

LO STATUS DI FIGLIO NATO DA MATERNITÀ SURROGATA OLTRE LA DICOTOMIA FRA DIGNITÀ DELLA DONNA E IDENTITÀ DEL BAMBINO

*Federico Pistelli**

THE STATUS OF CHILDREN BORN BY SURROGACY. BEYOND THE DICHOTOMY BETWEEN THE DIGNITY OF WOMEN AND THE IDENTITY OF THE CHILD

ABSTRACT: *The essay analyses the issue of the status of the child born through surrogacy and the possible instruments for establishing the bond with the intended parent. After an examination of the regulating principles of the phenomenon, the essay focuses on the solutions proposed by Italian jurisprudence, which has recently reaffirmed that adoption simple constitutes the only way for establishing the parental relationship with the child born through surrogacy. The essay provides some critical insights into the approach that places the dignity of women and the interest of the child in antinomy with each other, suggesting the opportunity to distinguish the instruments to discourage surrogacy from those to protect the continuity of status*

KEY-WORDS: surrogate motherhood; intended parents; status filiationis; public policies; simple adoption.

ABSTRACT: *Il saggio analizza la questione dello status del minore nato da maternità surrogata e dei possibili strumenti per l'instaurazione del legame con il genitore d'intenzione. Dopo una disamina dei principi regolatori del fenomeno, lo scritto si focalizza sulle soluzioni proposte della giurisprudenza italiana, la quale ha recentemente ribadito che l'adozione in casi particolari costituisca l'unica modalità di costituzione del rapporto genitoriale con il minore nato da GPA. Il saggio fornisce alcuni spunti critici dell'approccio che pone la dignità della donna e l'interesse del minore in antinomia fra loro, suggerendo l'opportunità di tenere distinti gli strumenti di contrasto alla maternità surrogata da quelli a tutela della continuità di status.*

PAROLE CHIAVE: maternità surrogata; genitori d'intenzione; status filiationis; ordine pubblico; adozione in casi particolari.

SOMMARIO: 1. Genitori d'intenzione, madri gestanti e figli nati da PMA – 2. La regolazione della GPA nei principi sovranazionali (...) – 2.1. (...) e nella discrezionalità nazionale – 3. Il problema della filiazione transazionale tra prevalenza del *favor veritatis* e continuità di *status* – 4. L'ordine pubblico internazionale e il divieto di trascrivibilità dell'atto di nascita straniero – 5. Lo strumento della *stepchild adoption* secondo i canoni della «promptness» ed «effectiveness» – 5.1. Correttivi e ostacoli all'adozione nel diritto (ancora) vivente delle Sezioni Unite (38162/2022) – 6. La dignità della donna e l'identità del

* Ricercatore in diritto privato, Università di Trento, federico.pistelli@unitn.it. Il contributo, sottoposto a doppio referaggio anonimo, è stato accettato per la pubblicazione sul n. 1/23 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDiritto.

bambino: una falsa dicotomia – 6.1. L’opportunità di una separazione fra strumenti di tutela – 7. «If you are parent in one country, you are parent in every country». Considerazioni sul futuro del riconoscimento del nato da maternità surrogata dopo la proposta di Regolamento UE.

1. Genitori d’intenzione, madri gestanti e figli nati da PMA

Lo sviluppo delle tecniche di medicina della procreazione pone il giurista di fronte a una serie di nuovi interrogativi, che nascono con l’affermarsi del pluralismo dei modelli familiari¹. Il caso più divisivo, anche in virtù dell’incidenza globale che il fenomeno ha assunto nell’ultimo ventennio e del dibattito che ne è seguito, è rappresentato dallo *status* dei nati da maternità surrogata – anche definita come «processo di gestazione per altri» (GPA) – fra le forme più ricorrenti di applicazione delle tecniche di «procreazione medicalmente assistita» (PMA)². Pur dando adito a una casistica estremamente variegata, una vicenda porta, su tutte, il segno della complessità degli interessi coinvolti e della natura delle scelte politiche che fanno da sfondo a questo tema.

Una coppia – generalmente omoaffettiva maschile – entra in contatto, grazie all’intermediazione di cliniche specializzate nella prestazione di servizi «tutto-incluso» (*all-inclusive packages*), con una donna disponibile a condurre una gravidanza su commissione. Per la formazione dell’embrione viene fornito il materiale biologico di uno dei “committenti”, il quale va a fecondare l’ovocita della stessa madre surrogata (c.d. surrogazione tradizionale), ovvero di una donatrice terza (c.d. surrogazione gestazionale), per poi essere impiantato nell’utero della

¹ Il riferimento va alla nota metafora della famiglia come «isola che il mare del diritto deve solo lambire» di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, pag. 241, anche Id., *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1966, *passim*, ora in L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, pag. 52. Si veda anche il dialogo con F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 509 ss. Il concetto è stato recentemente ripreso nello studio di S. PATTI, *La famiglia: dall’isola all’arcipelago*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pag. 507 ss. Secondo l’A. il filo che può dare fondamento e unità alle diverse aggregazioni familiari è il «principio famiglia» costruito a partire dalla Carta di Nizza (art. 9), che consente, secondo un procedimento inverso, di tornare dall’arcipelago a quello dell’unità della famiglia come comunità di amore e di affetti. Sulla pluralità delle relazioni familiari anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 7 giugno 2022 (disponibile all’indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela>).

² N. CAHN, J. CARBONE, *Introduction to the Symposium on Assisted Reproductive Technology and Family Law*, in *Family Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1, 2015 e gli altri contributi pubblicati all’interno dello stesso volume monografico. Più in generale, queste tecnologie di riproduzione consistono nella «capacità medica di asportare ovociti e sperma dal corpo umano, manipolarli e inserirli o nel corpo femminile da cui erano stati estratti gli ovociti o in un altro corpo femminile oppure di crio-conservarli. Il processo di fecondazione viene rimosso dal corpo della donna e trasferito in laboratorio», così, D. FARQUAAR, *Reproductive Technologies are Here to Stay*, in *Sojourner*, 1995, pag. 6-7.

gestante³. L'accordo prevede che, al compimento della gravidanza, il neonato verrà consegnato alla coppia di genitori intenzionali, i quali potranno formalmente assumerne la responsabilità, mentre la madre gestante si impegna a rinunciare ad ogni pretesa di instaurare futuri rapporti con il nato⁴.

Tale dinamica si regge, perlomeno in linea di principio, sullo spirito di liberalità che anima la disponibilità di una donna a sottoporsi ad una gravidanza per altri. Beninteso, ciò non significa che la coppia committente non sia tenuta ad effettuare alcun esborso in denaro – anzi, gli oneri previsti per questo tipo di operazioni sono, di regola, particolarmente elevati⁵, ma che le prestazioni a beneficio della gestante si devono limitare alle *reasonable expenses*, ossia al rimborso dei costi vivi sopportati durante la gestazione e, più in generale, di ogni incidenza negativa che la gravidanza ha prodotto sulla vita professionale e relazionale della donna⁶.

³ Il caso del ricorso a procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia omoaffettiva femminile si differenzia dall'ipotesi considerata nello scritto e risulta, tendenzialmente, meno problematica. Laddove entrambe le donne siano coinvolte biologicamente nella nascita del bambino – una, in qualità di madre gestante, l'altra come donatrice dell'embrione – lo *status filiationis* potrà essere instaurato nei confronti di entrambe. La pratica, che prende il nome di R.O.P.A. (Reception of Oocytes from Partner), non può essere realizzata in Italia, ma la Cassazione ne ha recentemente ammesso il riconoscimento, M. GIULINO, G.M. VERGALLO, *In Vitro Fertilisation with Reception of Oocytes from Partner: A Transnational Case of Female Shared Biological Motherhood*, in *J Law Med.*, 2022, 29(1), pag. 224 ss.

⁴ La legge di alcuni Stati, come quella dell'Ontario, prevede esplicitamente che la madre gestante non possa rivendicare la maternità sul nato al compimento della gravidanza. Diverso invece il rilievo del consenso per il *Family Law Act* della British Columbia (art. 29, co. 3, lett. b), il quale prevede che l'acquisto del rapporto di filiazione nei confronti dei genitori intenzionali avvenga sol attraverso consenso espresso della gestante successivamente al parto. È invece automatico l'effetto di instaurazione dello *status* parentale secondo l'art. 123 del Codice della famiglia in Ucraina, secondo cui «in case of transferring a human embryo, conceived by spouses as a result of applying ART, into the body of another woman, the child's parents shall be the spouses».

⁵ La mancanza di dati ufficiali rende difficile effettuare una stima affidabile dei costi medi per lo svolgimento di una pratica di surrogazione. I fattori che principalmente influenzano il costo della pratica sono la collocazione geografica della madre gestante e la possibilità di effettuare il parto all'interno del territorio dell'Unione Europea, al fine di agevolare il processo di riconoscimento. Negli Stati Uniti, il costo varia a seconda dello Stato nel quale la pratica è compiuta, ma si aggira di regola attorno ai 190.000 – 220.000 \$. La madre surrogata percepisce un compenso di circa 45.000 \$ negli Stati in cui è ammessa la previsione di una remunerazione per la gestazione. Molto più contenuti sono invece i costi nel caso di maternità surrogata condotta nei Paesi dell'est Europa, in particolare, Russia e Ucraina, dove gli oneri della pratica variano tra i 30.000 e i 60.000 €. I dati relativi ai prezzi dei servizi offerti dalle diverse società di intermediazione sono liberamente accessibili online, sulle pagine web delle cliniche private.

⁶ D.L. SPAR, *For love and money: the political economy of commercial surrogacy*, in *Rev. int. pol. econ.*, 2005, pag. 287 ss. In tema di regolamentazione delle *reasonable expenses*, si veda lo studio di K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journ. Priv. Inter. Law*, 2011, pag. 627, in particolare 644, secondo cui agli Stati dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di prevedere, oltre alla compensazione alla madre per le spese e le occasioni perse in ragione della gravidanza, anche delle somme extra a titolo di «reimbursement for pain and suffering». Gli Stati dovrebbero stabilire convenzionalmente un limite massimo alla remunerazione, oltre il quale la pratica di surrogazione verrebbe considerata «child trafficking». Più di recente, K. TRIMMINGS, *Surrogacy Arrangements and the Best Interest of the Child*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (a cura di), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, pag. 187 ss. In senso critico dell'approccio di regolazione del mercato, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, pag. 8-9. Sulla situazione in Europa, C. THOMALE, *State of Play of Cross-boarder Surrogacy Arrangements. Is There a Case for Regulatory Intervention by the EU?*, in *Jour. Priv. Int. Law*, 2017, pag. 463 ss.

Questa precisazione vale a distinguere, secondo l'opinione prevalente, le pratiche di maternità «altruistica», da quelle «commerciali».

Laddove si assuma che il rapporto di gestazione si fondi esclusivamente sul desiderio di una donna di soddisfare l'altrui bisogno di genitorialità – senza, dunque, ricevere alcun tornaconto economico – sarebbe difficile fornire una spiegazione credibile dei numeri delle gravidanze che ogni anno sono portate a termine attraverso l'utilizzo di queste tecniche. Il dispendio di energie fisiche e mentali, oltre al coinvolgimento emotivo che comporta la conduzione di una gravidanza, rende prevedibile l'emergere di un consistente squilibrio fra la domanda – composta da un numero sempre crescente di coppie impossibilitate a procreare secondo i metodi tradizionali⁷ – e l'offerta di surrogazione⁸. Viceversa, la possibilità per la gestante di ricevere un compenso per l'attività svolta può rappresentare il canale attraverso cui colmare il divario tra il bisogno di genitorialità e il suo “surplus”, incentivando così l'incremento dell'offerta. Messa, dunque, da parte la retorica del dono, è oramai acquisito che questo fenomeno abbia dato luogo allo sviluppo di veri e propri mercati attrattivi del c.d. turismo procreativo, in prevalenza localizzati in specifiche aree geografiche (soprattutto, Asia orientale e sud-est asiatico, Russia, Ucraina, Sud America)⁹. Allo stesso tempo, però, la previsione di una remunerazione per il

⁷ L'adozione e la surrogazione possono essere viste come «two possibilities on a menu of choices to pursue in [infertile couples'] quest for children (A. STRUYCKEN, *Surrogacy, A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue*, in K. BOELE-WOELKI ET AL (a cura di), *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010, pag. 357). La domanda di surrogazione è prevalentemente composta da donne che hanno subito una isterectomia (asportazione dell'utero), che hanno sofferto di aborti spontanei ricorrenti, o che siano affette da patologie incurabili che rendano la gravidanza pericolosa per la salute. Vi sono però anche casi di donne che ricorrono a questa pratica per il desiderio di non sottoporsi alla gravidanza per motivi psicologici o professionali, vedi i dati riportati da L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Roma, 2017. Sulla necessità di una distinzione nel trattamento biologico fra uomo e donna, L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), Bologna, 2005. A favore dell'utilizzo della maternità surrogata come tecnica di PMA in contesti sanitari controllati per ovviare a patologie che impediscono alla donna di portare a termine una gravidanza, A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in questa *Rivista*, 2022, pag. 299 ss.

⁸ Così anche S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in *Ragion pratica*, 2021, pag. 161 ss., in particolare 178 «Se guardiamo a chi soddisfa la domanda, fatta eccezione per i pochi casi di sorelle o amiche, le donne che si prestano alla GPA lo fanno per ragioni economiche [...] deve essere chiaro che non ci sono donne dell'*upper class* che si prestano per il desiderio di altre, quale sarà la ragione?». Sul rapporto tra lo sviluppo delle tecnologie procreative e lo sfruttamento della donna, L. CORRADI, *Fecondazione eterologa e surroga di gravidanza*, in EAD. (a cura di), *Odissea embrionale*, Milano, 2019, pag. 36 ss.; EAD., *Nel ventre di un'altra*, Roma, 2017; M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2017.

⁹ Fino al 2015, il mercato era prevalentemente localizzato in Asia orientale e sud-est asiatico. Da quando questi Stati hanno vietato il ricorso alla maternità surrogata da parte degli stranieri, il mercato est-europeo ha cominciato a crescere, soprattutto in quei paesi (Ucraina e Russia) dove la guerra ha determinato una diffusa crisi economica. Questo processo è favorito dal fatto che le coppie straniere pagano meno di quanto pagherebbero altrove, mentre le madri surrogate percepiscono stipendi molto più alti della media dei redditi del paese. Per una panoramica generale, J. SCHERPE, C. FENTON-GLYNN, T. KAAAN, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019; M. GOODWIN (a cura di), *Baby Markets: money, morals, and the New Politics of Creating Families*, Cambridge, 2010.

“servizio” offerto dalla gestante rischia di istituzionalizzare, specie in contesti di grave e sistematica violazione dei diritti, lo sfruttamento della donna e il traffico di esseri umani per logiche commerciali.

Per contrastare la diffusione di fenomeni di *forum shopping*, numerosi ordinamenti hanno sviluppato risposte fortemente repressive nei confronti della pratica di surrogazione, in quanto lesiva della dignità della donna e, in ultima analisi, di reificazione della posizione del bambino¹⁰.

L'apparato sanzionatorio non dà però conto del fatto che, nella maggior parte dei casi, «il divieto non ha fermato il turismo riproduttivo»¹¹: la coppia committente, in spregio alla legislazione nazionale, si è recata all'estero per realizzare comunque la pratica, far nascere il bambino e per ottenere un certificato che ne attesti il legittimo stato di filiazione. Si tenga inoltre presente che, fra il momento in cui il nato viene affidato alla coppia committente e quello nel quale all'autorità domestica – *i.e.* l'ufficiale di stato civile o il giudice – è richiesto di formalizzare la relazione formata all'estero può essere intercorso un lasso temporale anche significativo: con la conseguenza per cui la dinamica familiare che lega il minore con la coppia committente, a prescindere dal modo in cui si è instaurata, può costituire oramai una realtà di fatto.

Così posta, la questione sembra collocare due interessi sullo stesso piano, imponendone un necessario bilanciamento. Da un lato, quello di alcuni ordinamenti a perseguire politiche repressive di un fenomeno «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹²; obiettivo che, come intuibile, sarebbe facilmente aggirato laddove si permettesse alla coppia di far ricorso a surrogazioni all'estero, per poi vedersene comunque riconosciuti gli effetti all'interno dell'ordinamento domestico. Dall'altro, quello del minore alla formazione della sua identità, come summa del diritto al nome, alla nazionalità, alla vita familiare e ad ogni altra posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dalle convenzioni

Lo studio più rilevante sul fenomeno è quello dell'OHCHR, *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 gennaio 2018, A/HRC/37/60. Anche V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., pag. 1 ss.

¹⁰ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 801 ss.

¹¹ S. POZZOLO, *Locatio ventris*, cit., pag. 178.

¹² Corte costituzionale, 22 novembre 2017, sentenza n. 272, in *Giur. Cost.*, 2018, pag. 385 ss., con nota di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*; in *Focus di Quaderni Costituzionali*, vol. 3, 2018, con note di G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017* e di G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*.

internazionali¹³; diritto che, con il protrarsi di una situazione di incertezza sullo *status* parentale, risulterebbe irrimediabilmente compromesso.

Il presente lavoro si occupa, dunque, di verificare se fra la tutela della dignità della donna, attraverso il divieto di surrogazione, e il diritto all'identità del bambino nato da PMA si ponga una reale dicotomia¹⁴. Dopo una breve disamina dei principi sovranazionali che sottendono al fenomeno in esame (§ 2.), il lavoro si concentra sulla risposta regolatoria fornita dagli ordinamenti che adottano un approccio repressivo (§ 2.1.). Le maggiori criticità nascono in vicende contraddistinte da elementi di transnazionalità, laddove i contrasti dovuti alla concorrenza fra ordinamenti impongono alle corti di decidere sul possibile punto di incontro fra i diversi interessi in gioco: specie quando si discuta se riconoscere il provvedimento straniero che accerta il rapporto di parentela con il genitore intenzionale o, all'opposto, assegnare prevalenza alla verità biologica (§ 3). L'analisi si concentra così sulla complessa stratificazione di pronunce che, nel corso dell'ultimo quadriennio, hanno fornito differenti ricostruzioni del principio di ordine pubblico internazionale (§ 4.) e dell'istituto dell'adozione in casi particolari (§§ 5. - 5.2.). L'intenzione è di far emergere le contraddizioni dell'approccio che tenta di bilanciare fra loro la dignità della donna e l'identità del bambino (§ 6.). La prospettiva mira a suggerire una separazione degli strumenti impiegati nella persecuzione dei due obiettivi, depurando il giudizio sull'instaurazione dello *status filiationis* da ogni scoria "punitiva" (§ 6.1.), nella direzione di recente proposta dal legislatore euro-unitario di riconoscimento della parentela «irrespective of how the child was conceived or born and irrespective of the type of family of the child»¹⁵ (§ 7).

2. La regolazione della GPA nei principi sovranazionali (...)

La scelta dell'ordinamento nel quale realizzare una pratica di surrogazione rappresenta il momento più delicato del progetto di genitorialità, giacché dipende non solo – e non tanto –

¹³ R. BLAUWHOFF, L. FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interest of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspective*, Asser Institute, 2016, pag. 211 ss., secondo cui «everyone must be able to establish the substance of his or her identity and ... this identity encompasses (*de minimis*) the legal parent-child relationship and nationality».

¹⁴ La prospettiva di ricerca è suggerita da G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., pag. 11 ss.

¹⁵ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM (2022) 695 final, 7 dicembre 2022.

dalla provenienza della donna che si sia offerta di portare a termine la gravidanza, ma soprattutto dalla esistenza di un quadro normativo che permetta l'instaurazione del rapporto di filiazione nelle forme richieste dalla coppia committente.

Nel contesto globale, ciascun ordinamento si confronta con la pratica della maternità surrogata attraverso approcci di *policy* generalmente riconducibili a tre possibili opzioni¹⁶. Quella astensionista (*i*), che si muove in un'ottica di tendenziale liberalizzazione della pratica, affidando poi alle corti il compito di risolvere le questioni civilistiche derivanti dalla sua messa in atto – *i.e.* l'interpretazione e applicazione degli accordi di surroga fra privati, l'attribuzione dello *status* di figlio e la responsabilità genitoriale; quella permissiva al sussistere di determinate condizioni (*ii*), come la mancata percezione di un compenso da parte della gestante, della infertilità della coppia committente, del legame genetico con almeno uno dei genitori e via dicendo; infine, quella impositivo-protezionistica (*iii*), che vieta *in toto* il ricorso alla suddetta pratica, corredando il divieto con l'irrogazione di sanzioni civili e penali.

A livello internazionale si sono svolti numerosi tavoli di discussione nel tentativo di definire i principi cardine cui gli Stati dovrebbero attenersi per garantire un livello elevato di tutela dei diritti coinvolti nelle pratiche di maternità surrogata; *in primis*, quelli del minore previsti dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia¹⁷, e quello della donna avverso ogni forma di discriminazione e sfruttamento commerciale del suo corpo. Sull'opzione regolatoria, tuttavia, le convenzioni internazionali lasciano un certo margine di apprezzamento agli Stati membri nella qualificazione delle pratiche di surrogazione, non escludendo in principio neppure la legittimità di quelle di tipo commerciale, laddove sia chiaramente segnato il limite con le politiche sul traffico di esseri umani¹⁸.

¹⁶ Così S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 91 ss.; R. CHARO, *Legislative Approaches to Surrogate Motherhood*, in *Law, Medicine and Health Care*, 1988, pag. 96 ss.

¹⁷ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con Lg. 176 del 27 maggio 1991, in particolare l'art. 8 Art. 8 «Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

¹⁸ *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, cit. Il report specifica, tuttavia, che gli Stati devono impegnarsi a monitorare e limitare gli aspetti economici di tutti gli accordi di surrogazione e a prevedere che le clausole contrattuali che riguardino lo *status* dei figli, la responsabilità parentale e la restrizione dei diritti della madre surrogata siano «non enforceable». Più di recente, l'UNICEF ha richiamato l'attenzione sulla necessità che gli Stati si dotino di meccanismi «to prevent any child born through surrogacy being stateless» (right to identity), UNICEF, *Key considerations: Children's rights & surrogacy*, Febbraio 2022 (<https://www.unicef.org/media/115331/file>). A livello

Data la particolare sensibilità etica e scientifica della materia, anche la Corte EDU – in particolare, nei casi *Mennesson-Labasse* (2014)¹⁹, *Paradiso Campanelli* (2015)²⁰ e, più di recente, nel primo Parere Consultivo espresso della Grand Chambre su richiesta delle *Court de Cassation* francese (2019)²¹, nell'*Affaire D.B. et Aútres c. Suisse*²² e in *K.K. et al. c. Danimarca* (2022)²³ – si è espressa a favore del riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento degli Stati nei confronti di tale pratica, anche in virtù della mancanza di consenso tra i membri del Consiglio d'Europa. La Corte è sembrata sempre evitare il confronto con la legittimità della pratica e della sua astratta compatibilità con i diritti umani tutelati dalla Carta, limitandosi a valutare l'impatto che le scelte di *policy* nazionali assumono sul diritto dei genitori biologici, intenzionali e sui nati da maternità surrogata, sotto l'egida dell'art. 8 CEDU²⁴. Nulla dunque si dispone, nemmeno a livello convenzionale, in ordine alla preferenza per l'una o l'altra fra le opzioni legislative. Dove invece il sistema chiede maggior cautela è rispetto alla posizione del nato, aspetto che nulla o comunque poco ha a che fare con la scelta dei genitori committenti di fare ricorso a tale pratica e che, per tali ragioni, non può subire la "colpe" dei padri o delle madri²⁵. Nel contesto di azioni e decisioni politiche che riguardino diritti dei minori, il

di soft law, un gruppo di esperti di diritto internazionale e diritti umani ha di recente formulato una serie di principi in tema di protezione dei diritti del minore nato da maternità surrogata (Verona Principles, 25 febbraio 2021, disponibili all'indirizzo, https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf). Il Principio 15 è specificamente dedicato alla parte finanziaria degli accordi di surrogazione. Gli Stati che prevedono la possibilità di un compenso per la gestante si impegnano a garantire la trasparenza di ogni transazione finanziaria (per iscritto, a disposizione delle autorità nazionali e delle corti) e a vietare remunerazioni alle società di intermediazione che siano «unreasonably high in relation to services rendered».

¹⁹ Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, (ricorsi n. 65192/11 e 65941/11), *Menesson c. Francia e Labasse c. Francia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, pag. 413 ss., con nota di R. BARATTA, *Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective*.

²⁰ O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. sulle fonti*, 2019, 2, pag. 1 ss. Per un commento alla sentenza della Corte EDU nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015), S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in questa *Rivista*, 2017, pag. 1 ss.; A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2015, pag. 834 ss.

²¹ Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla Cedu su richiesta della *Cour de Cassation* (domanda n. P16-2018-001).

²² Corte EDU, sentenza 22 novembre 2022, (ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15), *Affaire D.B. et Aútres c. Suisse.*, inedita.

²³ Corte EDU, sentenza 6 dicembre 2022 (ricorso n. 25212/21), *K.K. e altri c. Danimarca*, inedita.

²⁴ *K.K. et al c. Danimarca*, § 44., «the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements».

²⁵ L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 169, secondo cui la Corte EDU opera «una distinzione molto netta tra la posizione dei genitori e quella dei figli, la cui esistenza dipende dalla scelta dei primi di aggirare i divieti nazionali in materia di GPA».

legislatore deve tenere in «paramount consideration» il superiore interesse del bambino, quale canone ispiratore sul piano della politica del diritto e criterio ermeneutico della giustizia del caso concreto²⁶.

Anche a livello euro-unitario è mancato, sin d'ora, un indirizzo legislativo uniforme rispetto ai profili regolatori delle pratiche di surrogazione²⁷. A più riprese, il Parlamento Europeo ha denunciato il fenomeno sul solo versante della surrogazione «commerciale», ritenendo che essa «debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»²⁸, specie in contesti di particolare vulnerabilità delle donne, quale quello seguito allo scoppio del conflitto in Ucraina²⁹. Quest'impostazione sembra dunque rendere difficilmente praticabile l'opzione *sub i*) da parte degli Stati Membri dell'Unione Europea, atteso che un atteggiamento lassista aprirebbe verosimilmente alla legittimità di pratiche di surrogazione in ogni loro forma, compresa quella commerciale. Ciò nondimeno, i margini di discrezionalità nell'adozione delle opzioni *ii*) e *iii*) rimangono significativamente ampi³⁰.

2.1. (...) e nella discrezionalità nazionale

²⁶ Sul superiore interesse del minore nel contesto CEDU, M. BIANCA, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in EAD (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, pag. 669 ss.; J. LONG, *Il principio dei best interest e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M.C. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione Giustizia*, Roma, aprile 2019; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pag. 405 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, pag. 55 ss. In una prospettiva critica, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, pag. 74 secondo cui si tratta di «una nozione alquanto confusa e ambigua, indeterminata e sfuggente», il cui impiego pratico produce «conseguenze spesso contraddittorie e attribuisce al giudice un margine di discrezionalità che a volte di rivela eccessivo. Lo stesso autore sottolinea le difficoltà di rendere efficace e pienamente operativo il divieto di surrogazione della maternità. Sul necessario bilanciamento tra ricerca della verità e interesse del minore, M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pag. 86 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, pag. 133 ss.; ID., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. d.*, 1998, pag. 170 ss.

²⁷ § 7.

²⁸ Risoluzione del Parlamento Europeo 17 dicembre 2015, Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, § 115, che definisce come «commerciale» la surrogazione che prevede «lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo». La medesima preoccupazione per lo sviluppo dell'industria della surrogazione è espressa nella Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nel 2015 (2016/2009-INI) (§ 23).

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2022 sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP)), in particolare il considerando V., il quale sottolinea che alcune agenzie di maternità surrogata abbiano esercitato pressioni sulle madri surrogate per non fuggire dall'Ucraina prima di aver portato a termine la gravidanza. Il problema si lega strettamente allo scoppio del conflitto con la Russia, giacché l'Ucraina copre circa un quarto dell'offerta di GPA sul mercato globale (con circa 2.000-2.500 nuovi nati ogni anno).

³⁰ Benché risalente, si veda lo studio commissionato dal Parlamento Europeo, Directorate General for Internal Policies (Citizens' rights and constitutional affairs), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Maggio 2013, PE 474.403 (disponibile all'indirizzo, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)).

La scelta dell'Italia – in coerenza con quella degli ordinamenti che prediligono l'opzione *sub iii*) – è stata di introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice delle pratiche di maternità surrogata, con intento chiaramente preventivo³¹. Come è noto, la disposizione è stata inserita all'interno della legge che regola la procreazione medicalmente assistita (Lg. 19 febbraio 2004, n. 40)³². Dopo aver precisato che il ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita deve avvenire con modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», la Lg. 40/2004 prevede un ampio corredo di sanzioni penali per la commissione di illeciti legati all'impiego di tecniche di PMA, fra le quali figura l'art. 12, co. 6, che punisce chiunque realizza, organizza o pubblicizza, in qualsiasi forma, la pratica di surrogazione di maternità.

Di là da una condivisibile critica circa la particolare indeterminatezza nella formulazione della fattispecie³³, la norma evidenzia comunque l'inequivoca intenzione del legislatore nazionale di non distinguere, perlomeno ai fini della punibilità, le diverse tipologie di surrogazione – *i.e.* di coppie etero o omoaffettive, di surrogazioni tradizionali o gestazionali, altruistiche o commerciali e via dicendo.

L'altro dato rilevante che emerge dall'esegesi della disposizione attiene al novero dei soggetti attivi. L'impiego dei termini «realizzare», «organizzare» e «pubblicizzare» lascia sullo sfondo le figure parentali (i genitori biologici e quelli intenzionali), le quali potranno al più rispondere come concorrenti del sanitario che abbia attuato i protocolli medici funzionali al compimento della pratica, trattandosi invece di meri destinatari delle altre condotte previste dalla norma. La realizzazione di una maternità surrogata all'estero sfugge dunque, salvo futuri interventi del legislatore³⁴, dall'area della responsabilità penale, per esaurirsi in una vicenda dai contorni quasi

³¹ A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2020, pag. 20 ss.; nonché ID., *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione*, Torino, 2012, pag. 139 ss.

³² Ampiamente, F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, I, Torino, 2006, pag. 230 ss.

³³ A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, pag. 705 ss.

³⁴ Il richiamo va ai molteplici disegni di legge che propongono la qualificazione del reato di maternità surrogata come reato universale. Vedi le proposte di legge a firma dell'On. Salvini (Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità, comunicato alla presidenza il 7 aprile 2022, n. 2580), On. Carfagna (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, n. 2599), On. Meloni (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 23 marzo 2018, n. 306). Per un commento, M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, pag. 30 ss.; AA. Vv., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di*

esclusivamente privatistici³⁵.

Tanto esplicita è la scelta dell'ordinamento italiano di perseguire la pratica della maternità surrogata sul versante penalistico, quanto assente è la considerazione che viene data al "prodotto" di essa, ossia alla posizione del bambino commissionato dalla coppia o dal genitore intenzionale. La disposizione appena richiamata ha il proprio perno nelle condotte che precedono il momento della nascita e che sono preordinate a questo, ma non si spinge fino a qualificare il rapporto fra le diverse figure parentali e il nato da maternità surrogata. La scelta del legislatore potrebbe apparire, di fondo, persino coerente con le sue premesse – *i.e.* se i privati osservassero la disposizione, non si verificherebbe alcuna nascita "illecita" – non fosse che il Capo III della medesima legge («tutela del nascituro») si occupa di definire lo stato giuridico del nato da PMA (art. 8, Lg. 40/2004), anche qualora la gestazione sia avvenuta in violazione del divieto – parzialmente rimosso dalla Corte costituzionale³⁶ – di fecondazione eterologa (art. 9, Lg. 40/2004)³⁷. Questa circostanza sembra così confermare l'impressione che, più di aver lasciato un vero e proprio «vuoto normativo»³⁸, il silenzio del legislatore sullo *status* del nascituro da GPA sia frutto di una scelta consapevole di addossare agli interpreti il difficile compito di bilanciare le istanze di tutela della dignità della donna con il diritto all'identità del bambino³⁹; risulterebbe altrimenti difficile spiegare il diverso trattamento accordato al nato a seconda della metodologia scientifica impiegata per il concepimento e la successiva gestazione (PMA eterologa, ovvero GPA).

regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, in *Giur. pen.*, 2022, 7, pag. 1 ss.

³⁵ La Cassazione penale ha assolto, con orientamento pressoché uniforme, i genitori committenti, dai reati di alterazione di stato (art. 567 c.p.) e di falsa dichiarazione (art. 495 c.c.), poiché l'attribuzione di stato segue la regolamentazione della *lex loci* e la richiesta di trasmissione ai fini della sua trascrizione nell'ordinamento italiano non implica alcuna dichiarazione, T. TRINCHEA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 418 ss.; E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567, comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, pag. 79 ss. In giurisprudenza si veda, su tutte, Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286, con nota di G. CASABURI.

³⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, pag. 262 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, lg. n. 40/2004, rendendo così nuovamente possibile (come prima del 2004) la procreazione eterologa.

³⁷ La disposizione sancisce il divieto del coniuge o convivente che ha dato proprio consenso al ricorso alla pratica di fecondazione eterologa di disconoscere o di impugnare lo *status* del figlio così concepito (art. 9, co. 1, Lg. 40/2004). Specularmente, il donatore di gameti esterno alla coppia non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di diritti o obblighi (art. 9, co. 3, Lg. 40/2004).

³⁸ § 5.

³⁹ A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, pag. 409 ss.

3. Il problema della filiazione transazionale tra prevalenza del favor veritatis e continuità di status

Nelle ipotesi in cui la vicenda si esaurisca interamente entro i confini nazionali – *i.e.* coppia di cittadini della stessa nazionalità che realizzano sul territorio dello Stato una pratica di GPA – è solitamente più agevole per l'interprete individuare la soluzione che risolva a monte il problema dello *status* del figlio nato da maternità surrogata, in coerenza con l'opzione regolatoria adottata nello Stato di riferimento.

L'esito di una gravidanza avvenuta in un ordinamento che vieta questa pratica (*sub iii*) comporta l'attribuzione di responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro in capo ai soli soggetti legati geneticamente al bambino, ossia la madre gestante e il padre che abbia fornito i propri gameti⁴⁰. Nessun'altra forma di genitorialità – in osservanza di un generale principio di *favor veritatis*, nell'ermeneutica della sola verità “biologica”⁴¹ – può fondarsi sulla base dell'accordo di surrogazione fra la gestante e i committenti. Il rapporto di filiazione potrà al più essere instaurato, laddove ne sussistano i presupposti, attraverso il ricorso ad altri strumenti, come quello dell'adozione. Viceversa, negli ordinamenti che adottano l'opzione *sub i*) o *ii*) il quadro normativo permette che, al compimento della gestazione, il neonato venga affidato ai genitori intenzionali e il rapporto di filiazione si instauri a favore di entrambi: anche, quindi, rispetto a colui che non abbia concretamente fornito il suo apporto biologico al concepimento. L'esistenza di una regolazione di tipo permissivo non elimina ovviamente ogni margine di incertezza sullo *status* del minore: si tratta, in fin dei conti, di un rapporto parentale che si instaura in via negoziale – *i.e.* una donazione, ovvero un contratto a titolo oneroso – e che sconta, di conseguenza, i limiti tradizionalmente opposti all'*enforcement* di prestazioni che abbiano ad

⁴⁰ Ne è d'esempio l'art. 269, co. 3, c.c. Così, S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Milano, 2018, secondo cui «per il nostro ordinamento madre e colei che partorisce, secondo il principio espresso dall'art.269, comma 3, c.c., e richiamato dalla disciplina della lg. 40/2004, che, nell'escludere il ricorso all'anonimato, attribuisce al nato da tecniche di riproduzione medicalmente assistita lo stato di figlio della gestante, anche nell'ipotesi in cui la donna non sia madre genetica dello stato». Diversa la ricostruzione di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche della costituzione di status*, Torino, 2022, pag. 103 per il quale «la norma contenuta nel comma terzo dell'art. 269 c.c. non identifica la madre in colei che ha partorito, bensì si limita ad indicare la prova della filiazione fuori dal matrimonio, qualora, in assenza del riconoscimento, si voglia agire in giudizio per far dichiarare giudizialmente la maternità».

⁴¹ Sull'insufficienza del paradigma veritativo, si veda lo studio di A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Pers. merc.*, 2023, pag. 540 ss. Secondo l'A., i due fattori che hanno palesato l'insufficienza di questo paradigma sono «il diritto al rispetto della vita familiare e la diffusione di una maggiore varietà strutturale dei rapporti familiari».

oggetto atti di disposizione del proprio corpo⁴². Ciò nonostante, la regolamentazione del fenomeno – a differenza del suo radicale divieto – fornisce perlomeno un quadro di regole e principi diretti a ridurre la discrezionalità dell'interprete nell'accertamento dello *status filiationis*.

Ben più complesso è invece il caso in cui il margine di intervento esercitato da ciascuno Stato nella regolazione della suddetta pratica conduca a soluzioni materialmente confliggenti fra loro, in presenza di situazioni caratterizzate da elementi di transnazionalità⁴³.

Fermo restando che un ordinamento proibizionista (*sub iii*) non consentirebbe al genitore intenzionale di formare *ex novo* un certificato di nascita per costituire il rapporto di genitorialità con il nato, è invece più controverso il caso in cui quello stesso ordinamento sia chiamato a riconoscere gli effetti di un provvedimento già legittimamente formato all'estero (*sub i e ii*): ciò avviene prevalentemente attraverso la richiesta di trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita o del provvedimento giurisdizionale straniero che attesti la co-genitorialità della coppia committente sul bambino.

Questa situazione trae origine dal corto circuito fra *policies* perseguite da ordinamenti in concorrenza fra loro, segnatamente, sul diverso modo di concepire e bilanciare la tutela della dignità della gestante con il rilievo attribuito all'autonomia della donna nella disposizione del proprio corpo. Ma soprattutto da una profonda spaccatura ideologica fra la prevalenza, ad ogni

⁴² Sul tema dell'enforcement dei contratti di surrogazione di maternità la letteratura è particolarmente ampia. Si veda, per tutti, H. JONES, *Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses*, in *Hastings Law Journ.*, 2019, pag. 595 ss.; G.I. COHEN, K.L. KRASCHEL, *Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach*, in E.S. SILLS (a cura di), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge, 2016, pag. 85 ss.; D. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Family Law Quarterly*, 2015, pag. 29 ss.; R. EPSTEIN, *Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia Law Rev.*, 1995, pag. 2305 ss.; R. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *Journ. Cont. Health Law and Policy*, 1989, 21 ss. Alcune questioni hanno assunto particolare rilievo di fronte alle corti: il riconoscimento di un eventuale diritto della coppia committente a richiedere l'interruzione della gravidanza laddove il feto presenti malformazioni, ovvero quando la coppia cambi idea sulla volontà di avere un figlio; la tutela "reale" riconosciuta ai genitori intenzionali, nel caso in cui la gestante si rifiuti di consegnare il bambino; la risoluzione dei conflitti fra la i membri della coppia committente e il potere di intervento del giudice; il diritto della madre gestante alla instaurazione di un rapporto con il nato. I più noti, benché risalenti, casi di conflitto negli ordinamenti anglosassoni sono *Baby Cotton* (1985, FLR 846, Latey, J.) e *Baby M.* (1988, N J, 537 A2d 1227). In questo secondo caso, la Corte Suprema del New Jersey ha ritenuto il contratto di surrogazione non valido, ma ha comunque deciso di affidare il bambino alla coppia di genitori intenzionali, in quanto questi ultimi offrivano maggiori garanzie in termini economici, salvo il diritto della gestante di far visita al bambino. Sui tre diversi approcci adottati nella risoluzione delle controversie aventi ad oggetto accordi di surrogazione ("gestational test", "birth test", "intent test"), L. THEIS, N. GAMBLE, L. GHEVAERT, *RE X and Y (Foreign Surrogacy): A Trek Through a Thorne Forest*, in *Fam. Law Journ.*, 2009, pag. 239 ss.; D. HOWE, *International Surrogacy. A Cautionary Tale*, in *Fam. Law Journ.*, 2008, pag. 61 ss.

⁴³ La fattispecie è definita dalla dottrina come «cross border reproductive care», N. CARONE, R. BAIOTTO, V. LINGARDI, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relation with the surrogate per- and post- birth*, in *Reproductive BioMedicine online*, 2017, 34(2), pag. 181 ss.

costo, della verità biologica su quella sociale e la tutela dell'identità del minore a prescindere dalle modalità con cui si sia formata, in particolare, laddove concretizzatasi nell'instaurazione di un legame affettivo e familiare con la coppia committente: legame al quale si chiede che l'ordinamento garantisca continuità⁴⁴.

Non è dunque un caso che, in mancanza di un quadro regolatorio condiviso a livello internazionale, siano state le Corti nazionali e sovranazionali a instaurare un dialogo per stabilire quale sia il margine di permeabilità di ciascun ordinamento a soluzioni straniere e, specialmente, quale rilievo assuma il superiore interesse del minore nel bilanciamento con altre posizioni giuridiche rilevanti.

4. *L'ordine pubblico internazionale e il divieto di trascrivibilità dell'atto di nascita straniero*

È ormai consolidato che il margine di flessibilità che contraddistingue ciascun ordinamento nel riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri dipenda dal perimetro assegnato al concetto di ordine pubblico internazionale⁴⁵. Nel nostro ordinamento, questo principio trova applicazione anche in materia di *status* parentale, atteso che il giudice italiano è tenuto verificare che gli effetti di un provvedimento straniero sull'esistenza di rapporti di famiglia non vi contrastino (art. 65, Lg. 218/1995). Questa verifica non ha natura generale o astratta, ma è relazionale, poiché si svolge rispetto a singole norme del diritto interno e, in particolare, alla disciplina che concretamente regolerebbe il caso laddove si riconoscesse l'efficacia in Italia dell'atto straniero⁴⁶.

Nell'ambito che ci compete, questo principio rappresenta il perno attorno al quale gli

⁴⁴ Sul diritto alla continuità affettiva, A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, pag. 162 ss. L'A. insiste anche sul fatto che il *favor veritatis* è principio relativo, suscettibile di cedere nei casi in cui l'emersione della verità non soddisfi l'interesse del minore. La Cassazione ha, in più di un'occasione, dato rilievo alla nozione di genitore di fatto, al fine di descrivere una genitorialità che non si fondi sul legame biologico, ma sulla serietà, profondità del rapporto e assunzione della responsabilità genitoriale verso il minore, così, Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in *Fam. dir.*, 2017, pag. 329 ss., con nota di L. La BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partener: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.*, 2017, pag. 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili*.

⁴⁵ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Camerino, 2019; G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione giustizia*, vol. 1, 2019; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2018, pag. 403 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012; A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Padova, 1974. Vedi, inoltre, il numero monografico di questa *Rivista*, vol. 3 del 2021.

⁴⁶ Sulla natura "interna" del principio di ordine pubblico internazionale, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, pag. 746 ss.

ordinamenti che adottano l'opzione proibizionista (*sub iii*) fanno ruotare il complesso *trade-off* fra la tutela della dignità della donna, il *favor veritatis* e il diritto all'identità del bambino.

Rispetto al fenomeno in esame si è posto, in particolare, il problema di stabilire quale sia l'esatta delimitazione delle norme che formano la trama dell'ordine pubblico internazionale, dal momento che non ogni disposizione di legge a carattere imperativo può esserne considerata un'espressione, bensì solo quelle che corrispondono a principi fondamentali e irrinunciabili e che, come tali, identificano il sistema dei valori essenziali di ciascun ordinamento. Si tratta, in poche parole, di stabilire se il divieto di surrogazione della maternità possieda tali caratteristiche e sia, pertanto, d'ostacolo al riconoscimento degli effetti dell'atto di nascita formato all'estero, o del provvedimento giurisdizionale che costituisce il rapporto parentale fra il minore e il genitore intenzionale.

Sullo sfondo di una posizione di forte chiusura della Corte costituzionale⁴⁷ e della distinzione fatta propria dalla Prima Sezione della Cassazione fra PMA eterologa e GPA⁴⁸, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha confermato – in entrambe le occasioni⁴⁹ – che il divieto di maternità surrogata deve venir letto come espressione di un principio di ordine pubblico internazionale. Quest'orientamento evidenzia la forte continuità con la rilettura che lo stesso organo aveva fornito, pochi anni prima, di questo principio, in occasione del riconoscimento in Italia di decisioni straniere di liquidazione dei danni punitivi⁵⁰. In quella sede se, per un verso, si

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 22 novembre 2017, cit.

⁴⁸ Cass., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, pag. 185 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Riv. dir. int.*, 2017, pag. 169 ss., con nota di O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n- 19599/2016*. La Corte, nell'escludere che il riconoscimento dello status di figlio nato da PMA eterologa all'estero contrasti con l'ordine pubblico, sottolinea espressamente che si tratti di «una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità», lasciando così facilmente intendere che la soluzione, in quest'ultimo caso, sarebbe stata di segno opposto.

⁴⁹ Il richiamo va alla recentissima Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, inedita e Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, variamente commentata in dottrina, fra cui, in *Dir. pers. fam.*, 2020, pag. 393 ss., S. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale*; in *Giur. it.*, 2020, pag. 1623, con nota di G. SALVI, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale. Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*; in *Corr. giur.*, 2019, pag. 1198 ss., con nota di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità* e di M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*; in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, pag. 737 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Fam. dir.*, 2019, pag. 653 ss., con nota di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Pers. merc.*, 2019, pag. 141 ss., con nota di A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni Unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*.

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, pag. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno Resp.*, 2017, pag. 419 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e*

riconobbe l'assoluta centralità della dimensione promozionale (di apertura), per l'altro, si estese l'intelaiatura delle fonti espressive di detto principio ben al di là delle sole norme della Costituzione, ampliandone così il novero a quelle «leggi che [...] inverano l'ordinamento costituzionale»⁵¹. Non è dunque motivo di stupore che il divieto stabilito dall'art. 12, co. 6, Lg. 40/2004 assuma un rilievo di ordine pubblico per il nostro ordinamento, in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali, *in primis*, quello della dignità della gestante e delle relazioni familiari. Pur non essendo vincolata rispetto al suo contenuto, la regolazione sulla procreazione medicalmente assistita ha difatti valore di «legge costituzionalmente necessaria», in quanto espressione di sintesi fra interessi costituzionalmente rilevanti. La previsione di un divieto di ricorrere alla pratica di GPA, per di più corredato dall'irrogazione di una sanzione penale di particolare entità, tradirebbe insomma una chiara e netta presa di posizione da parte del legislatore, il quale avrebbe formulato *ex ante* il bilanciamento fra l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* e quello alla tutela della dignità della donna, «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante»⁵².

Tale bilanciamento impedisce alle autorità nazionali di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero, ovvero di delibare il provvedimento straniero che ha instaurato il rapporto parentale. La logica della non trascrivibilità del provvedimento sarebbe da intendersi come parte del più ampio strumentario a disposizione degli ordinamenti che intendono perseguire politiche repressive del fenomeno della surrogazione *tout court* (*sub iii*): non limitandosi quindi ad impedirne la verifica sul territorio nazionale, ma evitando altresì che il divieto possa essere aggirato recandosi all'estero per poi beneficiare degli effetti dell'automatico riconoscimento. In uno dei passaggi più radicali, le Sezioni Unite rammentano che l'interesse del minore alla conservazione del rapporto genitoriale tende ad «affievolirsi» in caso di ricorso alla surrogazione della maternità⁵³, pratica che segna il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso⁵⁴ e torna a prevalere il *favor veritatis*⁵⁵.

diritto privato; in *Resp. civ. prev.*, 2017, pag. 1597 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*.

⁵¹ M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in questa *Rivista*, 2021, pag. 41 ss.

⁵² Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 18.

⁵³ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁵⁴ L'unica deroga che consente di sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritta, secondo le Sezioni Unite (n. 38162/2022), alla fattispecie della fecondazione eterologa (artt. 8 e 9, Lg. 40/2004).

5. *Lo strumento della stepchild adoption secondo i canoni della «promptness» ed «effectiveness»*

Il novero delle fonti che inverano l'ordine pubblico internazionale non si ferma tuttavia alla sola disciplina sul divieto di surrogazione della maternità, ma accoglie anche il principio del superiore interesse del minore, il quale «esige ed impone che sia assicurata tutela all'interesse al riconoscimento giuridico del rapporto con il genitore di intenzione»⁵⁶. Escludere la possibilità di riconoscere effetti all'atto di nascita formato all'estero o al provvedimento straniero sul legame parentale non determina, giocoforza, un annullamento dell'interesse del minore, nella misura in cui l'ordinamento preveda altri strumenti che consentano di dissipare la situazione di incertezza sullo *status*, permettendo così al genitore intenzionale di instaurare il rapporto con il nato da PMA.

Nel nostro ordinamento, la via alternativa è rappresentata dal ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1, lett. d, Lg. 184/1983) il quale consente, nella «constatata impossibilità di affidamento preadottivo»⁵⁷, l'instaurazione del rapporto parentale anche in assenza dei requisiti richiesti per l'adozione piena (art. 6, Lg. 184/1983). La stessa esistenza di questo strumento è d'ostacolo, secondo la Cassazione, all'ammissibilità di un suo eventuale concorso con la trascrizione dell'atto di nascita straniero, poiché è solo al primo istituto che l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato⁵⁸. A detta della Corte, questa interpretazione risulta pienamente in linea con il ruolo che gli interpreti hanno assegnato all'istituto dell'adozione in casi particolari, come clausola di chiusura del sistema, in grado di garantire un'«adeguata tutela» della continuità delle relazioni affettive e educative⁵⁹.

⁵⁵ Il dibattito che è sorto attorno alla possibilità dei diritti del minore di «affievolirsi» di fronte ad altri obiettivi legittimamente perseguiti dall'ordinamento ha saggiamente indotto le Sezioni Unite a rivedere la terminologia impiegata per argomentare questo concetto. Nella pronuncia più recente si legge che «l'esclusione della automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero non cancella, né *affievolisce* l'interesse superiore del minore» (corsivo aggiunto), Cass., Sez. Un. 30 dicembre 2022, n. 38162, § 22.

⁵⁶ Così, anche Cass., Sez. Un. 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 19.

⁵⁷ Sull'interpretazione del requisito della impossibilità di affidamento preadottivo come comprensiva anche della «impossibilità di diritto», Cass., 18 aprile 2018, n. 9373, in *Foro it.* 2018, I, c. 1536 ss., con nota di G. CASABURI.

⁵⁸ Va tenuto conto che i genitori possono far ricorso alla maternità surrogata quando siano stati ritenuti non idonei all'adozione, aggirando in tal modo limiti e controlli imposti dall'ordinamento (D. ROSANI, «*The Best Interest of the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in questa *Rivista*, 2017, pag. 129).

⁵⁹ Secondo V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. com.*, I, 2020, pag. 1116, l'adozione in casi particolari instaura un rapporto autentico di filiazione,

L'adeguatezza della tutela offerta dall'istituto dell'adozione è stata però messa fortemente in dubbio da quell'indirizzo, pur minoritario, che invoca la necessità di un giudizio di tipo casistico, temperato dalla individuazione di alcuni principi che orientino l'interprete nel riconoscimento di effetti allo *status filiationis* legalmente formato all'estero⁶⁰.

Una prima ragione trova fondamento in un indirizzo interpretativo da tempo consolidato dell'art. 8 CEDU⁶¹, recentemente ribadito nel Parere consultivo della Corte EDU su richiesta della *Cour de Cassation* francese⁶². Attraverso l'*Advisory Opinion*, la Corte ha avuto modo di esprimere una marcata posizione in ordine all'*an* e al *quomodo* del riconoscimento dei figli nati da maternità surrogata da parte del genitore non-biologico. Sul primo punto, la Corte è netta nell'evidenziare che dal principio del superiore interesse del minore scaturisca l'obbligo in capo agli Stati Membri di garantire almeno l'astratta possibilità di addivenire all'instaurazione del rapporto di parentela con il genitore intenzionale. L'art. 8 CEDU impone di valutare ogni situazione alla luce delle specificità del caso concreto, vagliando la soluzione che, fra più vie

che soffre l'unico problema della mancata instaurazione del rapporto con i parenti dell'adottante. Anche la tempistica richiesta dal procedimento rappresenta, secondo l'A., una garanzia necessaria per contrastare l'opacità del turismo procreativo. Sull'evoluzione dell'istituto, N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in F. MACARIO (a cura di), *I tematici. Famiglia*, IV, Milano, 2022, pag. 25 ss.; F. TROLLI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2022, pag. 609 ss.; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in F. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, Milano, 2012, pag. 951 ss.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 21 gennaio 2022, ordinanza n. 1842, in questa *Rivista*, 2022, pag. 317, con nota di M. CALDIRONI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*; in *Famiglia*, 2022, con nota di A. MORACE PINELLI, *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2022, pag. 1825, con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, secondo cui la valutazione che spetta al giudice ai sensi degli artt. 64 ss. Lg. 218/1995 non ha per oggetto il riconoscimento della liceità dell'accordo di surrogazione – e, di conseguenza, della legittimità di questa pratica in Italia –, bensì «l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione [...] Ciò che è in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale». In dottrina A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, cit.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2016, pag. 112 ss. Nella giurisprudenza di merito, contro l'approccio dell'astratto automatismo nel giudizio di rimozione dello stato di figlio, Tribunale dei minori di Roma, 11 febbraio 2020, n. 2991, in *Dir. Pers. Fam.*, 2020 pag. 1444 ss. con nota di E. MESSINEO, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*. Contro la qualificazione del divieto di surrogazione come principio di ordine pubblico, F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2021, pag. 1159 ss., il quale critica l'individuazione dell'art. 12 Lg. 40/2004 come norma di ordine pubblico, perché si occupa di un profilo del tutto diverso (sanzione penale per chi organizza o ricorra in Italia alla gestazione per altri); Vedi anche A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (dir. pen.)*, cit., pag. 707.

⁶¹ Le altre pronunce conformi allo stesso indirizzo sono citate *sub* § 2. Secondo O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 21 «La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai quesiti formulati dalla *Cour de Cassation* non desta particolare stupore tra gli studiosi della materia».

⁶² Cfr. nota 21.

astrattamente percorribili, meglio risponda al superiore interesse del minore⁶³. Meno marcata – pure se altrettanto significativa – è invece la risposta fornita dalla Corte in ordine al mezzo con il quale assicurare questa tutela. Dall’art. 8 CEDU non è possibile trarre una preferenza verso uno strumento in particolare, fermo restando che il riconoscimento vada garantito «as short-lived as possible [...] at the latest when it [the relationship] has become a practical reality»: la preoccupazione principale della Corte è, d’altronde, quella per cui la situazione di incertezza sullo *status* del bambino non si protragga al punto tale da compromettere il suo diritto alla vita familiare. Nella misura in cui lo strumento sia in grado di rimediare «promptly and effectively» a questa situazione di incertezza, è rimessa alla discrezionalità di ciascun ordinamento la scelta dell’istituto ritenuto più idoneo sulla base del proprio sistema interno; neppure la valutazione sull’adeguatezza del singolo strumento rientra fra le competenze della CEDU, la quale affida tale ruolo in via esclusiva alle corti domestiche⁶⁴.

Sin qui, l’indirizzo che osta al riconoscimento del provvedimento straniero non sembrerebbe porsi necessariamente in contrasto con il superiore interesse del minore, laddove sussista uno strumento alternativo che renda possibile instaurare un rapporto di genitorialità fra questo e il genitore non biologico.

Resta però da chiedersi se lo specifico strumento individuato dall’ordinamento possieda i requisiti fissati dalla Corte EDU. Se è vero, da un lato, che quest’ultima menziona l’adozione fra gli strumenti astrattamente in grado di soddisfare questa istanza di tutela, è però altrettanto vero, dall’altro, che la forma dell’adozione in casi particolari vigente in Italia presenta delle caratteristiche che rischiano di limitarne fortemente l’effettività. Non persuasa dal risultato cui erano pervenute le Sezioni Unite nel 2019, la stessa Prima Sezione della Cassazione aveva sollevato questione di costituzionalità della Lg. 40 del 2004⁶⁵, lamentando, fra le altre cose, la violazione dell’art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione. Con sentenza 9 marzo 2021, n. 33⁶⁶, la Corte costituzionale dichiarava la questione inammissibile, ma formulava un

⁶³ Ammonisce, difatti, la Corte che il criterio del *best interest of the child* non opera in via unidirezionale, cioè unicamente per favorire l’instaurazione del rapporto parentale con il genitore non-biologico. Questo principio impone, al contrario, una valutazione di ampio spettro che può, al contrario, andare in direzione della protezione del minore avverso il rischio di pratiche collegate alla maternità surrogata (caso *Paradiso-Campanelli*), ovvero del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini.

⁶⁴ CEDU, *Advisory Opinion*, cit., § 58 «That is a matter for the domestic courts to decide, taking into account the vulnerable position of the children concerned while the adoption proceedings are pending».

⁶⁵ Cass., sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. dir.*, 2020, pag. 675 ss., con nota di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*.

⁶⁶ Corte cost., 09 marzo 2021, n. 33, in *Giur. it.*, 2022, pag. 301, con nota critica di V. CALDERAI, *Surrogazione di maternità all’estero – Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell’infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*; in senso adesivo, in *Famiglia*, 2021, pag. 405 ss., A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di*

monito al legislatore, invitandolo a conformare la tutela del minore al quadro del diritto euro-unitario e costituzionale.

La base delle argomentazioni della Corte si fonda sulla preminenza che assume l'interesse del minore e sul particolare peso che questo gioca in qualsiasi bilanciamento con altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Fra di essi spicca lo scopo legittimo che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, persegue attraverso il disincentivo dal ricorso alla pratica di maternità surrogata. Né la Corte EDU, né tantomeno i principi costituzionali impongono infatti di far prevalere sempre e comunque l'interesse del minore rispetto ad ogni altro contro-interesse in gioco. Nella misura in cui l'ordinamento sia in grado di garantire la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, rientra nella discrezionalità dello Stato la scelta dei mezzi più idonei per il raggiungimento di questo risultato. L'origine della disarmonia nel sistema è racchiusa nel passaggio in cui la Corte precisa che:

«il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati».

Trattasi (*rectius*, si trattava)⁶⁷ difatti di un'adozione non piena, inadeguata a costituire un legame di parentela con la famiglia dell'adottante e, per di più, subordinata all'assenso del genitore biologico che esercita la responsabilità genitoriale: con la conseguenza che, nei casi in cui quest'ultimo non possa (ad esempio, per prematuro decesso) o non voglia (a causa della crisi della coppia) dare il suo assenso all'adozione, rimarrebbe preclusa ogni possibilità di vedere riconosciuto il rapporto di filiazione nei confronti del genitore che si era assunto la responsabilità al momento della nascita (o persino prima di essa), o con il quale si è comunque instaurato un rapporto affettivo e di cura⁶⁸.

maternità surrogata; in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-33-del-2021>, aprile 2021, con nota di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*; in *Nuove leg. civ. com.*, 2021, pag. 466, con nota di A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?*.

⁶⁷ § 5.1.

⁶⁸ Rilievi critici sulla adeguatezza della tutela offerta dall'istituto dell'adozione al superiore interesse del minore sono formulati da M.C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra i best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenJus*, 2019, pag. 1 ss. Vedi anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit.,

Diversa è, però, la conseguenza che i due organi giurisdizionali traggono dall'accertata inadeguatezza dell'adozione mite rispetto al metro dei principi convenzionali.

Per la Corte costituzionale, non può che spettare al legislatore il compito di farsi carico del bilanciamento tra la dissuasione dal compimento della pratica e la necessità, «imprescindibile», di assicurare il rispetto dei diritti dei minori. Per la Cassazione, la natura dei diritti in gioco rende la loro tutela non compatibile con le tempistiche tipiche del processo legislativo, permettendo all'interprete, attraverso l'ermeneutica del diritto vivente, di pervenire ad una soluzione in grado di colmare *medio tempore* il «vuoto normativo» nel sistema⁶⁹.

5.2. Correttivi e ostacoli all'adozione nel diritto (ancora) vivente delle Sezioni Unite (38162/2022)

La Prima Sezione della Cassazione da tempo segnala la possibilità di ricorrere ad un approccio alternativo al problema dello *status filiationis* nelle situazioni *cross-border*, suggerendo di non precludere a monte il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri, ma di dare invece rilievo ad alcuni elementi di fatto, tali da evidenziare che la pratica sia avvenuta in dispregio alla dignità della donna, oppure mediante sfruttamento del minore; circostanze dalle quali poter insomma inferire che la formalizzazione di quel legame parentale si porrebbe in contrasto con il principio di ordine pubblico internazionale⁷⁰. Al di fuori di queste, o di altre circostanze comunque significative di una lesione dell'autodeterminazione della donna, dovrebbe invece essere possibile per l'autorità nazionale riconoscere gli effetti del provvedimento straniero che accerta lo *status* di figlio del genitore intenzionale, senza la necessità di ricorrere allo strumento

pag. 8, secondo cui «L'adozione, infatti, è per sua natura istituto rimesso alla discrezionalità degli adulti. Tutela i diritti del bambino solo in quanto gli adulti vogliono adottare».

⁶⁹ Le Sezioni Unite (38162/2022) ricordano che «La giurisprudenza non è fonte del diritto [...] La riserva espressa dalla competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo [...] di individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori».

⁷⁰ Fra questi indici "negativi", l'ordinanza chiede anzitutto al giudice di verificare che non vi sia stata violazione da parte della coppia committente della legge del Paese nel quale si è realizzata la pratica: in tali ipotesi, il rifiuto del riconoscimento in Italia si deve soprattutto al fatto che lo *status filiationis* non si è legittimamente formato neppure nell'ordinamento dove la gestazione ha avuto luogo. Ancora, l'ordinanza ritiene sia da osteggiare il riconoscimento di tutti quegli accordi rispetto ai quali vi siano dubbi sulla libertà e consapevolezza della donna nell'atto di prestarsi alla conduzione di una GPA. Questo vale nei casi in cui la gestante non sia in condizione di poter revocare il consenso fino al momento della nascita del bambino, quando la scelta dipenda dalla promessa o dazione di una contropartita economica, ovvero quando nessun componente della coppia committente abbia un legame biologico con il nato. Il precedente più significativo richiamato dalla Cassazione è Corte EDU, sentenza 18 maggio 2021, *Valdis Glodis Fjornisdottir ed Eydis Glodis Agnarsdottir c. Islanda*, appl. N. 71552/17. Alla stessa conclusione è recentemente pervenuto Trib. Bari, decr. 20 luglio 2022, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 8 settembre 2022 (disponibile all'indirizzo: <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17512465/due-mamme-una-bimba-tribunale-di-bari-decr-20-luglio-2022.html>).

dell'adozione.

Questo ragionamento non sembra aver (del tutto) convinto le Sezioni Unite ad invertire il proprio orientamento in materia di *status* del minore da GPA, salvo nell'aver fatto sorgere l'esigenza di definire alcuni correttivi per avvicinare lo strumento dell'adozione ai canoni richiesti dalla Corte EDU.

Il primo ostacolo – ritenuto dalla Cassazione come il più significativo – è, in realtà, già venuto meno a seguito della pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 55, Lg. 184/1983, nella parte in cui richiama l'art. 300, co. 2, c.c.⁷¹. L'adozione in casi particolari è oggi idonea a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante e a estendere i rapporti civili anche con il nucleo familiare di quest'ultimo. Il correttivo adottato dalla Corte costituzionale consente così di dare piena attuazione al principio di unicità dello stato di figlio, equiparando la posizione del minore nei confronti di entrambi i genitori e manifestando, in tal modo, un approccio effettivamente uniforme nel trattamento della filiazione e dell'adozione.

Del secondo profilo di inadeguatezza segnalato dalla Corte costituzionale (n. 33 del 2021) si fanno, invece, direttamente carico le Sezioni Unite. Come anticipato, l'art. 46 Lg. 184/1983 richiede, ai fini del perfezionamento della pratica di adozione, l'assenso del genitore biologico. Con la conseguenza che, in ipotesi di crisi della coppia, rischia di alimentarsi un'ingiustificata discriminazione nei confronti del genitore intenzionale, il quale potrebbe venir estromesso dalla relazione con il minore quale sintomo di un puro atto ritorsivo da parte del genitore biologico: la norma non sembra difatti porre alcun limite a quest'ultimo nella decisione relativa all'adozione del minore da parte del genitore intenzionale. Facendo proprio un indirizzo già emerso in letteratura e giurisprudenza⁷², le Sezioni Unite decidono tuttavia di accogliere una lettura che funzionalizza il requisito del consenso all'adozione al miglior interesse del minore. L'eventuale dissenso manifestato dal genitore biologico potrà, in sostanza, produrre effetto solo laddove sia giustificato sulla base all'interesse del bambino: può essere, ad esempio, il caso in cui il *partner* non biologico non abbia intrattenuto rapporti affettivi o di cura con il minore dopo la sua nascita, essendo in tal modo venuto meno all'iniziale progetto di genitorialità comune. Invero,

⁷¹ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Nuove leg. civ. com.*, 2022, pag. 1333, con nota di R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*; in *Foro it.*, 2022, I, c. 2936 ss., con nota di A. PALMIERI, *Adozione mite: l'adottato non è più un «estraneo» per i parenti dell'adottante*; in *Nuova giur. civ. com.*, 2022, pag. 1013 ss., con nota di M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*. Il caso riguardava proprio una pratica di maternità surrogata da parte di una coppia omoaffettiva unita civilmente.

⁷² Cass., sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, I, pag. 5 ss., con J. LONG, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*.

anche il solo passaggio dal concetto di “potestà” a quello di “responsabilità genitoriale” sembrerebbe ostare a una lettura che legittima l’espressione di un dissenso *ad libitum* del genitore biologico, a favore di una che lo subordina all’effettiva corrispondenza con l’interesse del minore⁷³.

A ben vedere, questa operazione ermeneutica permette di superare il problema del consenso volontariamente non prestato dal genitore biologico, lasciando invece aperto quello relativo al caso in quest’ultimo si trovi nell’impossibilità di prestarlo, vuoi per morte o per incapacità intervenuta prima del perfezionarsi della procedura di adozione. Al contempo, questo strumento e, segnatamente, il suo fondarsi sul principio del consenso come fattore costitutivo del rapporto di filiazione, lascia altresì sprovvisto il minore nella situazione opposta, ossia quella in cui, pur avendo preso parte al progetto di surrogazione, il genitore intenzionale si sottragga ai propri obblighi nei confronti del minore, rifiutandosi di procedere all’adozione. L’iniziativa compete infatti all’adottante in via esclusiva: per come è congegnato tale sistema, tanto il genitore biologico, quanto lo stesso nato da GPA non dispongono di strumenti per promuovere la costituzione del rapporto parentale nei confronti del genitore privo di legami genetici con il nato, né per farne valere i corrispondenti doveri. Pur consapevoli dell’ostacolo che può rappresentare l’incoercibilità di quest’obbligo⁷⁴, le Sezioni Unite ritengono che tale profilo non sia comunque sufficiente a giustificare un asserito diritto del *partner* o del minore stesso alla trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero. Saranno allora altri gli strumenti che consentiranno al minore di poter godere di tutti i diritti connessi al proprio *status, rectius*, che determineranno l’assunzione di responsabilità in capo a «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest’ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino»⁷⁵.

⁷³ A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017; M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2016.

⁷⁴ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 12.

⁷⁵ La proposta di A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore*, cit., è quella di superare il rilievo della discrezionalità del genitore d’intenzione consentendo al minore l’esercizio dell’azione *ex art. 279 c.c.* Anche ritenendo che il caso della maternità surrogata rientri fra quelli in cui «non può proporsi l’azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità» (cfr. il requisito dell’art. 279, co. 1, c.c.), la norma sembra tuttavia consentire l’esercizio dell’azione al solo «figlio nato fuori dal matrimonio». L’estensione analogica della fattispecie richiederebbe dunque di ravvisare un’*eadem ratio* rispetto al caso (non regolato) del figlio privo di un legame biologico con uno dei genitori. Nell’interpretazione datale però finora dalla Cassazione, è proprio la sussistenza di un reale rapporto di filiazione (biologico) a giustificare il diritto del figlio al mantenimento e quindi, di converso, la sua assenza «a rendere privo di ogni reale giustificazione il successivo proseguirsi di ogni tipo di contribuzione di mantenimento fondata proprio su tale insussistente qualità di figlio», Cass., 24 novembre 2015, n. 23973, in *Foro it.* 2016, I, c. 557 ss. con nota di C. BONA.

6. La dignità della donna e l'identità del bambino: la falsa dicotomia

Il percorso che si è provato a delineare restituisce l'immagine di un fenomeno dai contorni fortemente frastagliati, distante da quel blocco uniforme verso il quale il dibattito pubblico (politico e mediatico), anche attraverso una sapiente strumentalizzazione linguistica, sembra oggi orientato⁷⁶. L'apparente unitarietà della fattispecie normativa della surrogazione della maternità (art. 12, co. 6, Lg. 40/2004) una volta pervenuta all'attenzione delle corti disvela la varietà di dinamiche umane che fanno da sfondo alle vicende individuali, ponendo l'interprete di fronte all'interrogativo se sia giusto uniformare il trattamento per tutti i casi di nascita attraverso surrogazione⁷⁷.

L'opportunità di una maggior valorizzazione delle circostanze del caso concreto non ha fermato la ricerca di categorie ordinanti del fenomeno. Pur dando atto che la maternità surrogata rappresenti, in fin dei conti, una «realtà multiforme»⁷⁸, lo studio ha evidenziato la possibilità di adottare approcci e strumenti differenti in risposta al problema dello *status* del minore nato da GPA.

Un primo è quello di un riconoscimento “selettivo” dei rapporti di filiazione derivanti da maternità surrogata all'estero, a seconda delle modalità con le quali si è svolta la gravidanza.

In presenza di indici che facciano inequivocabilmente presumere la natura altruistica e “disinteressata” dell'offerta di una donna di portare a compimento una gravidanza per altri – vuoi per l'assenza di intermediazione nell'incontro fra domanda e offerta, vuoi anche per la preesistenza di un legame affettivo o financo di parentela fra la gestante e la coppia committente – è ragionevole presumere che la volontà della donna sia espressione libera e genuina della sua autodeterminazione⁷⁹. Il diritto all'identità del minore, di fronte a una vicenda in cui la dignità

⁷⁶ «Utero in affitto», «compravendita di bambini», «maternità solidale», «figli in provetta» sono solo alcuni dei termini ai quali si ricorre per attribuire una determinata connotazione al fenomeno in discorso. Sul problema linguistico, E. MESSINEO, *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*, in AA.VV. (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, pag. 2221 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto civile, IV, La Filiazione e i Minori*, Milano, 2018, pag. 142 ss., sul fatto che l'impiego di ciascuno di questi termini sottenda una precisa opzione assiologica.

⁷⁷ I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Soc. del dir.*, 2020, pag. 201 ss.

⁷⁸ Così, G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., pag. 9.

⁷⁹ A quanto consta, un solo caso è pervenuto all'attenzione della giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del divieto, Trib. Roma, 17 gennaio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, pag. 151, con nota di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO. Pur in

della donna non sembra possa realisticamente dirsi a repentaglio, torna ad avere una forza espansiva che fa prevalere la continuità affettiva sulla verità biologica, consentendo il riconoscimento del legame di parentela con il genitore intenzionale. Più complesso è il caso in cui la realizzazione della pratica sia stata favorita dall'intervento di un intermediario che abbia messo in contatto la potenziale gestante con la coppia di genitori committenti. Pur trattandosi di una dinamica relazionale instaurata fra soggetti estranei tra di loro è possibile, secondo questo orientamento, creare le condizioni per preservare la libera scelta della gestante: fra le più diffuse, abbiamo già menzionato l'esistenza di più penetranti obblighi informativi, il monitoraggio dell'integrità psicofisica durante la gravidanza, il mancato percepimento di una remunerazione, la tutela del diritto al "ripensamento" e via dicendo. L'esistenza o, al contrario, l'assenza di tutte o parte di queste garanzie può far propendere la risposta, rispettivamente, per il riconoscimento, ovvero il disconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale. Spetta, insomma, all'interprete il compito di declinare i risvolti della vicenda al fine di verificare che lo Stato dove la pratica si è compiuta assicuri un elevato grado di tutela della dignità della donna. Viceversa, laddove il consenso sia prestato dietro contropartita economica, vige una presunzione assoluta di lesività della dignità della gestante⁸⁰. Questa forma di surrogazione entra in forte disarmonia con il sistema valoriale del nostro ordinamento, in quanto espressione più chiara di un aberrante processo di reificazione del corpo della donna, mera "fattrice" di una vita volta a diventare oggetto di uno scambio commerciale. Questa modalità confligge visibilmente e intollerabilmente con i principi cardine dell'ordinamento nazionale e sovranazionale ed è, per tali ragioni, avversata con una pluralità di strumenti⁸¹.

Il secondo approccio è quello che si è invece articolato attraverso i due ultimi interventi delle Sezioni Unite (§§ 4-5) e che, verosimilmente, rappresenterà il diritto vivente in materia di *status* del minore nato da GPA all'interno del nostro ordinamento. L'ordine pubblico internazionale impedisce di attribuire effetti giuridici ad un provvedimento che certifichi il rapporto di filiazione tra il nascituro e il genitore non-biologico, «poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo

assenza di dati empirici alla mano, viene comunque da pensare che si tratti di casi di una incidenza assolutamente infinitesimale sul numero totale delle surrogazioni compiute.

⁸⁰ In dettaglio, § 1.

⁸¹ Dal lato degli strumenti privatistici, la contrarietà nei confronti della surrogazione commerciale si manifesta attraverso un ritorno all'approccio apriorista. Ciò vale a dire che la presenza di una contropartita economica – vera o dissimulata dietro l'elasticità del concetto di "rimborso spese" – chiude ad ogni valutazione del caso concreto, frapponendo un ostacolo pressoché insormontabile al riconoscimento del provvedimento straniero sullo *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale.

intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁸². E', dunque, lo strumento dell'adozione in casi particolari l'unico modello al quale l'ordinamento – in attesa di un futuro intervento legislativo – affida il consolidamento del rapporto fra il minore e il genitore intenzionale, sulla base di una responsabilità fondata sul progetto genitoriale comune.

Entrambi gli approcci condividono però un assioma di fondo, una sorta di precomprensione comune: quella secondo cui la risposta alla questione dello *status* del minore nato da maternità surrogata debba mirare alla realizzazione di un compromesso fra la tutela della identità del bambino e quella della dignità della donna.

Eppure, la logica del compromesso conduce ad almeno due conseguenze in netta controtendenza con il quadro dei principi sovranazionali più volte richiamati⁸³. Anzitutto, con l'obiettivo di tutelare la donna contro ogni forma di strumentalizzazione del suo corpo, l'interesse del bambino e la protezione del suo *status* vengono di fatto degradati da valore-fine a valore-mezzo, a garanzia dell'effettività e della dissuasività del divieto di surrogazione⁸⁴. Ciò appare ingiustificabile a prescindere dalla funzione concretamente assegnata al divieto di riconoscimento. Se la prospettiva presa a riferimento fosse quella dissuasivo-anticipatoria – *i.e.* impedisco il riconoscimento del figlio per scoraggiare i genitori intenzionali dal ricorso alla surrogazione all'estero – il sacrificio della posizione del bambino apparirebbe del tutto sproporzionato rispetto a un obiettivo di politica criminale preventiva, il cui fondamento empirico appare, peraltro, difficilmente dimostrabile⁸⁵. Se l'intento fosse invece quello punitivo non sarebbe dato comprendere le ragioni per cui la “sanzione civile” della preclusione al riconoscimento possa operare in modo asimmetrico. Il disvalore espresso da condotte di compravendita del bambino appare difatti il medesimo nei confronti di tutti i partecipanti al

⁸² Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 27.

⁸³ § 2.

⁸⁴ Sul ruolo di questi principi nella regolazione euro-unitaria, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, pp. 105; P. IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pag. 978 ss.; E. NAVARRETTA, *Effettività e «drittwirkung»*. Vol. 1: *Idee a confronto*, Atti del convegno Pisa, 24-25 febbraio 2017, Torino, 2018, pag. 35 ss.; ID., *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013; N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, pag. 110 ss.

⁸⁵ Per un'analisi dell'approccio *Law & Economic*, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., pag. 8 – 9. Questa sembra essere la prospettiva di lettura delle Sezioni Unite, secondo cui «Il riconoscimento *ab initio*, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia, una pratica degradante», Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 21.1.

progetto di genitorialità, non del solo membro della coppia che non abbia fornito il proprio materiale biologico alla gravidanza. Configurando tale divieto come forma larvata di sanzione, il genitore non-biologico sarebbe l'unico ad esserne interessato, potendo al più ricorrere all'adozione per instaurare il legame con il nascituro, con i limiti già ampiamente evidenziati⁸⁶. Nessuna sanzione andrebbe invece a colpire l'altro partecipante al *pactum sceleris* il quale, disponendo di un legame biologico con il nato, avrebbe titolo ad ottenere il riconoscimento dello *status filiationis* nei suoi confronti, anche laddove il consenso della madre surrogata sia avvenuto dietro contropartita economica.

In più – e pare forse la circostanza più significativa – l'esito finale della soluzione che preclude sempre e comunque il riconoscimento del rapporto di genitorialità intenzionale sarebbe quello di sacrificare l'interesse del minore proprio nelle vicende che lo vedono più vulnerabile. Nelle ipotesi di surrogazione altruistica la tensione si verifica fra l'instaurazione di due possibili legami familiari, uno fondato sulla verità biologica, l'altro su quella "relazionale": nel giudizio sul riconoscimento si tratta, insomma, di assegnare la prevalenza ad uno dei rapporti genitoriali, fra due o più alternative ugualmente possibili, nonché rispettose del diritto del minore ad una famiglia. Viceversa, nei casi di surrogazione commerciale è prassi che tanto la donatrice di ovuli, quanto la stessa gestante abbiano preferito (o siano state costrette a) rimanere nell'anonimato per l'intero svolgimento della pratica, rifiutando così l'instaurazione di un qualunque legame con il nascituro. Con la conseguenza per cui la perdita dello *status* familiare nei confronti dei genitori intenzionali non comporta alcuna automatica instaurazione di legami con una presunta famiglia biologica, in quanto non più esistente o comunque sconosciuta, bensì la messa in stato di abbandono del minore.

6.1. L'opportunità di una separazione fra strumenti di tutela

Al di là del ragionevole compromesso raggiunto dalle Sezioni Unite a seguito dell'intervento sui limiti dell'adozione, vale la pena domandarsi se non sia opportuno ripensare all'assioma che vi fa da sfondo. L'impressione è quella per cui l'approccio che identifica la dignità della donna e l'identità del bambino come una dicotomia finisce, in realtà, per sovrapporre due piani ben distinti fra loro. Beninteso, è corretto ravvisare in questi due termini di riferimento i principi che devono informare la regolazione delle pratiche di maternità surrogata. Da un lato, vi è la necessità di tener conto dell'obiettivo di tutelare la dignità della donna avverso atti di

⁸⁶ § 5.1.

discriminazione, sfruttamento del bisogno, riduzione in stato di schiavitù: più in generale, di ogni forma di abuso del suo corpo per finalità lucrativa, specialmente in vicende aberranti come quelle che fanno da sfondo ai casi in esame⁸⁷. Dall'altro, vi è l'esigenza di assicurare al minore la protezione della sua identità, intesa come diritto all'accertamento del suo stato nei confronti di entrambi i genitori e alla continuità affettiva con la famiglia.

Ciò che appare, all'opposto, non condivisibile è l'interferenza fra gli strumenti impiegati per il perseguimento di ciascuna di queste finalità. Lo sforzo di contrastare la pratica della maternità surrogata – *i.e.* lo sfruttamento della donna e il traffico di essere umani – è un obiettivo che può essere efficacemente conseguito solo a livello internazionale, attraverso il potenziamento di accordi, protocolli, principi e azioni comuni, che mirino a rimuovere o a regolamentare quell'attività sommersa nella quale si annidano le forme più abiette di abusi. Questa considerazione non vale, invero, ad escludere ogni spazio per l'intervento del diritto privato in funzione preventiva o deterrente. Qualora si intenda implementare il corredo di azioni internazionali con misure di carattere interno è, ad esempio, possibile immaginare la previsione di sanzioni nei confronti della coppia o degli individui che sono ricorsi alla surrogazione di maternità, anche attraverso l'erogazione di pene pecuniarie⁸⁸.

Il diniego dello *status filiationis* del minore rispetto al genitore intenzionale non può, però, rappresentare lo strumento per perseguire (pur meritevoli) finalità di protezione dell'autodeterminazione della donna. Ad impedirlo è difatti il peso che ogni vicenda impone di attribuire al superiore interesse del minore, come modalità di attuazione effettiva dei suoi diritti in base allo specifico contesto di riferimento⁸⁹. Se è vero, per un verso, che il superiore interesse del minore non deve prevalere sempre e comunque nel bilanciamento con ogni altra posizione in gioco, è però altrettanto vero che questo non può neppure automaticamente recedere di fronte ad obiettivi di prevenzione criminale⁹⁰.

⁸⁷ § 1 e § 4.

⁸⁸ Così, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., pag. 10, secondo cui la sanzione pecuniaria deve essere misurata «at the costs of surrogacy services in those countries where the conclusion and the execution of the agreements take place within a framework of guarantees for the health and security of women and children».

⁸⁹ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., pag. 86 ss.

⁹⁰ G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, pag. 456-457, secondo cui «La condanna della maternità per sostituzione [...] non deve ripercuotersi sullo status giuridico del figlio [...] Non si può invocare la sanzione prevista per il comportamento degli adulti per rifiutare protezione al bambino». Così anche G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in questa *Rivista*, 2021, pag. 69 ss., la quale critica l'articolazione di principi delle Sezioni Unite del 2019, come «arsenale di principi non strutturati al quale attingere, pressoché liberamente, per impedire l'accesso ad atti e provvedimenti stranieri che potrebbero minare la "coerenza interna" dell'ordinamento giuridico». Così anche Cass. 2016, n. 19599 «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che

Appare allora opportuno uscire dalla logica della stretta dicotomia, a favore di una posizione che valorizzi invece la complementarità fra gli strumenti attraverso cui perseguire la tutela della dignità della donna e quelli impiegati per garantire il soddisfacimento del superiore interesse del minore: insomma, fra le «vicende che hanno portato alla procreazione (giudizio *ex ante*)» e la valutazione «delle esigenze di tutela del bambino (giudizio *ex post*)»⁹¹. Senza, quindi, che fra i primi sia annoverabile anche la ritorsione relativa all'impossibilità di dare forma giuridica a un rapporto – *i.e.* quello fra figlio nato da maternità surrogata e genitore intenzionale – che già può essersi colorato di sostanza affettiva.

Una completa separazione fra il giudizio per il riconoscimento del provvedimento straniero che accerta lo stato di figlio e la vicenda che ha condotto all'instaurazione di quel legame parentale non appare praticabile e non è forse neppure d'auspicio⁹². La strada che sembra comunque opportuno percorrere è quella volta a epurare del tutto la componente “sanzionatoria” nel giudizio sul riconoscimento dei legami parentali con i figli nati da GPA⁹³. D'altronde, solo questa soluzione permette di individuare il provvedimento che assicuri, di volta in volta, una tutela effettiva dei diritti del minore, che potrà consistere nel riconoscimento del legame con il genitore intenzionale, con i soli genitori biologici, ovvero della dichiarazione di adottabilità del minore.

In quest'ottica, pare insomma opportuno che la giurisprudenza riveda il passaggio con il quale afferma che «gli interessi del minore dovranno allora essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»⁹⁴, per non finir preda di un'insolubile contraddizione: quella di contrastare un fenomeno di strumentalizzazione della

hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello status filiationis legittimamente acquisito all'estero».

⁹¹ Così, M. FLAMINI, *Relazione richiesta dalla Prima sezione civile, con ordinanza interlocutoria n. 1842 del 2022*, in corso di pubblicazione e fonti ivi citate.

⁹² Opinione di minoranza della Højesteret (Corte Suprema Danese), citata in Corte EDU, caso *K.K. et al. c. Danimarca*, «We find that the interest in preventing the implementation of agreements on commercial surrogacy arrangements are not particularly weighty in the present case where the children have now lived with the first applicant and the father for almost seven years [...] the fact that they once remunerated the Ukrainian surrogate mother cannot, in our opinion, result in the children being barred from obtaining recognition that the person whom they have regarded as their mother for their entire life is also their mother from a legal point of view».

⁹³ Per il vero, neppure la dicotomia fra maternità surrogata “altruistica” e “commerciale” restituisce effettivamente un'immagine uniforme della dignità della donna, atteso che entrambe sono astrattamente in grado di pregiudicarne la libertà di scelta negli atti disposizione del proprio corpo. Così, M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, pag. 375 ss.; A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 2016, pag. 88 ss. In senso fortemente critico, D. DANNA, *“Fare un figlio per altri è giusto” (Falso!)*, Roma-Bari 2017.

⁹⁴ Su tutte, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

donna attraverso quella dello *status* del minore.

7. «*If you are parent in one country, you are parent in every country*». *Considerazioni sul futuro del riconoscimento del nato da maternità surrogata dopo la proposta di Regolamento UE*

In prospettiva *de iure condendo*, vi è un ulteriore dato che sembra opportuno non trascurare. Se, a livello nazionale, il dibattito politico appare tutt'ora dominato da un clima di profonda ostilità, dietro il simulacro della protezione della “famiglia tradizionale”, a livello europeo si registrano invece spinte progressiste di segno diametralmente opposto.

Ci si intende riferire, in particolare, alla Proposta di Regolamento del Consiglio relativa alla giurisdizione, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, pubblicata il 7 dicembre 2022 (di seguito, Proposta). L'iniziativa era già stata anticipata nel corso dello «State of the Union 2020», durante il quale la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha dettato nitidamente i contorni della propria agenda politica in materia di legami parentali: «*If you are parent in one country, you are parent in every country*»⁹⁵. La Proposta mira a un obiettivo di particolare ambizione, ossia di facilitare il riconoscimento dello *status filiationis* fra Stati Membri, avvalendosi di una pluralità di strumenti di diritto internazionale privato⁹⁶. La prospettiva di fondo è quella di incrementare la protezione dei diritti

⁹⁵ Il piano d'azione in materia di persone e famiglia costituisce un punto di attenzione particolare da parte dell'attuale Presidente della Commissione Europea, dato anche il trascorso come *Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (2005-2009). In particolare, il discorso di insediamento al Ministero (1 dicembre 2005, disponibile all'indirizzo <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-der-bundesministerin-fuer-familie-senioren-frauen-und-jugend-dr-ursula-von-der-leyen-im-rahmen-der-aussprache-zur-regierungserklaerung-der-bundeskanzlerin-795226>), «Wir haben darin [in dem Koalitionsvertrag] klar gemacht: Wir wollen mehr Kinder in den Familien und mehr Familie in der Gesellschaft» [Abbiamo chiarito nel contratto di coalizione che vogliamo più bambini nelle famiglie e più famiglie nella società].

⁹⁶ Sebbene l'Unione Europea non disponga di potestà legislativa in materia di disciplina sostanziale del diritto di famiglia, la proposta si colloca in una zona di confine con una delle competenze più rilevanti nei Trattati, cioè la libertà di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati Membri. La base legale è costituita dall'art. 81, par. 3, TFUE, che riconosce la competenza dell'Unione a adottare misure per facilitare il riconoscimento del legame di parentela fra gli Stati Membri. Così, il considerando 4, Proposta, secondo cui il riconoscimento della relazione parentale permette al bambino di esercitare il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati Membri. In più di un'occasione, la Corte di Giustizia ha avuto modo di anticipare i principi che fanno da sfondo all'attuale Proposta, chiarendo che «l'articolo 2 di tale Convenzione [Internazionale dei diritti del fanciullo] stabilisce il principio di non discriminazione del minore, il quale esige che i diritti enunciati in tale Convenzione, tra cui, all'articolo 7, il diritto di essere registrato alla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti al minore senza che quest'ultimo subisca discriminazioni al riguardo, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori [...] Sarebbe contrario ai diritti fondamentali che gli articoli 7 e 24 della Carta garantiscono a tale minore privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o

fondamentali del minore nelle situazioni transfrontaliere (diritto all'identità, non discriminazione, vita privata e familiare, alla successione e al mantenimento), tenendo in primaria considerazione il «best interest of the child»⁹⁷.

Anche limitandosi a qualche rapido accenno, l'analisi del testo normativo consente di mettere in luce tre considerazioni conclusive, a rafforzamento delle argomentazioni proposte in questo scritto.

In primo luogo, la Proposta appare animata dal superamento della logica di compromesso e di stretta antinomia fra la dignità della donna e l'identità del bambino. Pur includendo il legame con l'«intended parent» nella definizione di «parenthood»⁹⁸ – dunque, con la consapevolezza di estendere il suo ambito di applicazione anche al nato da GPA – la Proposta non fa cenno alcuno alla posizione della donna e al suo bilanciamento con l'interesse del minore in sede di instaurazione dello *status filiationis*. L'assenza non sembra, tuttavia, attribuibile a ragioni di natura politica, bensì ad un chiaro intento di separare l'apparato di strumenti dedicato alle azioni contro lo sfruttamento e il traffico di esseri umani da quelli a protezione dei minori e del loro *status* parentale. L'impressione è confermata dallo *statement* di apertura della Proposta, secondo cui tutti i minori devono godere degli stessi diritti «irrespective of how the child was conceived or born and irrespective of the type of the child»⁹⁹. Insomma, la prospettiva pare essere quella di una valutazione che concerne esclusivamente la posizione del minore, a garanzia del suo diritto fondamentale al riconoscimento dello *status* parentale, avverso ogni forma di discriminazione e strumentalizzazione.

In secondo luogo, l'entrata in vigore del Regolamento dovrebbe limitare, almeno in parte, le externalità negative prodotte della concorrenza fra Stati Membri nella regolazione della surrogazione di maternità, specie per quanto riguarda eventuali distonie in punto di instaurazione e riconoscimento dello *status filiationis*. Dal momento che la Proposta non incide direttamente sulla disciplina sostanziale, ciascun ordinamento manterrebbe intatta la

eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso», CGUE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo, C-490/2020*.

⁹⁷ Considerando 2, Proposta. Questa iniziativa si inserisce nel quadro più ampio della EU Strategy on the rights of the child, COM (2021) 142 final.

⁹⁸ Considerando 24, Proposta, «The term “parent” in this Regulation should be understood, as applicable, as referring to legal parent, the intended parent, the person who claims to be a parent or the person in respect of whom the child claims parenthood». Specifica, inoltre, l'*explanatory memorandum*, che «for the purposes of the proposal, parenthood may be biological, genetic, by adoption or by operation of law».

⁹⁹ *Explanatory memorandum* della Proposta, pag. 3.

discrezionalità nel perseguire politiche permissive o proibizionistiche del fenomeno in esame¹⁰⁰. Il passo avanti più significativo consisterebbe però nel superamento di quelle prassi nazionali che escludono o limitano le possibilità di riconoscimento della relazione parentale con il genitore d'intenzione. Sarà difatti sufficiente per il genitore o la coppia intenzionale ottenere l'instaurazione del rapporto con il minore all'interno di uno dei paesi dell'Unione che riconosce questa tipologia di legami¹⁰¹, per poi sfruttare il passaporto del titolo, nelle forme del riconoscimento della decisione giudiziale straniera (artt. 24 ss., Proposta), dell'atto pubblico (artt. 36 ss., Proposta) o della richiesta di emissione del Certificato Europeo di Parentela (artt. 46 ss., Proposta).

Un'ultima considerazione – che si lega, però, strettamente alla precedente – va infine dedicata al ruolo assunto dall'ordine pubblico internazionale in presenza di decisioni che coinvolgono diritti fondamentali. L'effettività delle misure introdotte dalla Proposta a tutela del diritto del minore all'instaurazione del legame parentale rischia di essere messa a repentaglio dalle previsioni che consentono agli ordinamenti interni di avvalersi della clausola «*public policies*» per opporsi all'applicazione della legge straniera (art. 22, Proposta), al riconoscimento della decisione (art. 31, Proposta) o dell'atto pubblico straniero (art. 39, Proposta)¹⁰². Ragioni di opportunità politica – data l'unanimità richiesta in Consiglio per le misure *ex art.* 81, par. 3, TFUE – hanno verosimilmente indotto la Commissione a lasciare agli Stati Membri la possibilità di avvalersi di questa clausola come valvola di sfogo del sistema. Tuttavia, il fatto che il legislatore europeo consideri questo strumento alla stregua di un'*extrema ratio* emerge visibilmente dalla lettera della Proposta, la quale consente di opporre il rifiuto nei soli casi di manifesta incompatibilità («manifestly incompatible») con l'ordine pubblico. È ragionevole presumere che l'intento sia stato quello di evitare che l'intero scopo del Regolamento possa essere pregiudicato da orientamenti delle corti interne particolarmente “generose” nel novero delle norme interne che formano l'ordine pubblico internazionale. Se la prospettiva è quella di

¹⁰⁰ La Proposta non mira, come ricordato, ad una uniformazione della legislazione sostanziale. Di conseguenza, l'entrata in vigore del Regolamento non pregiudica la scelta di ciascuno Stato Membro in ordine alla criminalizzazione della maternità surrogata (opzione *sub iii*, § 2).

¹⁰¹ È il caso, ad esempio, del Portogallo e della Grecia. Più in generale, di ogni ordinamento che opti per le opzioni di regolazione *sub i* e *ii*, secondo le categorie descritte in *infra* § 2.

¹⁰² Riassuntivamente, considerando 56, Proposta «Considerations of public interest should allow courts and other competent authorities establishing parenthood in the Member States to disregard, in exceptional circumstances, certain provisions of a foreign law where, in a given case, applying such provisions would be manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the Member State concerned. However, the courts or other competent authorities should not be able to apply the public policy exception in order to set aside the law of another State when doing so would be contrary to the Charter and, in particular, Article 21 thereof, which prohibits discrimination».

agevolare la circolazione sul territorio dell'Unione Europea dei provvedimenti sullo *status filiationis*, ogni margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati Membri nel rifiutare il riconoscimento di effetti all'atto straniero non può, dunque, che venire interpretato in modo restrittivo.

In realtà, questo approccio ricalca un indirizzo già da tempo seguito dalla Corte di Giustizia sull'applicazione della clausola sull'ordine pubblico internazionale laddove ne consegua una deroga alle libertà fondamentali sancite nei Trattati¹⁰³. In materia familiare, gli Stati Membri fanno frequentemente ricorso a questa clausola contro il riconoscimento di effetti a matrimoni omosessuali contratti all'estero o, per l'appunto, a nascite avvenute per effetto di surroga di maternità, dietro l'asserita lesione degli istituti tradizionali del matrimonio, della filiazione, dell'adozione e così via. La circolazione dei provvedimenti sullo *status* personale non arreca, tuttavia, alcun pregiudizio ai corrispondenti istituti nello Stato del foro – *i.e.* non consente alle coppie omosessuali di sposarsi, né di realizzare una gestazione per altri. L'effetto del riconoscimento si limita difatti alle sole coppie o ai minori interessati, per garantire loro l'esercizio di diritti fondamentali riconosciuti dalle fonti primarie, come quello di soggiorno, di stabilimento e di circolazione: non sembra, invece, andare a perturbare in alcun modo «la superstructure»¹⁰⁴.

¹⁰³ Così, CGUE, 5 giugno 2018, Coman e al., C-673/16, ««in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, [la nozione di ordine pubblico] dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuna Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società». Il caso aveva ad oggetto il riconoscimento del diritto di soggiorno di un coniuge all'interno di uno Stato Membro che non prevede l'istituto del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Anche, CGUE, 13 luglio 2017, E, C-193/16; CGUE, 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14.

¹⁰⁴ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, spéc. n° 636, pag. 572.