo* (presentato il 25 gennaio 2019); A.C. 2599, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentato il 20 luglio 2020).

del Legislatore di intervenire su materie eticamente sensibili<sup>32</sup>, difficoltà che ha contribuito a rendere tale divieto intangibile.

Ci si può chiedere, dunque, se il divieto in questione abbia conseguito o meno lo scopo prefissato e la risposta dipende dal punto di angolazione da cui lo si osserva. Sicuramente non si può negare che il divieto abbia raggiunto un obiettivo: impedire la pratica della gestazione per altri in Italia<sup>33</sup>. Osservando la giurisprudenza penale, emerge, infatti, come tale reato non abbia trovato applicazione a casi prodotti in Italia<sup>34</sup>. L'elevata pena ha inciso sia sulla volontà delle coppie (e dell'eventuale gestante) di ricorrere a tale pratica, sia sulla volontà dei medici e di tutto il settore medico-clinico di concorrerne alla realizzazione.

Diversamente, se l'intento era impedire *tout court* il ricorso alla gestazione per altri non solo in Italia, ma anche all'estero, tale obiettivo non è stato raggiunto. A fronte della norma che nulla esplicitava su quest'ultimo punto, è stata la giurisprudenza penale di legittimità che con diverse pronunce ha escluso la punibilità delle coppie che siano ricorse alla gestazione per altri all'estero. A partire, infatti, dalla sentenza n. 13525 del 2016 della V sezione penale<sup>35</sup>, la Corte di Cassazione ha ritenuto che si potesse profilare un errore scusabile sul precetto del reato previsto dalla legge 40, a causa del contrasto giurisprudenziale sul requisito della doppia incriminabilità<sup>36</sup>. Parimenti, la Corte ha escluso la configurazione del reato sia di alterazione di stato ex art. 567 co. 2 c.p., sia di false dichiarazioni a pubblico ufficiale ex art. 495 c.p. dal momento che il certificato di nascita si era formato conformemente alla *lex loci* e i genitori dunque non avevano reso false dichiarazioni.

## 2. Gli effetti indesiderati dell'interesse superiore del minore

Che il Legislatore non avesse voluto prendere posizione in merito agli effetti della gestazione per altri effettuata all'estero, lo si evince anche dal secondo gruppo di riflessioni emerso. Il *focus* si sposta sulla tutela dei minori e dei genitori intenzionali ed è caratterizzato per un approccio antitetico rispetto a quello descritto precedentemente. Infatti, in questi casi ci

---

<sup>32</sup> Basti pensare che nonostante le ripetute pronunce della Corte costituzionale che hanno di fatto smantellato l'impianto originario della legge, il Legislatore non si è adoperato per adeguare la normativa agli interventi demolitori né alle nuove istanze della società. L'incapacità di legiferare su temi eticamente sensibili è emersa anche in seguito alla decisione della Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.

<sup>33</sup> Cfr. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genlus*, n. 2, 2017, p. 54 secondo cui la *ratio* del divieto è opporsi ad un mercato della gestazione per altri in Italia.

<sup>34</sup> T. TRICHERA, *op. cit.*, p. 1392.

<sup>35</sup> Cass. sez. V pen., sentenza del 10 marzo 2016, n. 13525. Conformemente Cass., sez. III pen., sentenza del 28 ottobre 2020 n. 5198 secondo la quale resta esclusa la giurisdizione italiana per il reato di cui alla legge 40 art. 12 co. 6 se nel territorio nazionale non si realizzano attività specifiche e necessarie alla realizzazione del reato; Cass., sez. VI pen., sentenza del 11 ottobre 2016, n. 48696 e da ultima Cass., sez. VI pen., sentenza del 10 novembre 2020 n. 31409 che esclude il reato di alterazione di stato per il certificato formatosi all'estero in seguito a gestazione per altri.

La stessa dottrina ha ritenuto, inoltre, che difficilmente si possa configurare il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù ex art. 600 c.p. o un'elusione delle norme in tema di adozione ex artt. 71 e 72 della legge n. 184/1983 cfr. A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. e proc.*, 7, 2017, p. 899.

<sup>36</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, n. 4, 2017, p. 1367.

si pone in un'ottica *ex post* e *de iure condito*, cercando di affrontare *indirettamente* il divieto legislativo. Dal momento che il Legislatore non ha posto alcuna sanzione, al di fuori di quella penale, per dissuadere<sup>37</sup> o regolare il caso in cui fosse stata praticata, come disposto invece per la fecondazione eterologa prima dell'intervento della Corte costituzionale<sup>38</sup>, i giudici si sono trovati ad affrontare casi di genitori intenzionali, i quali, avuto accesso alla gestazione per altri all'estero, richiedevano la trascrizione del certificato di nascita in Italia.

Sono gli effetti civili della gestazione per altri a risaltare, delineandosi la possibilità di definire il rapporto di filiazione non solo sulla base genetica/biologica, ma anche della volontà dei genitori intenzionali. Dal momento che, in base alla normativa del luogo in cui è avvenuta la gestazione per altri, i genitori intenzionali sono considerati i genitori legali del minore<sup>39</sup>, quest'ultimo acquisisce di riflesso un determinato *status* legale.

Trattandosi del recepimento di un atto straniero, i giudici si sono interrogati se il divieto legislativo integrasse la nozione di ordine pubblico<sup>40</sup> impedendo così la trascrizione dell'atto. La risoluzione del quesito, però, è risultata tutt'altro che agevole dal momento che la risposta affermativa si è posta in posizione stridente con il principio del *best interests* del minore<sup>41</sup>. Ordine pubblico e interesse del minore risultano così essere elementi intimamente connessi

---

<sup>37</sup> In tal senso L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2017, 146, il quale prospetta diverse soluzioni che si sarebbero potute adottare per rendere efficace il divieto di ricorrere alla gestazione per altri: «A titolo di esempio per quanto concerne la filiazione si sarebbe potuto esplicitamente non consentire la trascrizione nello Stato italiano di un provvedimento straniero con il quale fosse stata attribuita la paternità o la maternità ai genitori committenti e non biologici a seguito di surroga; prevedere la decadenza dalla potestà genitoriale, in forza dall'art. 569 c.p.; riconoscere la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 (false dichiarazione in atti dello stato civile) e 567, co. 2 (alterazione di stato); precisare normativamente che la surroga, anche fatta all'estero da cittadini italiani e non punibile in quel paese come illecito, è contraria all'ordine pubblico. Ancora valutare l'opportunità di ricorrere al dispositivo dell'art. 9 c.p., secondo il quale il cittadino che commette in territorio estero un reato possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia».

<sup>38</sup> Anche prima dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale nel 2014, il Legislatore aveva previsto all'art. 9 co. 1 che in caso di fecondazione eterologa, pur in violazione di legge, il coniuge (o il convivente) il cui consenso era ricavabile da atti conclusivi non poteva esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, co.1, nn.1 e 2 del c.c., né l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.

<sup>39</sup> Non rileva in questa sede le modalità di acquisizione della genitorialità sia essa automatica al momento della nascita, successiva per intervento giudiziale oppure risultante *ex ante* al momento dell'impianto dell'ovocita fecondato nell'utero della gestante. Per una ricognizione delle varie legislazioni cfr. K. TRIMMINGS – P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

<sup>40</sup> Cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. Ripercorre e analizza le pronunce della Corte di Cassazione che interessano questo paragrafo M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, pp. 41 ss.

<sup>41</sup> Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in C. PICIOCCHI, M. FASAN, C. M. REALE (a cura di), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio 17-18 gennaio 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 177 ritiene il principio «la nuova categoria ordinante delle relazioni familiari, come tale in grado di strutturare e dare certezza alle stesse» diventando perciò «[...] parametro per la creazione di un regime giuridico parallelo a quello matrimoniale, volto ad attribuire certezza ai rapporti genitoriali pur nella molteplicità e nella fragilità dei modelli familiari»

Tuttavia permangono alcune criticità sia per quanto l'esatto contenuto e il suo bilanciamento con gli altri valori. Per una prospettiva ricostruttiva e critica si rimanda a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016. Altresi L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2016, pp.



che hanno messo a dura prova la tenuta dei principi dell'ordinamento nel tentativo di trovare un bilanciamento a causa delle diverse accezioni che si possono dare ai due termini<sup>42</sup>.

Simili casi sono stati affrontati anche da diverse Corti supreme come il *Tribunal Supremo* spagnolo<sup>43</sup>, il *Bundesgerichtshof* tedesco<sup>44</sup>, la *Supreme Court* irlandese<sup>45</sup> fino alla *Cour de Cassation* francese<sup>46</sup>, tutti organi di ultima istanza di Stati in cui vige un divieto di gestazione per altri<sup>47</sup>. La forte connotazione europea non è emersa solamente dalla comunanza delle questioni nel diritto nazionale degli Stati europei, ma ha trovato anche una definizione a livello sovranazionale grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, in dialogo per l'appunto con le Corti nazionali, ha tracciato un sentiero su cui muoversi.

Ed è su quest'ultima giurisprudenza che occorre soffermarsi proprio per la sua capacità di astrarsi rispetto alle singole normative statali e di adottare una soluzione alla luce della Convenzione capace di fare da timone alle *policy* dei singoli Stati membri. Cardine del ragionamento di tale modello è contenuto nelle prime sentenze gemelle: *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014<sup>48</sup>. Entrambi i casi riguardavano il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere i certificati di nascita di minori nate in California da madre surrogata e da genitori intenzionali francesi. Nell'analizzare il caso, se da un lato la Corte ha riconosciuto un margine di apprezzamento allo Stato nel regolare la gestazione per altri, potendola sanzionare<sup>49</sup>, dall'altro lato ha ritenuto che tale margine non potesse avere portata illimitata. Esso, infatti, si deve restringere qualora si violi non tanto la vita privata dei genitori, quanto piuttosto la vita privata del minore, ledendo il suo diritto all'identità personale<sup>50</sup>. I provvedimenti delle autorità francesi avevano ecceduto il loro margine di apprezzamento, dal momento che non avevano riconosciuto (almeno) il legame con il genitore biologico<sup>51</sup>, pregiudicando così l'interesse superiore del minore.

---

<sup>42</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 211.

<sup>43</sup> *Tribunal Supremo* di Madrid, *Sala de lo Civil*, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, consultabile in *GenIUS*, 2, 2015, p. 354 ss.

<sup>44</sup> *Bundesgerichtshof*, XII ZB 463/13 del 10 dicembre 2014 con commento M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n. 2, 2015, 214 ss. Recentemente nella sentenza, *Bundesgerichtshof*, XII ZB 530/17 del 23 aprile 2019 la Suprema Corte federale ha ritenuto che ai sensi del diritto tedesco debba essere riconosciuta madre la donna che ha partorito, dovendosi così registrare la gestante come madre del bambino nell'atto di nascita.

<sup>45</sup> *Irish Supreme Court*, M.R. and D.R. and ors c. An t-Ard-Chlaraitheoir and ors, sentenza del 7 novembre 2014. Il testo è disponibile online: <https://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2014/S60.html> (ultima consultazione 20.07.2021).

<sup>46</sup> La *Cour de Cassation* è tra tutte le corti, insieme a quella italiana, quella ad aver affrontato maggiormente il tema e di aver avviato un proficuo dialogo con la corte EDU. Non sarà possibile nelle more di questo lavoro, poter rendere conto dell'evoluzione della giurisprudenza francese (se non alcuni sparuti richiami) pertanto si rimanda a M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2019, pp. 167 ss.

<sup>47</sup> Si rimanda alla nota 9 del presente contributo (v. *supra*).

<sup>48</sup> Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

<sup>49</sup> Corte EDU, *Labassee c. Francia*, § 54 e Corte EDU, *Mennesson c. Francia* §79.

<sup>50</sup> Corte EDU, *Labassee c. Francia*, § 75 e Corte EDU, *Mennesson c. Francia* §99.

<sup>51</sup> Cfr. L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2019, p. 422. L'Autrice pur ritenendo centrale il requisito del dato genetico nell'elaborazione della Corte di Strasburgo, ha messo in luce come nella sentenza *Mennesson* la Corte evidenziava i pregiudizi che le minori avrebbero patito per il mancato riconoscimento del legame con entrambi i genitori di intenzione (cfr. §95 e §98 della sentenza).

Nel giro di qualche anno la Corte è intervenuta nuovamente sul tema con la sentenza della Grande Camera *Paradiso Campanelli c. Italia* del 2017<sup>52</sup> con cui si è aggiunto un ulteriore tassello. Il ricorso aveva a oggetto l'allontanamento, la collocazione presso una casa-famiglia e la successiva adozione da parte di una coppia terza di un minore nato in Russia da una madre gestante e da due genitori intenzionali i quali, però, a differenza delle fattispecie precedenti, non avevano apportato alcun contributo genetico. Nonostante la pronuncia in primo istanza della II sezione<sup>53</sup> avesse rilevato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, pur nell'impossibilità del rientro del minore nella casa dal momento che ormai aveva stabilito un rapporto con i genitori adottivi, la *Grand Chambre* ha ribaltato tale orientamento. Secondo i giudici, infatti, non si è posta alcuna violazione della vita privata e familiare poiché non era presente alcun legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore. Inoltre, la relazione affettiva, nata da condotta illecita, era durata un breve lasso di tempo<sup>54</sup>. Per questi motivi il provvedimento di allontanamento è stato considerato proporzionato e non è stata rilevata alcuna violazione della vita privata e familiare.

L'ultima tessera che compone il mosaico che, in questa sede si sta cercando di (ri-) costruire, deriva dal primo parere preventivo adottato sulla base del protocollo 16<sup>55</sup>. Sollecitata dalla Corte di cassazione francese, la Corte di Strasburgo si è espressa sul riconoscimento del legame di filiazione nei confronti del genitore intenzionale, ritenendo che questo non debba avvenire necessariamente attraverso la diretta trascrizione del certificato di nascita<sup>56</sup>. Una valida alternativa, infatti, è stata individuata nelle procedure di adozione a patto che queste risultino celeri ed effettive<sup>57</sup>, al fine di non sacrificare i diritti del minore.

Questo trittico rappresenta le coordinate principali fornite dalla Corte di Strasburgo per i casi di riconoscimento del legame di filiazione di un minore nato da gestazione per altri; frutto di un'evoluzione giurisprudenziale in cui la Corte, richiamando di volta in volta i propri precedenti e analizzando il caso concreto in esame, affina e precisa i contorni della gestazione per altri nel giro di un lasso di tempo piuttosto breve.

La Corte EDU, attraverso le sue pronunce, ha delineato una via interpretativa per giustificare il riconoscimento dei diritti di questi bambini. Proprio sul *best interests of the child*, parte della dottrina ha messo in luce come nella giurisprudenza della Corte di Cassazione vi sia stata un'evoluzione. Partendo dalla pronuncia del 2014 in cui si guardava a un interesse astratto riferibile in generale ai minori come categoria giuridica in sé considerata, si è giunti a

---

<sup>52</sup> Corte EDU Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

<sup>53</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12.

<sup>54</sup> Corte EDU Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, §157.

<sup>55</sup> Corte EDU, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-00.1. Il parere è stato commentato da A. MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, n. 2, 2020, pp. 412 ss. Inoltre, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 709 ss. Più ampiamente sulle considerazioni generali riguardanti questo nuovo strumento previsto dal protocollo 16 si rimanda E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>56</sup> Corte EDU, primo parere consultivo, § 53.

<sup>57</sup> *Ibidem*, § 54.

un approccio concreto che ha tenuto conto, effettuando un bilanciamento, dei diritti del minore direttamente coinvolto nel contenzioso<sup>58</sup>. Indubbia, dunque, è stata l'influenza di questo modello nei confronti della giurisprudenza nazionale impegnata nel contenzioso originato dalla richiesta della trascrizione del certificato di nascita ottenuto all'estero per il minore nato da gestazione per altri alla luce della nozione dell'ordine pubblico. Guardando al tema da una prospettiva nazionale, perciò, proprio sulla configurazione di quest'ultima nozione si sono divise le Corti di merito, complice anche una giurisprudenza ondivaga della Cassazione.

Infatti, in base a una prima pronuncia del 2014<sup>59</sup> si era ritenuto che il divieto previsto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 integrasse la nozione di ordine pubblico in quanto a presidio della tutela della dignità della donna e dell'istituto dell'adozione. Quest'ultimo era stato ritenuto l'unico strumento idoneo a tutelare i minori non esponendoli, come nel caso della gestazione per altri, al mero accordo delle parti<sup>60</sup>.

A fronte di questa sentenza di chiusura<sup>61</sup> che ha affermato una nozione di ordine pubblico "protettivo", successivamente la Corte nel 2016 ne ha fornito una nuova declinazione "promozionale"<sup>62</sup>.

Nel 2016<sup>63</sup>, nella trascrizione di un certificato di nascita di un minore nato mediante procreazione medicalmente assistita da due donne, la Cassazione ha ritenuto l'ordine pubblico formato esclusivamente dai principi fondamentali della Carta, a cui si aggiungono i principi internazionali e sovranazionali che il Legislatore non può sovvertire<sup>64</sup>. In quest'ottica, il divieto previsto in via legislativa<sup>65</sup> rappresentava solamente l'esercizio di una discrezionalità del Legislatore e non poteva perciò essere d'ostacolo alla trascrizione<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, op. cit., p. 212.

<sup>59</sup> Cass. civ. sez. I, sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001.

<sup>60</sup> *Ibidem*, punto 3.1. «Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

<sup>61</sup> Occorre precisare che la fattispecie in esame riguardava due genitori intenzionali che non erano legati biologicamente al minore. La Corte stessa dichiara di essere consapevole dei rilievi mossi soprattutto in dottrina verso quelle forme solidali di gestazioni per altri e quelle in cui almeno uno dei due genitori è legato geneticamente al minore.

<sup>62</sup> F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2020, p. 189.

<sup>63</sup> Cass. civ. sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n.19599.

<sup>64</sup> *Ibidem*, «Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione [...] dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

<sup>65</sup> Art. 5 della legge 40/2004 prescrive «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (corsivo aggiunto).

<sup>66</sup> Cass. n. 19599 del 2016 «Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del Legislatore ordinario in un determinato momento storico».

Seppur la vicenda non rilevava ai fini della gestazione per altri, il principio di diritto enunciato è stato utilizzato da diverse Corti di merito<sup>67</sup> fino al pronunciamento delle Sezioni Unite nel 2019 che, riprendendo la pronuncia del 2014, hanno ritenuto il divieto legislativo di gestazione per altri integrare la nozione di ordine pubblico<sup>68</sup>. Dal momento che il Legislatore ha posto un ragionevole bilanciamento tra l'interesse del minore e gli altri valori costituzionali in gioco, non è possibile consentire la trascrizione del certificato di nascita del minore. Tuttavia, le Sezioni Unite, sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU, hanno ritenuto che si possa dare rilievo al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale (solamente) mediante l'adozione in casi particolari<sup>69</sup>.

Questo continuo dialogo con la Corte di Strasburgo, però, ha fatto vacillare la posizione presa dalle Sezioni Unite. Infatti, pochi mesi dopo, la prima sezione civile della Cassazione, con l'ordinanza n. 8325, ha sollevato questione di legittimità costituzionale del divieto previsto dalla legge 40 nella parte in cui, in combinato disposto con la legge del 1995, secondo il diritto vivente non era possibile trascrivere il certificato di nascita nei confronti del genitore intenzionale del minore nato all'estero tramite gestazione per altri<sup>70</sup>.

Due sono i profili di censura individuati. Innanzitutto, anche alla luce dell'emanazione del primo parere sul protocollo 16, il diritto vigente confligge con la possibilità di un riconoscimento celere ed effettivo del vincolo di filiazione tra il genitore non biologico e il minore. L'adozione in casi particolari, riconosciuta dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019, non è adeguata rispetto agli obblighi convenzionali dal momento che la sua configurazione rappresenterebbe una sorta di declassamento del rapporto genitoriale e non corrisponderebbe al requisito della tempestività, a causa di un procedimento che richiede un *iter* lungo e complesso. In secondo luogo, è il rapporto tra ordine pubblico e diritto fondamentale del minore a essere oggetto della doglianza. Per i giudici della prima sezione, non vi è una contrapposizione tra l'ordine pubblico e i diritti fondamentali del minore, dal momento che proprio quest'ultimi integrano la nozione stessa di ordine pubblico<sup>71</sup>. La scelta del Legislatore, perciò, di tutelare la

---

<sup>67</sup> Così, per citarne alcune, Corte d'Appello di Milano, sentenza del 28 ottobre 2016; Tribunale di Roma, sentenza dell'11 maggio 2018; Corte d'Appello di Venezia sentenza del 16 luglio 2018; Corte d'Appello di Trento, sentenza del 23 febbraio 2019.

<sup>68</sup> Cass. civ. sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193. Tale pronuncia si era resa necessaria in seguito alla sentenza del 2017, sempre delle Sezioni Unite, in tema di danni punitivi in cui si accoglieva una nozione differente di ordine pubblico rispetto a quella prospettata nel 2016 Cass. civ. sez. un., Sentenza del 05 luglio 2017, n. 16601. Per una ricostruzione si rimanda a M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1, 2020, pp. 24 ss.

<sup>69</sup> *Ibidem*, punto 13.4 «[...] la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal Legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

<sup>70</sup> Cass. I sez. civ., ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325. Si veda il commento F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 533 ss. Inoltre, si rimanda anche a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi*, n. 22, 2020, pp. 278 ss.

<sup>71</sup> *Ibidem*, «E' quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo,

dignità della donna mediante il divieto di gestazione per altri non può comprimere i diritti inviolabili del minore che abbia acquisito il proprio *status* all'estero e ledere così la sua identità personale<sup>72</sup> giacché il riconoscimento dell'atto straniero non comporta il riconoscimento del contratto di gestazione per altri.

Le difficoltà riscontrate sono state prese in considerazione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021<sup>73</sup>. I giudici, pur dimostrandosi sensibili alle argomentazioni degli *amici curiae* e dell'Avvocatura dello Stato che accusavano tale pratica di sfruttare donne provenienti da condizioni economiche critiche<sup>74</sup>, hanno mostrato un atteggiamento completamente differente rispetto ai toni usati nell'*obiter* della sentenza 272/2017<sup>75</sup>.

Accogliendo l'impostazione delineata dalla giurisprudenza, la Corte ha affermato una «terza via»<sup>76</sup> che tenta di mediare tra l'imposizione dell'ordine pubblico e il riconoscimento del certificato di nascita. L'esigenza di fondo non è tanto un legittimazione di tale pratica, quanto piuttosto una piena tutela dei figli. Lo scopo dissuasivo del mancato riconoscimento, infatti, incide negativamente sullo *status* dei minori facendo ricadere su questi *la colpa* dei genitori. Dunque, non è lo scopo perseguito, vale a dire ostacolare il ricorso alla gestazione per altri, a essere illegittimo, quando piuttosto il mezzo adottato. Infatti, emerge nella sentenza come non sia il divieto della legge 40 del 2004, ma l'istituto dell'adozione in casi particolari così come delineato a non essere idoneo a regolare tali fattispecie. Per questo motivo, la Corte rivolge un monito<sup>77</sup> al Legislatore esortandolo a individuare lo strumento maggiormente idoneo per salvaguardare tutti gli interessi in gioco, orientando la propria scelta verso forme il più possibili celeri ed effettive.

All'esito di questo percorso che ha delineato il secondo approccio emerso nei confronti del divieto di gestazione per altri, è possibile domandarsi se tale impostazione pur non mettendolo in discussione direttamente, non lo faccia indirettamente. Il riconoscimento del legame

---

manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)».

<sup>72</sup> *Ibidem*, «Lo Stato tutela la dignità della donna vietando la gestazione per altri nel suo ordinamento ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, che è nato all'estero e vi ha acquisito legalmente il proprio status e la propria identità personale, come conseguenza di un improprio bilanciamento dei diritti inviolabili del minore con la propria legittima volontà di scoraggiare i propri cittadini a recarsi all'estero per eludere il divieto della gestazione per altri. Come ha affermato chiaramente nel suo parere consultivo la Corte di Strasburgo, seguendo una linea interpretativa pienamente aderente ai nostri valori costituzionali, la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento».

<sup>73</sup> Cort. cost., sentenza n. 33 del 2021.

<sup>74</sup> *Ibidem*, punto 5.1 del considerato in diritto.

<sup>75</sup> E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2021, p. 389.

<sup>76</sup> G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, pp. 112.

<sup>77</sup> Monito più incisivo e peculiare come emerge dalle attente osservazioni di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del Legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 11 marzo 2021, pp. 221-222.

di filiazione rappresenterebbe, perciò, un modo per poter aggirare un divieto e considerare *tamquam non esset* la sanzione penale<sup>78</sup>.

L'elaborazione giurisprudenziale riportata, tuttavia, ha ben messo in luce come non è al centro del dibattito un'astratta lesione quanto piuttosto un concreto interesse del minore. Non si tratta di considerare il *best interests* come un valore tiranno<sup>79</sup> in grado di affermarsi acriticamente su qualsiasi bene, quanto piuttosto di riconoscerne il valore di bene in grado di stimolare il bilanciamento. L'interesse del minore diviene lo strumento per non far ricadere le *colpe* dei genitori sui figli e stimolare l'ordinamento a ricercare le soluzioni più idonee. In quest'ottica, devono essere lette le decisioni della Corte di Strasburgo, seguite a ruota dalla Cassazione, che progressivamente hanno ritenuto che il diritto all'identità del minore debba essere pieno nei confronti del genitore biologico, mentre lo Stato può prevedere riconoscimenti differenti per il genitore intenzionale purché siano effettivi e celeri.

In questo senso si colloca la decisione della Corte costituzionale, la quale si pone anche come anello di congiunzione rispetto ai due approcci analizzati. Essa, infatti, chiudendo la fase giurisprudenziale e rinviando alla decisione del Legislatore, si pone come punto di arrivo – o di partenza a seconda dei punti di vista – rispetto al dibattito sulla gestazione per altri e al relativo divieto.

### 3. Una strada dai confini sempre più stretti

Fino a questo punto ci si è mossi secondo una ricostruzione che ha nella pratica della gestazione per altri il suo fulcro. Il criterio adottato è stato quello temporale che scandisce le diverse questioni tra un prima e un dopo l'accordo e nello specifico la nascita del minore.

Cambiando prospettiva, però, è possibile fornire anche un'ulteriore immagine per descrivere il dibattito sulla gestazione per altri: dall'analisi è emersa una forma a imbuto. Man mano che si procede dalla sommità dell'imbuto fino ad arrivare al suo collo, lo spazio per un dibattito si riduce sempre più. Dalle prese di posizioni più generali sulla liceità o meno di tale pratica e le riflessioni che hanno accompagnato il divieto contenuto nella legge 40 soprattutto da parte della dottrina, si è scesi in maniera più ristretta verso l'attenzione giurisprudenziale ai diritti attribuibili al minore. Procedendo ulteriormente si è individuato il riconoscimento del genitore biologico, il quale ha rappresentato un ulteriore passaggio di restringimento, fino ad arrivare al collo dell'imbuto in cui si è affrontato il riconoscimento del genitore intenzionale.

È innegabile la matrice giurisprudenziale che soggiace a tale percorso con tutti i pregi e i limiti che ciò comporta<sup>80</sup>. Tale approccio ha avuto il merito di porsi in un'ottica realista e

---

<sup>78</sup> Cfr. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, op. cit., p. 3 «Si è così ingenerato un preoccupante (ma rimediabile) meccanismo di fuga in avanti di alcuni giudici che, per effetto di una mirata selezione di liti strategiche, sono divenuti il canale di trasmissione dell'elusione di quel divieto».

<sup>79</sup> Il riferimento è alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013. Sull'impostazione dell'interesse del minore come valore tiranno nei contenziosi riguardanti i nati da gestazione per altri si rinvia a I. FERLITO, «Miglior interesse del bambino» e «maternità surrogata»: *il rischio di un valore-tiranno*, in [www.comparazionediirttocivile.it](http://www.comparazionediirttocivile.it) (ultima consultazione 20.08.2021).

<sup>80</sup> S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, op. cit., ascrive tale fenomeno al più generale

pragmatica, cercando di risolvere quanto non disposto a livello legislativo<sup>81</sup>. Il minore è stato così posto al centro, considerato nella sua individualità e nella sua concretezza. Al contempo, però, la mancanza di un intervento legislativo in grado di definire una posizione univoca di fronte alla tematica ha fatto sì che i diritti dei minori si siano visti affermati in maniera lenta e piuttosto disomogenea, lasciandoli in balia delle decisioni delle singole corti. Inoltre, nel cercare di fornire una lettura sistematica e una forma di tutela si è dovuto reperire nell'ordinamento quelle forme che ben potevano adattarsi a questo fine. Il riferimento è chiaramente alla sentenza delle Sezioni Unite che hanno individuato nell'adozione nei casi particolari<sup>82</sup> l'istituto idoneo a tutelare il legame di filiazione con il genitore intenzionale, i cui limiti però sono ben noti: il necessario assenso del genitore biologico e la mancata costituzione di un vincolo di parentela con gli ascendenti del genitore sociale<sup>83</sup>.

Prima di affrontare il tema dell'idoneità dell'istituto dell'adozione<sup>84</sup>, occorre soffermarsi e chiarire un ultimo aspetto propedeutico il quale contribuisce a restringere ulteriormente i confini di un possibile dibattito: l'erronea equivalenza tra procreazione medicalmente assistita, in particolare quella eterologa, e la gestazione per altri<sup>85</sup>. Nonostante trovi il proprio divieto nella legge 40 del 2004, la gestazione per altri non costituisce una tecnica di per sé procreativa, ma utilizza la procreazione medicalmente assistita come mezzo per la sua realizzazione<sup>86</sup>. Tuttavia, sono due tecniche che presentano strutturalmente delle differenze.

---

fenomeno biogiuridico che richiede la necessaria interposizione del formante giurisprudenziale. Tuttavia, occorre ricordare quanto affermato da R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, pp. 27-28 il quale sottolinea la differenza di riconoscimento di un diritto da parte di un giudice o del Legislatore. Nel primo caso, il giudice è tenuto al rispetto del principio della domanda e una sua statuizione opera in riferimento al caso concreto. Nel secondo caso, invece, il Legislatore riconosce un diritto in via astratta e generale regolando tutti gli interessi che concorrono. Per un'analisi dei problemi sottesi ai "diritti senza legge" si rinvia ad A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, n. 1, 2015, pp. 10 ss.

<sup>81</sup> S. PENASA, *Tra leggi e corti*, op. cit., p. 85 il quale ritiene che «data la natura integrata delle fonti del diritto, ciò che non trova adeguata copertura [...] a livello legislativo, sarà inevitabilmente destinato a trovare altri «sfoghi» normativi, in primis attraverso la fonte giurisprudenziale».

<sup>82</sup> L'istituto, disciplinato agli artt. 44-57 della legge n. 184 del 1983 si applica in quei casi, tassativamente individuati dal Legislatore, in cui non è possibile procedere con l'adozione piena non sussistendo lo stato di abbandono. Cfr. S. MATTEINI CHIARI, *Adozione. Nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, Giuffrè, pp. 243-275. Inoltre per un'evoluzione dell'istituto in questione si veda G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in P. ZATTI (sotto la direzione di), *Trattato di diritto di famiglia*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 951 ss.

<sup>83</sup> Così Cort. cost., sentenza n. 33 del 2021, punto 5.8 del cons. in dir. Cfr. A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 22 sottolinea inoltre sia come la scelta di ricorrere all'adozione in casi particolari addossi i costi alle parti, sia come lasci alla discrezionalità del giudice la concessione di accordare tale rimedio adottivo.

<sup>84</sup> Di cui al paragrafo 4 del presente scritto (v. *infra*).

<sup>85</sup> Approccio che parrebbe emergere anche dalla lettura della coeva pronuncia n. 32 del 2021 della Corte costituzionale. Si è ritenuto essere di fronte a due sentenze gemelle, trattandosi, nel caso della n. 32, della tutela del figlio nato da procreazione medicalmente assistita da parte di due donne. Tuttavia, cfr. G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, op. cit., p. 114 nota 11 in cui l'Autrice sottolinea la profonda differenza tra le due questioni.

<sup>86</sup> I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3. *Contra* M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017 pp. 38-41 il quale argomenta che la gestazione per altri realizza una forma di procreazione medicalmente assistita la cui distinzione opera solamente in funzione della volontà manifestata dalle parti. Inoltre cfr. C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 87.

Innanzitutto, seppur in entrambi i casi ci si riferisca a tecniche che richiedono la partecipazione di uno o più soggetti terzi rispetto al progetto genitoriale (c.d. *third-party reproduction*), differenti sono i ruoli di quest'ultimi.

Nella gestazione per altri, la gestante ha un ruolo imprescindibile che mantiene una propria cifra indipendentemente dalla considerazione che si ha di tale pratica. Sia che la si ritenga l'unica madre, sia la persona che co-partecipa alla realizzazione del progetto genitoriale, non è possibile ridurre tale esperienza a un mero processo biologico. Pur nell'assenza di un legame genetico<sup>87</sup>, la gravidanza infatti è, e resta, «un'esperienza relazionale complessa»<sup>88</sup> che vede legate due persone, la donna e il feto, in un continuo processo di scambio della durata di nove mesi. Tale visione incarnata della gravidanza nel corpo femminile, trova un riconoscimento anche e soprattutto agli artt. 31 e 37 della Costituzione<sup>89</sup>. Non è solo, dunque, la dignità intrinseca della gestante che non può essere ridotta a mero "contenitore" per la nascita del bambino<sup>90</sup>, ma anche il riconoscimento di questa specifica relazione ad aver modellato le regole dell'attribuzione della genitorialità in seguito alla gestazione per altri. Volgendo uno sguardo al diritto comparato, infatti, la quasi totalità delle legislazioni che permettono la gestazione per altri, hanno altresì previsto il diritto della gestante al ripensamento potendosi ritirare dall'accordo, anche in un momento successivo al parto, e essere dichiarata madre del bambino<sup>91</sup>.

Nella procreazione medicalmente assistita eterologa, invece, il ruolo del donatore o della donatrice è differente. Malgrado l'asimmetria esistente tra l'apporto genetico-biologico del contributo maschile e quello femminile<sup>92</sup>, questo è funzionale solamente alle fasi iniziali

---

<sup>87</sup> Nelle forme di *gestional surrogacy* la gestante non è legata geneticamente al nascituro, infatti, si ricorre all'ovodonazione. L'assenza di un tale legame è richiesta dalla maggior parte delle legislazioni sul tema. Cfr., sul punto, nota n. 10 del presente contributo. Per la distinzione tra *traditional surrogacy* e *gestional surrogacy* si rimanda alla nota 5.

<sup>88</sup> B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, op. cit., p. 191.

<sup>89</sup> *Ibidem*, 192. L'Autrice, inoltre, nota come il diritto fatichi a concepire questa dimensione relazionale, nonostante un riconoscimento specifico in Costituzione, dal momento che considera i soggetti di una relazione come due soggetti interamente separati e non segnati da una condivisione corporea.

<sup>90</sup> Se innegabile è il riconoscimento della dignità in quanto persona, come è già emerso divergono le declinazioni di tale dignità. Queste visioni possono ascrivere alla più generale distinzione tra dignità in senso soggettivo e dignità in senso oggettivo cfr. G. RESTA, *Dignità, Persone, Mercati*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 9.

<sup>91</sup> Esempio paradigmatico è quello della legislazione inglese. L'attribuzione della genitorialità ai genitori intenzionali può avvenire solamente mediante un *parental order* ottenuto dopo la nascita del bambino. La madre gestante non può prestare il proprio consenso prima di sei mesi dalla nascita e fino a quel momento resta la madre legale. Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*, op. cit., p. 337. Proprio la mancanza di un diritto di ripensamento ha condotto la Corte costituzionale portoghese a dichiarare incostituzionale, tra gli altri motivi, la legge sulla gestazione per altri cfr. *Tribunal constitucional* del Portogallo, sentenza del 24 aprile 2018 n. 225 consultabile in [articolo29](http://www.articolo29.it/2018/tribunale-costituzionale-portoghese-si-pronuncia-sulla-gestazione-altri/) al seguente link <http://www.articolo29.it/2018/tribunale-costituzionale-portoghese-si-pronuncia-sulla-gestazione-altri/> (ultima consultazione 20.07.2021).

In alcune legislazioni americane, la genitorialità è attribuita prima del momento del parto mediante dei *pre-birth parentage orders*. Al momento della nascita, il minore risulterà automaticamente figlio dei genitori intenzionali, non potendo opporsi la gestante in alcun modo. La legislazione più influente in materia è quella californiana che a partire dalla sentenza *Johnson v. Calvert* della Suprema Corte nel 1993 ha riconosciuto l'idoneità della volontà a essere usato come criterio di attribuzione della genitorialità, scelta poi codificata nel 2013 nel *Family Code*. Per un approfondimento M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, op. cit., pp. 74-92.

<sup>92</sup> Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, op. cit., pp. 197-198. La donazione di ovociti richiede procedure mediche invasive e a forte impatto sul corpo della donna, a differenza della donazione di seme che risulta una procedura semplice e senza alcun rischio per la salute dell'uomo.



della fecondazione e della riproduzione, non instaurandosi alcun tipo di legame con il nascituro. Non rileva in alcun modo la posizione del donatore o della donatrice ai fini dell'attribuzione della genitorialità, dovendosi infatti fare riferimento al criterio del parto per la donna e al criterio della volontà per l'uomo, così come espresso nella legislazione italiana all'art. 9 della legge 40.

Nonostante queste differenze strutturali, a tratti ontologiche, l'equivalenza delle tecniche si è avuta in riferimento alla genitorialità omosessuale; non più la tecnica in sé, ma il risultato da questo raggiunta: diventare genitori. In questo senso, si pone una disparità a ottenere determinati trattamenti rispetto alle coppie eterosessuali sulla base dell'orientamento sessuale. La gestazione per altri rappresenta, infatti, l'unico accesso alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, laddove le tecniche di fecondazione eterologa rappresentano il corrispettivo per le coppie lesbiche<sup>93</sup>.

Tuttavia, questa impostazione nega la peculiarità della gestazione per altri. Occorre considerare poi che tale pratica non è appannaggio solamente delle coppie omosessuali maschili. Non solo il divieto imposto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 si applica *tout court* a tutte le coppie senza distinzione fondata sull'orientamento sessuale, ma in realtà adottando un approccio empirico e realista, si registra come le coppie eterosessuali ricorrano maggiormente alla gestazione per altri. Il divieto, dunque, ha effetti trasversali sulla genitorialità ampiamente intesa prescindendo dall'orientamento sessuale delle coppie che vogliano ricorrere a tale pratica.

Spostare il *focus* sulla genitorialità omosessuale rischia però di viziare il dibattito introducendo l'idea che il divieto di gestazione per altri poggi su un (celato) pregiudizio nei confronti dell'omogenitorialità. Quest'ultimo è oramai sempre più sconfessato sia dalle corti di merito, sia dalla Corte di Cassazione che a più riprese ha certificato l'idoneità delle coppie omosessuali a svolgere ruoli genitoriali<sup>94</sup>. Già le Sezioni Unite, nella citata sentenza del 2019 avevano ribadito che la contrarietà della gestazione per altri all'ordine pubblico non risiedeva affatto nell'orientamento sessuale della coppia, poggiando invece sulla tutela della dignità della gestante e sull'istituto dell'adozione. Allo stesso modo una recente sentenza delle Sezioni Unite dimostra come non vi sia alcun pregiudizio verso l'omogenitorialità maschile, quanto piuttosto il problema abbia ad oggetto il modo in cui si attribuisce la genitorialità<sup>95</sup>. A fronte infatti di un'adozione realizzata nello Stato di New York, i supremi giudici hanno ritenuto che fosse

---

<sup>93</sup> Su quest'ultimo punto si è espressa la Corte costituzionale con tre sentenze, seppur da punti di vista differenti: la n. 221 del 2019, la n. 237 del 2019 e la n. 230 del 2020. Sul tema si rinvia a E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, n. 3, 2021, pp. 431 ss. In relazione al tema della gestazione per altri si veda E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2021, pp.138 ss.

<sup>94</sup> Cfr. Cass. I sez. civ., 11 gennaio 2013, n. 601 secondo cui «[...] non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale». Da ultimo si veda Cass. civ., sez. I, ord., 31 maggio 2018, n. 14007. Per le decisioni giurisprudenziali di merito e di legittimità sul tema si veda A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, in particolare pp. 2-6.

<sup>95</sup> Cass. civ. sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006.

possibile la trascrizione dell'atto di nascita per il genitore italiano proprio in ragione della differente fattispecie rispetto alla gestazione per altri.

L'accesso alla genitorialità delle coppie omosessuali non rappresenta perciò il discrimine tra gestazione per altri e procreazione medicalmente assistita, divergendo queste due tecniche per la loro struttura. Chiarito quest'ultimo aspetto, un tassello avvolto dal dubbio permane: dati i rilievi posti in luce, come è possibile non giungere a una lesione dei diritti del minore? Ancora, come è possibile non configurare una discriminazione attribuendo loro, astrattamente e concretamente, *status* differenti?

Il nodo gordiano si concretizza nella difficoltosa attività di bilanciamento tra una tutela unitaria del minore e una impervia difficoltà nel trovare una garanzia che tenga in considerazione le peculiarità insiste in ciascuna tecnica di procreazione medicalmente assistita. Seppur è stato sostenuto che la scelta della Corte sia stata lesiva e che fosse necessario una pronuncia dall'esito diverso<sup>96</sup>, la posizione della sentenza n. 33 del 2021 sembra rispondere a queste domande, posizionandosi a metà via, in grado di dare continuità all'elaborazione giurisprudenziale e al contempo di lasciare spazio alla discrezionalità del Legislatore.

#### **4. Riformare senza travolgere: coordinate (minime) per un possibile intervento**

Si apre così uno spiraglio per delle proposte *de iure condendo* che mirano a offrire uno spunto per una riflessione concreta e attuabile, proseguendo per le strettoie del dibattito.

Pur essendo compito del Legislatore individuare la migliore soluzione per poter ricomporre le tessere del mosaico senza sacrificare i vari nuclei coinvolti in questa partita<sup>97</sup>, è chiaro che non si potranno eludere, o peggio sacrificare, alcuni profili fissati dall'elaborazione giurisprudenziale nel corso degli ultimi anni. Il tentativo infatti di tenere insieme sia il divieto legislativo contenuto nella legge 40 riguardante la gestazione per altri, sia la tutela del minore ha condotto la giurisprudenza a convergere verso l'istituto dell'adozione.

Nell'ottica di chi scrive, si tratta del compromesso maggiormente accettabile data la peculiarità della tecnica procreativa utilizzata. È necessario rimarcare che tale (possibile) soluzione non mira di per sé a mettere in discussione il divieto né vuole rappresentare un *escamotage* per poterlo aggirare. Si sta ponendo l'accento non tanto sulla pratica in sé, bensì sulla gestazione per altri già avvenuta, con un'attenzione che riguarda più specificamente i diritti da riconoscere al rapporto genitore e minore.

Non è mancato chi in dottrina ha sottolineato come questa scelta, raffigurante la «terza via» tracciata dalla Corte costituzionale, non sia scevra di implicazioni negative per il minore<sup>98</sup>. La mancanza di un riconoscimento diretto e l'adozione di un'eventuale procedura *ad hoc* per il riconoscimento del legame di filiazione fa ricadere proprio sui minori le scelte dei genitori

---

<sup>96</sup> G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, *op. cit.*, pp. 117-120.

<sup>97</sup> Cort. cost. par. 5.9 del cons. in dir.

<sup>98</sup> G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, *op. cit.*, pp. 116.

ponendo così una discriminazione che non è giustificata né dall'orientamento sessuale della coppia, né dall'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione<sup>99</sup>.

La procedura di adozione però non è funzionale a *marchiare* i figli nati da gestazione rispetto agli altri, ma invece è volta a riconoscere la tecnica attraverso cui sono nati. L'adozione, infatti, permette un controllo da parte dell'autorità giudiziaria, soppesando le istanze in gioco e verificando che l'interesse del minore sia valutato concretamente<sup>100</sup>. Non si tratta perciò di una forma di trattamento differenziato a fronte di situazioni eguali<sup>101</sup>, quanto piuttosto un riconoscimento delle peculiarità.

Allineandosi alla sentenza della Corte costituzionale, non è però l'istituto dell'adozione di per sé inidoneo a regolare tale fattispecie, quanto piuttosto la disciplina contenuta nell'art. 44 della legge 184/83<sup>102</sup>. Si è già avuto modo di indicare come infatti l'adozione nei casi particolari presenti due elementi limitanti i quali realizzano un'adozione che risulta una forma *restricta* rispetto all'adozione legittimante creando un divario che concretizza una situazione di vera e propria discriminazione di fronte a situazione pressoché similari. È infatti il mancato riconoscimento di un pieno rapporto di filiazione a creare una disparità tra le modalità di nascita dei figli. Il *discrimen* perciò non è tanto nel modo di attribuzione (*rectius* di riconoscimento) dello *status* quanto al contenuto dei diritti riconosciuti al minore.

Proprio all'interno dell'ampia discrezionalità del Legislatore date le diverse opzioni, alla luce del dato comparato<sup>103</sup>, si muove il giurista, anche in una prospettiva di riforma da intraprendere. In questa maglia, seppur ristretta, può, attraverso i suoi contributi, fornire non tanto un apporto ideologico al dibattito quanto piuttosto possibili spunti in grado di orientare le scelte del Legislatore nella consapevolezza che, accendere i riflettori sulla possibile forma che garantisca il maggior *standard* di tutela alla fattispecie in esame, non equivale affatto a rendere *licita* la gestazione per altri nella Repubblica italiana.

Pur concordando con le proposte di possibili interventi più ampi come una riflessione atta a rivedere l'intera materia dell'adozione<sup>104</sup> o una riforma dei criteri di imputazione della genitorialità<sup>105</sup>, in ambito della gestazione per altri dato lo spiraglio apertosi sembra essere particolarmente interessante recuperare una proposta offerta da un'autorevole dottrina<sup>106</sup>. Si

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 120 l'Autrice sostiene che «un *discrimen* privo di fondamento normativo ed al quale non consegue un differente trattamento giuridico, ma, proprio per questa ragione, un *discrimen* che presenta, in modo chiaro e incontrovertibile, un forte valore simbolico: esso testimonia la volontà di segnare questi figli, di additarne la diversità perché la loro nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui desiderano far parte» (corsivi dell'Autrice).

<sup>100</sup> Cfr. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del Legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 142.

<sup>101</sup> Così come prospettato da A. SASSI – S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, p. 390.

<sup>102</sup> *Contra* tale ricostruzione E. OLIVITO *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, p. 25

<sup>103</sup> Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e le coppie same sex nel diritto europeo*, in *federalismi*, n. 8, 2020, pp. 1 ss.

<sup>104</sup> E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, 28. Similmente V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2018, pp. 18-19.

<sup>105</sup> E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, *op. cit.*, p. 390.

<sup>106</sup> B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, *op. cit.*, pp. 180 ss.

tratta di riconoscere la peculiarità della gravidanza per altri e la sua dimensione relazionale con il fine di valorizzare questa dimensione, che seppur proibita in Italia trova un proprio riconoscimento all'estero.

Si giunge così verso la cristallizzazione di alcune restrizioni al margine di discrezionalità del Legislatore. Se la prima, vale a dire la necessità di un'adozione celere ed effettiva, è stata di matrice giurisprudenziale, la seconda può derivare dall'elaborazione critica della dottrina la quale ha assunto posizioni incisive concrete. Richiamare il nome della madre gestante può orientare la scelta legislativa in tema di adozione andando a riconoscere almeno due diritti al minore: il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto di visita della gestante.

Nel primo caso, proprio la peculiarità della gestazione per altri impone il riconoscimento di tale diritto che si afferma sempre di più<sup>107</sup>. Conoscere (almeno) il suo nome significa permettere al figlio di poter ricostruire la propria storia biologica e biografica<sup>108</sup> attribuendo importanza alla modalità con cui si è venuti al mondo. Come si è visto, tale tecnica non può dirsi certamente neutra. È innegabile come l'apporto della gestante non sia riconducibile solamente a un mero apporto genetico, ma preveda un suo coinvolgimento nel progetto genitoriale. Ancora una volta può risultare utile il paragone con la procreazione medicalmente assistita eterologa<sup>109</sup>. A più riprese si è sottolineato come l'assenza di una disciplina in materia costituisca un grave *vulnus* per i diritti dei nati da procreazione medicalmente assistita<sup>110</sup>, in particolare alla luce della tendenza emersa dalle legislazioni di alcuni Stati europei, da ultima la Francia<sup>111</sup>, di togliere l'anonimato ai donatori e permetterne la parziale (o piena conoscibilità)<sup>112</sup>. Se dunque tale diritto si sta affermando nei confronti del donatore o della donatrice i

---

<sup>107</sup> Il diritto a conoscere le proprie origini è divenuto un *topos* sempre più centrale negli ultimi anni. In particolare, in tema di parto anonimo, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 si è aperta la necessità di un intervento legislativo volto a garantire le istanze del figlio bilanciandolo con l'interesse della donna a mantenere l'anonimato. Sempre sul tema si veda anche la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1946 del 25 gennaio 2017. Per una completa ricognizione, oltre che sull'adozione e sulla fecondazione eterologa si rinvia a I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2020.

<sup>108</sup> In questi termini si è espressa la già citata sentenza del Tribunale costituzionale portoghese in particolare, dopo un'ampia disamina, ai punti 79-80 censurando l'anonimato assoluto previsto per la gestante. Cfr. L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, in *BioLaw Journal – Rivista di Bio-Diritto, Special Issue 1*, 2021, pp. 203-204.

<sup>109</sup> Già nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'importanza della tutela dell'identità genetica del nascituro, ricavandone una possibile disciplina alla normativa sull'adozione. Cfr. Cort. cost., sentenza n. 162 del 2014, punto 12 del cons. in dir.

In dottrina la discussione sulla possibilità di conoscere le proprie origini da parte del figlio nato da eterologa era già presente prima dell'approvazione della legge 40 del 2004 cfr. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, pp. 795-797; E. LAMARQUE, *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, pp. 369-371. Inoltre prima della sentenza 162 del 2014 si vedano le riflessioni di A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, pp. 1-18.

<sup>110</sup> Nonostante il riconoscimento ottenuto, il Legislatore non ha ancora provveduto a fornire una disciplina di dettaglio lasciando così un vuoto in materia. Cfr. V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna*, *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>111</sup> La novella è stata introdotta dalla *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique* che ha, tra le varie, aperto la procreazione medicalmente assistita alle coppie di donne e alle donne single. La legge è stata ritenuta conforme a Costituzione dal *Conseil constitutionnel* con la *décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021*.

<sup>112</sup> Il primo Stato europeo a permettere la piena conoscibilità dei donatori è stata la Svezia nel 1985. Cfr. L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, *op. cit.*, p. 200. Per una

quali partecipano solo inizialmente al progetto genitoriale, a maggior ragione deve valere anche per la gestazione per altri. Inoltre, se per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita si è dibattuto se vi debba essere una conoscibilità parziale o completa del donatore<sup>113</sup>, ciò non si può applicare alla gestazione per altri. Questa infatti si avvicina di più al modello dell'adozione, dove la possibilità di conoscere la madre biologica svolge una funzione di conoscenza di sé e delle proprie origini come diritto alla propria identità personale proprio in ragione di quella relazione che si è instaurata tra la gestante e il minore<sup>114</sup>.

Nel secondo caso, si tratta di riconoscere alla gestante la possibilità di stabilire una minima relazione con il minore prospettando un diritto di visita. Non si tratta, quindi, di sancire un vincolo di filiazione quanto di permettere, laddove ci sia la volontà, di costruire un rapporto di conoscenza e affetto<sup>115</sup>. Tale diritto esercitabile dalla donna e dunque non rimesso al solo accordo delle parti<sup>116</sup>, i.e. la gestante e i genitori intenzionali, ha la funzione di riconoscere appieno la dignità della donna. Configura una base iniziale, un *minimum* che potrà essere ampliato dall'accordo con i genitori intenzionali i quali potranno coinvolgere nei modi e con i mezzi più idonei la gestante nella vita del minore. Dovrà essere fornita anche la possibilità di ricorrere a figure professionali di sostegno (psicologici, assistenti sociali, educatori ecc.) e a spazi adeguati agli incontri. Tale ipotesi potrebbe rivelarsi necessaria, e a tratti dovuta, qualora ci fosse un pericolo per il benessere psicologico del minore. Quest'ultimo, infatti, potrebbe non comprendere appieno funzioni, significati e limiti di ruolo della gestante subendo così un (eventuale) pregiudizio sul proprio equilibrio psicologico.

Al Legislatore il compito di attuare al meglio questi due diritti, coordinando tali interventi normativi con un'intensa attività politica. Proprio la dimensione sempre più internazionale, infatti, richiede una politica attiva tesa a raggiungere accordi bilaterali con gli Stati in cui la pratica della gestazione per altri è considerata lecita per difendere senza retrocedere il rispetto dei diritti della gestante e del nascituro<sup>117</sup>. Sempre sul piano della cooperazione internazionale,

---

comparazione tra Italia, Germania e Austria si rinvia a D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016, pp. 211-239.

<sup>113</sup> Si è espresso favorevolmente a una conoscibilità parziale L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2012, pp 828-834. Altresì si veda la posizione di L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, *op. cit.*, p. 201 secondo i quali la soluzione ottimale sarebbe di lasciare al minore la facoltà di scegliere se accedere alle informazioni parziali o complete e al contempo permettere al donatore di scegliere se divulgare solo alcune informazioni o la propria identità.

<sup>114</sup> Vi è tuttavia una differenza fondamentale con l'adozione dal momento che nella gestazione per altri non si verifica l'abbandono del minore, ma la volontaria partecipazione della gestante al progetto familiare della coppia intenzionale. Cfr. M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, *op. cit.*, p. 88 secondo il quale il presupposto psicologico, sociale e culturale della gestazione per altri da parte della gestante non è quello di portare in grembo un proprio figlio, ma di co-partecipare al progetto genitoriale di un'altra coppia.

<sup>115</sup> M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>116</sup> C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017, p. 6. Altresì B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI e E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, p. 111.

<sup>117</sup> Cfr. M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della corte di cassazione italiana e di altre Corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2020, p. 322 che riflettendo sulla proposta inglese di stipulare accordi bilaterali con i Paesi in cui avviene la gestazione per altri «potrebbe rappresentare il mezzo per

risulta doveroso affiancare anche un contributo attivo per la creazione di una regolamentazione internazionale non solamente per la risoluzione delle controversie di diritto internazionale privato, ma per tutelare i diritti fondamentali ed evitare fenomeni di abuso e sfruttamento<sup>118</sup>.

In conclusione, l'impostazione proposta può così conciliare sia l'esigenza interna rappresentata dal divieto legislativo sia quella internazionale di aprirsi a pratiche avvenute lecitamente in Paesi in cui la gestazione per altri è consentita. Così facendo non si ignorerebbe lo *status* dei nati attraverso tale pratica e al contempo si valorizzerebbe le peculiarità della gestazione per altri. Dare riconoscimento a questa relazione significa garantire una tutela (minima ma forte) tanto alla gestante quanto al nascituro. La strada sempre più impervia tracciata dalla giurisprudenza risulta oramai approdata a un punto in cui la disciplina e la tutela, così come ripensamento più ampio della maternità e della paternità, deve avvenire per opera del Legislatore e non del giudice. Solo un coraggioso intervento legislativo può permettere ai giudici di uscire dal «navigare a vista»<sup>119</sup> e fornire loro le coordinate per poter salpare in sicurezza in mare aperto.

---

ovviare ai problemi che si possono porre nei casi di atti di nascita provenienti da Paesi nei quali non vi sono garanzie di rispetto dei diritti della gestante e dove è anche possibile si verifichi un commercio di organi e di esseri umani [...] Al posto di una generalizzata riconoscibilità dei certificati di nascita stranieri, con il limite dell'ordine pubblico, ogni Stato potrebbe redigere delle *white* e *black lists*, includendo in esse quei Paesi rispetto ai quali è – o non è – possibile ottenere il riconoscimento dei loro atti di nascita. In tale modo verrebbero correttamente indirizzati i comportamenti dei soggetti intenzionati a ricorrere alla maternità surrogata, senza dover affrontare e risolvere il problema a posteriori [...].»

<sup>118</sup> Cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3, 2015, pp. 26-28. Si veda altresì M. C. BARUFFI, *International surrogacy arrangements test the public policy exception: an Italian perspective*, in *Yearbook of Private International Law*, v. 19, 2017-2018 pp. 311-312 che rende conto degli sforzi dalle organizzazioni internazionali per fornire un quadro giuridico più definito.

<sup>119</sup> La metafora è tratta da E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017, p. 6.