

**La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione:
tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità**

di STEFANO BUZI

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite – 2. La gestazione per altri nell'arcipelago del diritto di famiglia – 3. La soluzione ermeneutica proposta.

Considering the Constitution Court ruling n. 33/2021 (which considered adoption under particular circumstances as inadequate to protect the interest of the child born as a result of surrogacy), the First Section of the Italian Highest Court of Appeal referred to the Joined Chambers about the solution to be given towards the recognition of the tie between the intended parent and the child. Although the remarkable reflections, the author is concerned that some steps may lead from the child's centred scheme to the practice's legitimacy.

1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Con l'ordinanza in commento, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per sottoporre alle Sezioni Unite la soluzione interpretativa inerente al riconoscimento del legame di filiazione tra genitore d'intenzione e minore nato da gestazione per altri (GPA), rispetto a cui vengono formulati sette quesiti.

La pratica della gestazione per altri «covers a variety of situations where a woman carries and bears a child on behalf of someone else»¹, mentre per genitore d'intenzione si intende, all'inizio del procedimento procreativo, il componente della coppia o l'individuo che aspira a diventare genitore; all'esito del suo compimento, il soggetto che non vanta legami di carattere biologico o genetico con il nato².

La vicenda alla base dell'ordinanza riguarda una coppia omoaffettiva maschile, coniugata in Canada, e il loro bambino, nato nella Provincia della *British Columbia* a séguito di una GPA di tipo gestazionale³. Una volta ottenuto il provvedimento giurisdizionale straniero, dichiarativo della genitorialità di entrambi, la coppia provvedeva a richiederne la trascrizione in Italia, con

¹ Si assume l'ampia definizione di gestazione per altri fornita da M. WELLS-GRECO, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangement*, The Hague, 2016, 41. Cfr. *infra*, sub par. 2.

² In quest'ultimo senso la nozione è intesa dalla Sezione remittente, nella ricostruzione in fatto: «colui (...) che non ha dato alcun apporto biologico alla procreazione».

³ Ove la gestante non mette a disposizione il proprio gamete, ma è legata al nato dal parto. Nel caso in cui, invece, i due profili (genetico e gestazionale) coincidano, si parla di GPA tradizionale.

conseguente rettifica dell'atto di nascita già riconosciuto, ove risultava indicato esclusivamente il padre biologico. Il motivo è dovuto alla normativa canadese, che regola organicamente la pratica, riservando alle singole Province la disciplina in materia di filiazione⁴. Per ciò che qui rileva, l'art. 29, co. 3, lett. b), *Family Law Act*⁵, *British Columbia*, subordina l'acquisto della genitorialità al consenso della gestante rispetto alla cessione del nato, da prestarsi in momento successivo al parto.

La Corte d'Appello di Venezia ammetteva la trascrizione del *Parental Order* canadese, avverso cui proponeva ricorso in Cassazione l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona.

La prima sezione civile, investita del ricorso, ha già dato dimostrazione di notevole iniziativa, sottoponendo *de facto* al vaglio di costituzionalità il principio di diritto statuito dalle Sezioni Unite con sentenza n. 12193 del 2019⁶ (di diniego della filiazione tra genitore intenzionale e nato, se non attraverso l'adozione in casi particolari). La Consulta, con sentenza n. 33 del 2021⁷, pur dichiarando inammissibile la questione sollevata, ha ciò nondimeno censurato l'idoneità

⁴ *Assisted Human Reproduction Act (AHRA)*, S.C. 2004, c. 2. Per un approfondimento, v. S. CARSLY, *Surrogacy in Canada: Lawyers' Experiences, Practices and Perspectives*, Montreal, 2020; R. RUPARELIA, *Giving Away the Gift of Life: Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2007, 23(1), 16.

⁵ *Family Law Act*, SBC 2011.

⁶ SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193/2019, in *GiustiziaCivile.com*, 2019, con nota di F. DE ANGELIS, *L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita*; in *Corr. giur.*, 2019, 1225, con nota 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.*, 2019, 737, con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Fam. dir.*, 2019, 653, con nota di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; e *ibidem*, con nota di M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*.

⁷ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1043B, con nota di V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*; in *Giur. cost.*, 2021, 357, con nota di F. ASTONE, *Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*; *ivi*, 339, con nota di F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*; in *Consulta online, Studi e contributi*, 2021, 232, con nota di E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*; *ivi*, 221, con nota di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*; *ivi*, *Studi 2021*, 348, con nota di A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*; in *questa rivista*, 2021, 421, con nota di N. CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*; in *Questa Rivista*, 406, con nota di A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*; in *Forum Quad. cost.*, 2021, 111, con nota di G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*; e in *Nomos*, 2021(2), 1, con nota di E. FRONTONI, *L'adozione in "casi particolari" non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*.

dell'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/183*⁸, a porsi come strumento alternativo di riconoscimento giuridico del legame filiale instauratosi *de facto*.

Ecco dunque aprirsi, secondo gli ermellini, un 'vuoto normativo' (forse più propriamente 'ermeneutico')⁹, capace di giustificare una nuova investitura delle Sezioni Unite.

2. La gestazione per altri nell'arcipelago del diritto di famiglia

Sono tre gli ordini di ragioni che fanno propendere per una definizione ampia di gestazione per altri¹⁰.

Il primo è sicuramente di contesto. Se si guarda, infatti, alle stagioni del diritto di famiglia in Italia¹¹, è dato riscontrare una doppia tendenza: all'avveramento del dettato costituzionale e all'emersione di nuovi modelli familiari.

Andando con ordine, la Costituzione individua il paradigma familiare a partire dal matrimonio eterosessuale (art. 29, comma 1, Cost.), informato al principio di parità tra coniugi (art. 29, comma 2, Cost.), ove il minore gode di ampia tutela, tesa, in forza del combinato disposto degli artt. 2, 30 e 31 Cost., a proteggerne la figura e realizzarne la personalità. Tuttavia, l'avveramento di tali obiettivi programmatici è avvenuto per gradi. La migliore riprova, in questo senso, è rappresentata dal tenore giuridico via via assegnato al rapporto fra genitori e figli: l'affermazione della potestà genitoriale, in luogo della patria potestà, è segno dell'equiparazione coniugale (in senso orizzontale) perseguita dalla riforma del 75'¹². Ogni

⁸ L. 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*). Per un commento alla legge, v., *ex plurimis*, S. GIULIANO, *Stato di abbandono e grave pregiudizio per lo sviluppo della personalità del minore nell'adozione "piena"*, in *Fam. dir.*, 2020, 107; R. PANE, *Le adozioni tra evoluzione storica e prospettive di riforma*, ESI, 2019; F. TOMMASEO, *Giudizi di adottabilità: il ruolo del tutore, del tutore provvisorio e del curatore speciale*, in *Fam. dir.*, 2019, 721; E. DE BELVIS, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam. dir.*, 2017, 935; V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 381; A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 2016, 719; M. DOSSETTI, *La riforma della filiazione: i nuovi successibili*, in *Fam. dir.*, 2015, 941; M. DOGLIOTTI, *L'adozione di minori*, in *Fam. dir.*, 2015, 1021; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838; P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, in *Fam. dir.*, 2011, 204; V. CARBONE, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*, in *Corr. giur.*, 2011, 597; E. CECCARELLI, *Adozione e diritto del bambino di mantenere i pregressi rapporti significativi*, in *Fam. dir.*, 2010, 317.

⁹ Come si vedrà *infra*, *sub par. 2*, l'impiego dell'adozione in casi particolari, per dare veste giuridica al rapporto fra genitore intenzionale e minore, è soluzione ricavata in via interpretativa. Così pure, di conseguenza, il 'vuoto' che discende dalle osservazioni della Consulta.

¹⁰ V. *supra*, *sub nota 1*.

¹¹ Cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 287.

¹² L. 19 maggio 1975, n. 151. Per un commento alla legge, senza pretese di esaustività, v. L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 245; I. AMBROSI - M. GAMBINI, *Cenni sulla natura giuridica dell'obbligo di mantenimento del figlio naturale*, in *Giur. merito*, 1999, 669; F. MENEGAZZI MUNARI, *La disciplina dei rapporti giuridici genitori-figli alla luce delle nuove norme di conflitto italiane*, in *Dir. fam.*, 1998, 1221; G. METITIERI, *Evoluzione del diritto di famiglia italiano nei*

accezione autoritativa (in senso verticale) è però venuta meno solo successivamente, con l'affermazione dell'ufficio della responsabilità genitoriale¹³, ad opera della riforma della filiazione nel 2012¹⁴. Tale legge si è invero segnalata per aver messo la figura del minore al centro del diritto di famiglia, in particolare tramite l'unificazione dello stato di figlio¹⁵ e l'introduzione dell'art. 315-*bis* c.c. (il cd 'statuto dei diritti del minore').

La seconda tendenza, invece, riguarda l'emersione di nuove formazioni familiari, quali quelle di singoli, ricomposte¹⁶, omoaffettive e di fatto. Queste ultime due, in particolare, sono state da ultimo riconosciute giuridicamente dalla l. n. 76/2016¹⁷, nel segno di un progressivo

rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, in *Riv. not.*, 1997, 1111; G. MACCARONE, *Sulla regolamentazione delle relazioni di coppie extralegali*, in *Riv. not.*, 1997, 745; e A. DI SAPIO, *L'esercizio della potestà in caso di separazione e divorzio e le decisioni di maggiore interesse per i figli: dell'accordo tra Arianna e Barbablù*, in *Dir. fam.*, 1997, 787.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*, Milano, 2017, 378: «La responsabilità genitoriale è l'ufficio legalmente attribuito ai genitori di cura personale e patrimoniale del figlio».

¹⁴ L. 10 dicembre 2012, n. 219, cui è seguita l'emanazione del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Per un approfondimento della riforma si rimanda, *ex plurimis*, a M. BELLOMO, *La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza*, in *Dir. fam.*, 2020, 1181; E. GIACOBBE, *Non presenza del soggetto e rapporti giuridici familiari*, in *Dir. fam.*, 2018, 202; IDEM, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam.*, 2014, 817; G.E. VACCARO, *Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le diverse unioni*, in *Dir. fam.*, 2015, 759; L. AMBROSINI, *Dalla "potestà" alla "responsabilità": la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Dir. fam.*, 2015, 687; A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori ex art. 147 c.c. e la correlata responsabilità in caso di condotte abusanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1097B; A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la riforma*, in *Dir. fam.*, 2014, 337; A.M. IADECOLA, *Il principio di unificazione dello status di figlio*, in *Dir. fam.*, 2014, 364; G.F. BASINI, *Ascendenti, diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni e risarcimento del danno. Il, così detto, "diritto di visita" degli avi dopo il D.Lgs. n. 154/2013*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 367B; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 205; e V. SANTARSIERE, *Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *Giur. merito*, 2013, 522B; C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1.

¹⁵ In tema di filiazione, un primo intervento era già stato compiuto dalla citata riforma del '75', che ha temperato la risalente discriminazione tra i figli legittimi (nati nel matrimonio) e naturali (nati fuori dal matrimonio, anche detti 'figli riconosciuti' o 'figli illegittimi'), e abolito la categoria dei cd. figli adulterini (frutto di relazione extramatrimoniale). La riforma del 2012, oltre a stabilire che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (art. 315 c.c.), ha inteso tutelare i nati da genitori uniti da vincolo di parentela non dispensabile, subordinandone il riconoscimento ad un'autorizzazione giudiziale che abbia avuto riguardo all'interesse del minore (art. 251 c.c.).

¹⁶ Cfr. E. AL MUREDEN, *Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 273: «Il termine famiglia ricomposta evoca una pluralità di formazioni familiari la cui caratteristica comune può essere individuata nell'unione tra persone che abbiano già formato un nucleo familiare precedente».

¹⁷ L. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*). Per un commento alla legge v., senza pretese di esaustività, A. SPADAFORA, *Patologia dell'unione civile e tutela del soggetto economicamente debole: involuzione od evoluzione del modello protettivo?*, in *Dir. Fam.*, 2021, 774; U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563; F. RUSCELLO, *Le convivenze di "fatto" tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, in *Fam. dir.*, 2018, 1156; M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475; A. MUSIO, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 729; V. BARBA, *Unioni civili e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 381; E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 566; A. AMBROSI, *Unioni civili e costituzione*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1676; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo*

affievolimento del controllo pubblico, a favore dell'autonomia privata¹⁸. Parallelamente, il formante giurisprudenziale ha dapprima chiarito l'idoneità dell'ambiente omoaffettivo per il sano e armonico sviluppo del minore¹⁹, per poi darvi ingresso: è nelle pieghe della l. 184/83 che gli ermellini hanno individuato, attraverso l'interpretazione per principi²⁰, la 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo' ex art. 44, comma 1, lett d), come chiave di volta per superare l'ostacolo 'di diritto'²¹, riassunto dal dispositivo dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016²². Di fronte a siffatto contesto, l'immagine della famiglia come isola che il mare diritto può solo lambire²³ sembra forse lasciare il passo a quella di un arcipelago²⁴. Il riflesso, in termini di

modello familiare, in *Fam. dir.*, 2016, 881; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 966; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 665; e G. BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 623.

¹⁸ Cfr. G. BALLARANI, *Verso la piena autonomia privata in ambito familiare?*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 34 ss., che, a partire dall'erosione del controllo pubblico sull'istituto matrimoniale (attraverso il doppio ripensamento, normativo del sistema rimediabile e giurisprudenziale di rilevanza dei profili personali del rapporto), dà conto di una nuova tripartizione giuridica dei modelli familiari, ove «le unioni civili si pongono in chiave intermedia tra la rigidità della regola "pubblica" matrimoniale e la flessibilità della regola privatistica delle convivenze, sbilanciando, però, l'asse verso quest'ultima», secondo una logica di progressiva privatizzazione e patrimonializzazione.

¹⁹ A partire da Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036 con nota di M.M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*; in *Fam. dir.*, 2013, 570, con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio a proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Corr. giur.*, 2013, 436, con nota di V. CARBONE, *Separazione e affidamento del minore alla madre convivente con la compagna*; e in *Nuova giur. civ.*, 2013, 432, con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*.

²⁰ V.G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in P. PERLINGIERI - S. GIOVA (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà sussidiarietà e inderogabilità*, ESI, 2019, 320, il quale spiega il ruolo assunto da tale attitudine interpretativa a partire dal confronto tra valutazione in astratto e in concreto dell'interesse del minore, che «stimola l'interprete a fornire una risposta anche disattendendo il quadro normativo di riferimento, sulla assunta insufficienza della fattispecie, rinvenendo la propria coerenza nell'argomentazione – appunto, per principi – informata alla necessità di adeguare il sistema legale al mutato scenario socio-culturale».

²¹ V. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; in *Giur. it.*, 2016, 2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*; e in *Fam. dir.*, 2016, 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, ove si è ritenuto che l'espressione 'impossibilità di affidamento preadottivo' non potesse interpretarsi nel ristretto senso di una impossibilità di fatto, derivante dallo stato di abbandono del minore, cui non si riesce a rimediare attraverso l'adozione piena. Ciò in quanto lo stato di abbandono non è requisito precipuo dell'adozione in casi particolari, come chiarito dall'art. 44, comma 1, l. 184/83. Per un approfondimento su tale soluzione interpretativa, che ha dato àdito ad ampio dibattito, v., in particolare, M. CAVALLO, *L'adozione in casi particolari*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 1115 ss.; e MORACE PINELLI, *La tutela del minore*, cit., 407-411.

²² Ove si esclude l'estensione dell'equivalenza tra i termini 'coniuge(i)' e 'unito(i) civilmente' per le norme del codice civile non citate dalla l. 76/2016, così come per le norme della l. 184/83, pur facendosi salvo, in via sibillina, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

²³ C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1949, III, 22.

²⁴ Cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509.

aspirazioni individuali, inevitabilmente investe il paradigma della filiazione, non più esclusivamente vincolata al modello coniugale eterosessuale, né al tradizionale nesso tra sessualità e riproduzione. Già a partire dalla l. n. 194/78²⁵, infatti, il concetto di procreazione è stato ricostruito in termini di ‘coscienza e responsabilità’, così affermandosi una diversa considerazione della genitorialità, nel segno della volontarietà, programmabilità e procrastinabilità, che la tecnica medica ha contribuito a dilatare.

Proprio gli avanzamenti della tecnica medica sono al centro del secondo ordine di ragioni: se la gestazione per altri è sempre esistita²⁶, sono stati però i progressi delle tecnologie riproduttive²⁷ a permettere un progressivo allontanamento dalla filiazione naturale. Si è già avuto modo di distinguere la GPA tradizionale da quella gestazionale²⁸, dovendosi ora porre l’accento sulla potenziale tripartizione della maternità che ne può discendere: genetica, naturale e sociale. Ciò vale a distinguere la GPA dalla fecondazione omologa²⁹ ed eterologa³⁰: entrambe dipendono necessariamente da una mediazione tecnologica (mentre la GPA tradizionale può avvenire anche tramite intercorso sessuale), e non conoscono la scissione fra maternità naturale e legale del nato.

Quest’ultimo elemento, di diversificazione fra colei che partorisce e colei (o coloro) che crescono il bambino, conduce al terzo ordine di ragioni, di carattere giuridico ed economico, attinente al titolo oneroso ovvero gratuito dell’accordo fra genitori intenzionali e gestante, a

²⁵ *Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza*. Per un commento alla legge v., *ex plurimis*, V. ABU AWWAD - N. VETTORI, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell’amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.* 2018, 9; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554; G. CARDILE - M. A. COCCHIARA (a cura di), *Aborto ieri e oggi: l’applicazione della 194 tra obiezioni di coscienza e diritto alla salute delle donne*, Ariccia, 2016; G. SCIRÈ, *L’aborto in Italia: storia di una legge*, Milano, 2011; M. ZANCHETTI, *La legge sull’interruzione della gravidanza: commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padova, 1992; E. GIUS, *Maternità negata: ricerca su vissuti e atteggiamenti nell’interruzione di gravidanza*, Milano, 1988.

²⁶ Al di là dei noti esempi biblici (Genesi, 16;2 e 30;3), va segnalato il ritrovamento di una tavoletta di argilla assira, risalente a ca. 4.000 anni fa, ove i nubendi Laqipum e Hatala incidono un contratto prematrimoniale, statuendo altresì un termine di due anni per il concepimento, al cui infruttuoso esito sarà facoltà di Laqipum ricorrere ad una madre surrogata. Sulla pratica del *ventrem locare* romano, v. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino, 2011, 152: «Il termine *venter* indica, oltre che il grembo femminile, anche l’intera persona della donna incinta, considerata particolarmente preziosa, in quanto gestante di un bene, di cui altri possono disporre in vario modo». Rispetto, invece, al sodalizio tra gli spartati, tale da concepire la cessione ‘temporanea’ delle mogli onde risolvere il problema di infertilità di un’altra coppia, e quindi perpetrare la propria casta, v. E. CANTARELLA, *Sparta e Atene*, Einaudi, 2021, 51 ss.

²⁷ In questo specifico contesto, si fa riferimento ad ‘ART’ (*assisted reproductive technology*) e ‘MAR’ (*medically assisted reproduction*). V. WELLS-GRECO, *op. cit.*, 3.

²⁸ V. *supra*, *sub* nota 3.

²⁹ che vede contribuire entrambi i membri della coppia eterosessuale con i propri gameti.

³⁰ ove vi è invece l’apporto genetico di un terzo donatore.

seconda del quale si distingue fra GPA di tipo commerciale³¹ e GPA di tipo altruistico³². In linea di principio, la variante commerciale appare prestarsi maggiormente a rischi di abuso, in ragione della leva economica, tendenzialmente rivolta alle donne in situazione di maggiore indigenza. Inoltre, tale modalità acuirebbe fenomeni di reificazioni della gestante e del nato, rispettivamente ridotti a mero strumento e fine dell'altrui desiderio.

Un temperamento della situazione appena descritta sarebbe invece offerto dalla variante a titolo gratuito, che vedrebbe valorizzato il legame di solidarietà tra i genitori intenzionali e la gestante, e così anche la libera autodeterminazione di quest'ultima. Tuttavia, vi è chi sottolinea come la previsione di un rimborso possa risolversi in un compenso di fatto, mascherando un accordo su base commerciale³³.

Ulteriore complessità è data dalle modalità realizzative del processo, le cui fasi (accordo, gravidanza, nascita e conseguente trasferimento della genitorialità) individuano una fattispecie a formazione progressiva³⁴, in cui non vi è linearità alcuna nel rapporto tra diritti³⁵.

I tre ordini di ragioni qui precisati sembrano giustificare allora l'ampia definizione adottata, perché a prescindere dall'identità di chi vi ricorra, dalle condizioni di chi vi si presti, e dalle modalità in cui si svolga, la gestazione per altri interessa sempre la nascita di un bambino, la disposizione del proprio corpo da parte di una donna, e l'aspirazione genitoriale di una coppia o di una persona³⁶. Ne derivano quesiti delicati e controversi: se ad esempio una donna possa liberamente prestare, verso compenso o per spirito solidaristico, il proprio corpo alla

³¹ Caratterizzata dalla corresponsione di un compenso alla gestante verso la conduzione della gravidanza e la 'cessione' del nato ai genitori intenzionali.

³² Ove la gestante offre in 'dono' la propria capacità procreativa, ricevendo tuttalpiù un rimborso per i costi sostenuti dalla fase del concepimento a quella *post-partum*.

³³ È questione dibattuta, ad esempio, in Grecia, ove la legge ammette esclusivamente la GPA di tipo altruistico e il rimborso della gestante (entro un massimale di euro 10.000,00), ma vieta espressamente ogni forma di remunerazione della stessa. Cfr., sul punto, E. ZERVOGIOVANNI, *Surrogacy in Greece*, in SCHERPE - FENTON-GLYNN - KAAAN (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, 151: «In practice, it is often a family member (...) of the intended mother who acts as a surrogate. In the remaining cases, it is doubtful if parties actually comply with the prohibition of remuneration».

³⁴ Cfr. M. DE ANGELIS, *La nascita quale fattispecie a formazione progressiva*, in *Questa rivista*, 2019, 705.

³⁵ Nella fase negoziale, ad esempio, l'interesse del minore non è ancora 'venuto ad esistenza', trovando considerazione limitatamente al profilo dell'assunzione di responsabilità da parte della coppia. Esso, tuttavia, acquista un rilievo sempre maggiore con il progredire della gravidanza, fino ad assumere una posizione di assoluta preminenza dal momento della nascita in poi, nell'estrinsecarsi in pretese non facilmente superabili, quali il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, ovvero il diritto all'identità. Così pure, la gestante può vedere rafforzata la propria posizione nei confronti di ambo le altre parti, nel momento in cui vi sia il rischio di un pregiudizio alla sua salute, ma anche qualora eserciti un ripensamento al momento della cessione del nato, trattandosi quest'ultimo di un obbligo di fare *ictu oculi* infungibile.

³⁶ Lo stesso impiego dell'espressione 'gestazione per altri' risponde ad un esercizio terminologico preciso, in quanto capace, a parere di chi scrive, di contenere le pluralità possibili di aspirazioni, motivazioni e concezioni che interessano la pratica nel suo complesso.

realizzazione del desiderio genitoriale altrui; se il *concepando* possa essere identificato in una finalità precippua dell'aspirazione genitoriale; e se l'avvicinarsi della pratica possa divenire oggetto di negozio tra le parti.

Tali interrogativi investono, com'è evidente, il rapporto fra autodeterminazione e dignità umana, che la Costituzione italiana declina in modo affatto peculiare, secondo un intreccio che attraversa gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nel mutuo richiamo allo sviluppo della persona. Per meglio dire, il principio di autodeterminazione, che nel segno degli artt. 13 e 32, comma 2, Cost. si esprime a partire dal dominio sul proprio corpo³⁷, e quindi dal rispetto della dignità personale, si salda con quello di pari dignità sociale (art. 3 Cost.), per il tramite della duplice dimensione dello svolgimento della personalità (individuale e collettiva) sancita dall'art. 2 Cost. È dunque l'anima personalista della Costituzione³⁸ a porre l'essere umano al centro dell'ordinamento, quale soggetto tra soggetti, senza rinunciare al compito primario di tutelare i più vulnerabili³⁹. A tale dialettica non si sottrae la libertà procreativa, che pur appartenendo alla sfera dei 'diritti primordiali'⁴⁰, necessita di un punto di riferimento nel farsi pretesa nei confronti dello Stato, sia in termini negativi⁴¹ che positivi⁴². Si tratta del diritto alla salute, assunto a criterio orientativo nei temi eticamente sensibili⁴³.

³⁷ Cfr., in materia di consenso informato, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Consulta online*, 2009, con commento di B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni*; *ivi*, con commento di R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*; *ivi*, con commento di C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*; *ivi*, con commento di F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*; *ivi*, con commento di D. CEVOLI, *Diritto alla salute e consenso informato, una recente sentenza della Corte Costituzionale*; e in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 297, con nota di C. PINA-R. FINOCCHI GHERSI, *Il consenso informato quale diritto fondamentale della persona e principio fondamentale in materia di tutela della salute*; quarto punto del *considerato in diritto*: «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»

³⁸ V. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 419: «occorre ricordare che la nostra Costituzione viene ritenuta "personalistica" nel senso che non aderisce ad una concezione utilitaristico-individualista, priva di istanze solidaristiche nei confronti dei soggetti più deboli».

³⁹ Cfr. sul punto, l'ampia digressione di BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore*, cit., 332-333.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1996, 138.

⁴¹ Il riferimento è all'interruzione volontaria di gravidanza.

⁴² Rispetto all'aspirazione genitoriale.

⁴³ È proprio per il tramite di tale diritto che, secondo l'espressione individuata da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 93, l'interruzione volontaria della gravidanza assume la forma di una 'facoltà

Atteso, allora, che un diritto a procreare non esiste⁴⁴, l'argomento solidaristico, teso a tutelare la gestante e il nascituro dallo spettro della mercificazione e della reificazione, ha condotto a una soluzione normativa di tenore negativo.

Di fronte, infatti, ad un modello di filiazione che si basa sulla procreazione naturale, è votato al *favor veritatis*⁴⁵, orientato dal principio generale di indisponibilità degli *status*, e che rimette esclusivamente all'adozione la realizzazione della filiazione volontaria⁴⁶, la pretesa positiva dei consociati rispetto alle tecniche riproduttive ha trovato nella l. 40/2004⁴⁷ una risposta restrittiva, imperniata sull'infertilità ovvero sterilità⁴⁸ della coppia eterosessuale. In siffatto contesto, la

condizionata' della donna, subordinata al ricorrere di precisi requisiti normativi, frutto del bilanciamento con gli interessi del nascituro.

⁴⁴ Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, in *Ifamiliarista.it*, 2020, con nota di S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*; in *Resp. civ. prev.*, 2020, 439, con nota di R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*; in *Rivista AIC*, 2020, 227, con nota di L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*; in *For. Quad. cost.*, 2020, 143, con nota di M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*; in *Giur. cost.*, 2019, 2633, con nota di A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*; *ivi*, 2622, con nota di C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*; e in *Dir. giust.*, 2019, 6, con nota di G. MARINO, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*; a mente della quale «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e la libertà di divenire genitori non implica che essa possa esplicarsi senza limiti».

⁴⁵ A partire dal principio di verità del parto *ex art.* 269, comma 3 c.c.

⁴⁶ Attraverso la l. 184/83, *cit.*

⁴⁷ *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Per un commento alla legge si rimanda, senza pretese di esaustività, ad A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 40; O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 913; U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1360; M. SEGNI, *Troppi dubbi sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2013, 521; F. ASTIGGIANO, *La procreazione medicalmente assistita*; in *Fam. dir.*, 2012, 420; F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. dir.*, 2010, 839; IDEM, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405; E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2009, 5; IDEM, *Procreazione assistita: un provvisorio bilancio, un anno dopo la legge 40/2004*, in *Corr. mer.*, 2005, 553; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99; IDEM, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 329; P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2004, 1528; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 113; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 411; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, 2004; C. CASINI - M. CASINI - M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita: commentario*, Torino, 2004.

⁴⁸ La lingua italiana conosce la distinzione tra infertilità e sterilità. Secondo l'Enciclopedia medica Treccani, infatti, per 'infertilità' si intende l'«[i]ncapacità di una coppia di raggiungere una gravidanza dopo un anno di rapporti

maternità surrogata viene concepita, tramite il divieto universale di cui all'art. 12, comma 6⁴⁹, a vertice di disvalore, perché lontana dal modello di *imitatio naturae* perseguito dalla legge⁵⁰, nonché capace di risultare intollerabilmente lesiva della dignità della donna e minare nel profondo le relazioni umane, come chiarito dalla Consulta con la pronuncia n. 272/2017⁵¹. Tale sentenza conferma come, in punto di legittimità, il divieto di GPA non sia stato ancora interessato dagli altri – numerosi – interventi con cui la Corte costituzionale ha smussato gli afflitti ideologici della l. n. 40/2004⁵².

non protetti», mentre il termine ‘sterilità’ individua l'[i]ncapacità, in individui in età normalmente feconda, a concepire. La s. è individuale, dell'uomo o della donna, e si distingue dall'infertilità (...), che può essere individuale o di coppia». A livello internazionale, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha individuato una nozione ‘omnicomprensiva’, per cui v. WHO, *International Classification of Diseases*, 11th Revision (ICD-11) Geneva: WHO 2018: «Infertility is a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse», ove si ricomprende «[the] inability to achieve a pregnancy».

⁴⁹ A mente del quale «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

⁵⁰ Tale da vedere inizialmente ammessa la sola fecondazione omologa (art. 5, l. 40/2004).

⁵¹ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Ilfamiliarista.it*, 2018, con nota di G. MARRA, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*; in *Corr. giur.*, 2018, 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Giur. cost.*, 2018, 385B, con nota di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*; *ivi*, 2017, 2990, con nota di S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*.

⁵² Il riferimento è a Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. it.*, 2010, 289, con nota di D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*; *ivi*, 281, con nota di L. TRUCCO, *Procreazione medicalmente assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*; in *Forum Quad. cost.*, 2009, con nota di S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*; e *ivi*, con nota di G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. it.*, 2014, 2827, con nota di E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Giur. cost.*, 2014, 2593D, con nota di C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*; in *Dir. fam.*, 2014, 1290, con nota di C. CICERO - E. PERUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica ediritto; overosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; *ivi*, 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1117, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825, con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa” – Il commento*; in *Corr. giur.*, 2014, 1062, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; *IDEM*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 802, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Fam dir.*, 2014, 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Consulta online*, 2009, con nota di G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*; e *ivi*, con nota di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iuria*; Corte costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96, in *Corr. giur.*, 2016, 186, con nota di M.A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della “riscrittura costituzionale” della l. n. 40/2004*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1457, con nota di A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevanoricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione*

Tuttavia, l'esistenza di differenti approcci fra Stati⁵³ ha permesso il propagarsi del ricorso ai cd. accordi di GPA transnazionale (*international surrogacy arrangements*, o ISAs), nella quale i genitori intenzionali eseguono la pratica all'estero, per poi richiedere in patria la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giurisdizionale straniero di riconoscimento della filiazione⁵⁴. Oltre ad aver assunto i connotati di un mercato globale⁵⁵, tale fenomeno di 'mobilità riproduttiva'⁵⁶ ha spostato inevitabilmente l'asse del dibattito dal piano della legittimità della pratica a quello dei suoi effetti, trovandosi i giudici nazionali di fronte al *fait accompli* di un minore cui garantire la continuità affettiva e di *status*, onde evitare l'eliminazione di una figura genitoriale di riferimento e quindi pregiudicarne l'identità.

Rilievo centrale assume, allora, il superiore interesse del minore, valore capitale introdotto a partire dall'art. 3, comma 1, Convenzione di New York, che ne dichiara il preminente rilievo in tutte le decisioni che riguardano il fanciullo, ad ogni livello, pubblico o privato⁵⁷. Esso è stato

preimpianto; in *Giur. cost.*, 2015, 805 con nota di A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n.40 del 2004*; *ivi*, 797B, con nota di M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*; e in *Ilfamiliarista.it*, 2015, con nota di S. VERONESI, *La Consulta riconosce l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi*; e Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 229, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 322, con nota di C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015*; in *Dir. pen. proc.*, 2016, 62, con nota di A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*; in *Ilpenalista.it*, 2016, con nota di S. SANTINI, *Incostituzionale il divieto di selezione eugenetica degli embrioni*; in *Ilfamiliarista.it*, 2016, con nota di G. PIZZOLANTE, *Legge n. 40/2004 e selezione degli embrioni affetti da malattie genetiche*; e in *Giur. cost.*, 2015, 2111D, con nota di L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*.

⁵³ Cfr. SCHERPE, FENTON-GLYNN, KAAAN (eds.), *Eastern and Western*, cit., 4, che distingue tre tipi di modello: *proibitive* (o di divieto, come l'Italia); *tollerante* (che vede disciplinati esclusivamente gli effetti dell'accordo di GPA, è il caso dell'Inghilterra), e *regolatorio* (ove la GPA trova una legittimazione normativa). L'ultimo tipo di approccio può essere 'parziale', quando ammette la sola GPA altruistica (come il Canada), ovvero 'pieno', quando contempla anche la GPA commerciale (come la California).

⁵⁴ Ai sensi degli artt. 64 ss., l. 218/1995 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*).

⁵⁵ Cfr. SCHERPE - FENTON-GLYNN - KAAAN (eds.), *Eastern and Western*, cit., 1: «Whether one approves of surrogacy or not (or indeed just some forms of it), it is a simple fact that there is a global surrogacy market, and people are making use of it». Inoltre, secondo l'Osservatorio *Global Market Insights*, tale mercato è destinato a superare i 27,5 miliardi di dollari entro il 2025: cfr. <https://www.globenewswire.com/news-release/2019/12/16/1960684/0/en/Surrogacy-Market-revenue-to-cross-27-5-billion-by-2025-Global-Market-Insights-Inc.html#:~:text=Global%20Surrogacy%20market%20is%20expected,growth%20over%20the%20projected%20timeframe>.

⁵⁶ Espressione che F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, ES, 2020, 182, preferisce a 'turismo procreativo', che male contrassegna viaggi pur sempre votati alla realizzazione di un'aspirazione genitoriale.

⁵⁷ V. F. ALBANO, *I best interests of the child fra passato, presente e future*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, XXIV, che sottolinea come esso rappresenti «un obbligo intrinseco per gli Stati, (...) direttamente applicabile (*self-executing*) e [che] può essere invocato dinanzi a un tribunale».

progressivamente recepito nelle fonti di ogni livello⁵⁸, ovvero ricavato in via ermeneutica, come dimostra la sua riconduzione al principio del rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Tale principio, che la Convenzione citata sancisce senza qualificare⁵⁹, si atteggia a un tempo a criterio astratto, orientativo del legislatore, e concreto, volto a tutelare l'interesse di quel dato minore in quella data situazione⁶⁰. Quest'ultimo aspetto, soprattutto nei casi di GPA, è fonte di una doppia preoccupazione: che esso sia invocato per la realizzazione implicita del desiderio genitoriale; e che si presti potenzialmente a soverchiare ogni norma che vi si ponga in conflitto⁶¹.

Ad ogni modo, come dimostra la giurisprudenza della Corte EDU, è evidente che il superiore interesse del minore è valore che si presta al bilanciamento con altri valori: di fronte alla mancanza di consenso fra gli Stati sulla GPA, e al margine di apprezzamento che ne deriva in capo a ciascuno, i casi *Menesson c. Francia*⁶² e *Paradiso Campanelli c. Italia*⁶³ hanno infatti mostrato come, ai fini del riconoscimento dei rapporti filiali in casi di GPA transfrontaliera,

⁵⁸ Cfr., ad esempio, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo di Strasburgo del 1996 (artt. 1, 6 e 10), o la Carta di Nizza (art. 24, comma 2). A livello interno, v. gli artt. 317-bis, 337-ter e 337-sexies c.c.

⁵⁹ È U. C. BASSET, *L'interesse del minore: le nuove sfide di un concetto vago e magari antipatico*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 3, a riportare alcune 'definizioni' accostate al superiore interesse del minore: «Per la sociologa francese Irene Thery l'interesse funziona "come un alibi per l'ideologia dominante", ossia quella della persona che lo invoca. In un pezzo famoso scritto del 1975, l'autore americano Robert Mnookin aveva affermato che il principio era "neutro". In un altro articolo, Hillary Clinton aveva sostenuto eloquentemente che il principio del superiore interesse del minore era "uno slogan in cerca d'una definizione". Altri dicono che si tratta d'un concetto vago o ambiguo». Si veda, anche, in questo senso, SCARANO, *The best interest of the child*, cit., 103, che ricorda come a tale principio siano state mosse le accuse «di essere una sorta di "araba fenice" ("che ci sia ciascun lo dice ma dove sia e cosa sia nessun lo sa"), un principio polivalente, polimorfo e pertanto suscettibile di interpretazioni anche profondamente divergenti, di essere in realtà una mera "scatola vuota", una cortina di fumo che si presta ad operazioni mistificatorie o un *passpartout* per donare d'incanto base oggettiva a qualsiasi decisione che lo evochi, anche senza alcuna motivazione al riguardo».

⁶⁰ Per un approfondimento si rinvia a H. FULCHIRON, *Intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant: quelle articulation?*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 37.

⁶¹ Cfr., ancora, FULCHIRON, *Intérêt supérieur*, cit., 41-42.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 122, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*;

⁶³ La vicenda giudiziaria è stata interessata da due sentenze: Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, 123, con nota di G. CASABURI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*; in *Nuova giur. civ.*, 2015, 828, con nota di 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*; pronuncia che è stata rivista da Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, in *Foro It.*, 2017, 117, con nota di G. CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*; in *Nuova giur. civ.*, 2017, 495, con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*; in *Fam. dir.*, 2017, 729, con nota di E. FALLETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*; in *Giur. it.*, 2018, 835, con nota di F. ROMEO, *Maternità surrogata – surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*.

l'interesse del fanciullo non assuma valore di per sé, ma sia la presenza del legame biologico del nato con almeno uno dei genitori intenzionali, nonché la durata e la qualità dei rapporti affettivi instaurati, a determinarne la preminenza.

Così pure, la giurisprudenza italiana ha valutato l'interesse del minore al riconoscimento del legame affettivo instauratosi *de facto* con il genitore intenzionale, in rapporto ai già citati cardini costituzionali e normativi in materia di filiazione, alternando posizioni di maggior favore o diniego all'ingresso dei provvedimenti stranieri, a seconda dell'interpretazione protettiva⁶⁴ ovvero promozionale⁶⁵ data al limite di ordine pubblico internazionale, ed in particolare rispetto alla natura imperativa o meno del divieto penale di maternità surrogata.

Da ultimo, tali oscillazioni sono state ricondotte a sistema proprio attraverso le due pronunce da cui prende le mosse l'ordinanza in commento. La citata sentenza del 2019 delle Sezioni Unite⁶⁶ ha ribadito con forza la natura imperativa del divieto di maternità surrogata, quale limite oltre il quale il principio di autoresponsabilità⁶⁷ lascia il passo alla piena operatività del *favor veritatis*, così ostando alla trascrizione *de plano* del provvedimento straniero di filiazione. Di fronte al bilanciamento di valori operato direttamente dal legislatore con la l. n. 40/2004⁶⁸, l'interesse del minore alla conservazione dello *status* è allora destinato ad affievolirsi, senza

⁶⁴ V. Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Nuova giur. civ.*, 2015, 235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Foro it.*, 2014, 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in motivazione, per cui l'ordine pubblico internazionale «comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale».

⁶⁵ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giur. it.*, 2017, 2075, con nota di C. FOSSA, *Filiazione – Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*; in *Nuova giur. civ.*, 2017, 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; e in *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, che seppur abbia avuto ad oggetto un caso di fecondazione eterologa, segna l'ingresso dell'aspirazione genitoriale omoaffettiva (nel caso di specie di due donne, di cui l'una ha fornito l'ovulo, l'altra condotto la gravidanza), offrendo una diversa concezione di ordine pubblico internazionale, i cui principi: «devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario».

⁶⁶ SS.UU., n. 12193/2019, cit.

⁶⁷ Che vedrebbe riconosciuta la filiazione a partire dal consenso prestato dal genitore d'intenzione alla realizzazione della pratica, nell'esclusivo interesse del minore, come già previsto dall'art. 9, l. 40/2004, rispetto alle ipotesi di fecondazione eterologa compiute *contra legem*.

⁶⁸ Legge costituzionalmente necessaria, anche se non dal contenuto costituzionalmente vincolato. V., sul punto, Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Corr. giur.*, 2005, 419, con nota di F. FELICETTI - M.R. SAN GIORGIO, *Le richieste referendarie per l'abrogazione della legge sulla procreazione assistita*; in *Giur. cost.*, 2005, 351, con nota di G. MONACO, (5) *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*; in *Dir. e giust.*, 2005, 74, con nota di M. FUSCO, *I quesiti e la consultazione popolare: quanti strappi alla sentenza Paladin*.

però elidersi, potendosene dare tutela tramite l'adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. d), l. 184/83, ai fini del riconoscimento del legame filiale.

Rimedio, quest'ultimo, che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/2021, sposando pregevolmente la prospettiva minorecentrica⁶⁹ (tesa a garantirne il sano e armonico sviluppo)⁷⁰, ha ritenuto insufficiente a tutelare il nato, affidandosi ai parametri di certezza, celerità ed effettività individuati dalla Corte EDU con il parere consultivo del 2019⁷¹. Fermo restando, infatti, che il bilanciamento tra interesse del minore e finalità dissuasiva del divieto normativo di GPA può fondatamente escludere la trascrizione dei provvedimenti stranieri, è pure da rilevare come l'adozione in casi particolari non attribuisca la genitorialità all'adottante; non stabilisca vincoli di parentela tra il nato e la cerchia familiare del genitore d'intenzione; e dipenda per il suo perfezionamento dall'assenso del genitore biologico, che potrebbe essere negato in caso di crisi della coppia. Si potrebbe già aggiungere, sommessamente, un quarto rilievo: l'interesse del minore andrebbe garantito anche dall'eventuale ritrosia del genitore d'intenzione, da cui si deve invece esigere l'assunzione della responsabilità genitoriale⁷².

Allo stato⁷³, dunque, la Consulta ha ritenuto di rimettere in via monitoria al legislatore ogni più opportuna iniziativa, ad esso spettando in via primaria la regolazione di temi così eticamente sensibili.

3. La soluzione ermeneutica proposta

L'iniziativa della Prima Sezione va sicuramente condivisa, quanto a premesse. L'adozione della prospettiva minorecentrica rispetto al riconoscimento degli effetti del provvedimento straniero di filiazione fa cadere i cardini del diritto vivente espresso nel 2019, poiché disancorata dalle

⁶⁹ In forza della quale: «non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi».

⁷⁰ Secondo la prospettiva di una garanzia in concreto della 'miglior cura' dell'interesse del minore. Cfr. Corte cost., n. 33/2021, par. 5.3, in motivazione.

⁷¹ Corte EDU, Grande Camera, Parere consultivo 10 aprile 2019, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, con nota di O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*.

⁷² Sul punto v. A.M. PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia Insieme*, 10 maggio 2022, il quale autorevolmente suggerisce di riconoscere al minore l'azione *ex art.* 279 c.c.

⁷³ Espressione che lascia intendere l'intento della Corte di intervenire nuovamente sul tema, ove il legislatore mancasse *medio tempore* nel compito di regolazione che la Corte primariamente gli riconosce. Cfr., sul punto, RUGGERI, *op.cit.*, 2.

ragioni di ordine pubblico alla base del divieto normativo, che riposano – si precisa – sulla strumentalizzazione della donna, non già sul *favor veritatis*. Il ragionamento è chiaro, ma sconta un’omissione: se l’effetto di tale riconoscimento si fonda sul consenso del genitore d’intenzione alla pratica, quale atto giuridico di assunzione della responsabilità genitoriale *ex latere minoris*, viene data però per scontata la sua automatica traduzione in un legame *de facto* tutelabile, omettendosi così il necessario vaglio temporale e qualitativo del rapporto, secondo i canoni della giurisprudenza EDU⁷⁴. Rispetto al *favor veritatis*, poi, i remittenti non rinunciano ad argomentare anche dal punto di vista del genitore intenzionale, secondo una logica che fa residuare qualche perplessità. Si afferma, infatti, che il principio di verità del parto non ha valore assoluto, a fronte proprio delle tecnologie riproduttive. Inoltre, riaffermarne l’operatività nei confronti del genitore d’intenzione comporta una *aberratio*, perché ciò non risolve a monte la lesione del valore davvero tutelato dall’art. 12, comma 6, l. 40, ossia – per l’appunto – la strumentalizzazione della donna. L’obiezione che si potrebbe muovere, sotto entrambi i profili, è che la l. 40 rimane pur sempre ancorata all’*imitatio naturae*, ponendosi il *favor veritatis* a presidio principale della gestante dalla scissione della maternità. L’esito del ragionamento, però, potrebbe ammettersi, se ricostruito in termini di *genus* (dignità della donna) a *species* (verità del parto), e secondo argomenti sistematici di diverso tenore: non è solo la ramificazione della maternità ad animare il divieto, ponendosi un problema di dignità oggettiva già a partire dalla disposizione negoziale della funzione materna. Per altro verso, la potenziale recessività dell’art. 269, comma 3 c.c. può desumersi in via sistematica, se solo si guarda alla disciplina in materia di parto anonimo⁷⁵, ma anche *a contrario*, di fronte all’evoluzione del trattamento

⁷⁴ A partire dai citati casi Mennesson e Paradiso Campanelli, i cui esiti trovano conferma nel parere consultivo della Grande Camera del 2019.

⁷⁵ In estrema sintesi, l’art. 30, D.p.r. n. 396/2000 ammette la dichiarazione di anonimato della madre all’esito del parto, onde contemperare l’interesse del minore alla conoscenza delle proprie origini con quello alla riservatezza della madre, risolvendo il conflitto a favore della seconda, al fine di evitare il più grave pregiudizio derivante dall’eventuale ricorso all’IVG. Il mantenimento dell’anonimato nel tempo è assicurato dall’art. 93, comma 3, Codice Privacy (debbono decorrere 100 anni per la libera estrazione dei dati identificativi della partoriente). Un doppio temperamento della disciplina, estremamente rigida nei confronti del minore, è avvenuto per via giurisprudenziale: su richiesta del figlio, il giudice può interpellare la madre, al fine di ottenerne l’eventuale ripensamento, cfr. Corte costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2017, 740, con nota di P. DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*; *ivi*, 2014, 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all’anonimato materno*; in *Dir. fam.*, 2014, 27, con nota di G. LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini*; in *Corr. giur.*, 2014, 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell’adottato di conoscere la propria storia: un’occasione per ripensare alla disciplina della materia*; e, in ogni caso, l’estrazione dei soli dati sanitari per motivi di salute va sempre garantita, cfr. Cass., sez. I. civ., 9 agosto 2021, ord. 22497, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 2, con nota di K. MASCIA, *Parto in anonimato: va garantito il diritto del figlio di accedere alle informazioni sanitarie sulla salute della madre biologica*.

riservato ai figli nati da incesto⁷⁶. In entrambi i casi, infatti, l'assolutezza del *favor veritatis* avrebbe dovuto determinare, *ab origine* e rispettivamente, quantomeno la pienezza del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini, e il riconoscimento della filiazione naturale. A fronte di quanto precisato, è sicuramente encomiabile lo sforzo dei rimettenti di rimanere nel solco da ultimo tracciato dalla Consulta. Ciò nondimeno, appare a chi scrive che la Prima Sezione scivoli, nelle pieghe del ragionamento, dal piano degli effetti della pratica di GPA a quello della sua legittimità. Il riferimento non è alla soluzione proposta alle Sezioni Unite, centrata sulla rivalutazione della delibazione e della trascrizione *ex artt. 64 ss., l. 218/1995*. Essa rimane coerente con le censure della Corte costituzionale, che sul punto si limita a ritenere giustificabile (non già giustificata) l'esclusione di tali strumenti per il riconoscimento del legame filiale, a fronte del bilanciamento degli interessi operato. E d'altra parte, dovendosi escludere in radice una rivisitazione in astratto, che appartiene al legislatore (non pervenuto), sembra pure preclusa la via – pure pregevolmente sostenuta da parte della dottrina⁷⁷ – dell'adozione del coniuge ai sensi della lett. b) dell'art. 44, l. 184/83. Questo perché la Consulta, dall'iniziale riferimento alla lett. d) del medesimo articolo, muove le proprie obiezioni all'adozione in casi particolari nel suo complesso⁷⁸.

È, piuttosto, nello sviluppo della proposta che gli ermellini sembrano scivolare. Individuato nell'automatismo proprio alle procedure *ex artt. 64 ss., l. 218/1995* l'ostacolo che ne impedisce l'impiego, se ne propone il superamento attraverso una valutazione di coerenza del provvedimento straniero all'ordine pubblico, da compiersi in concreto, secondo i criteri interpretativi di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza. Questi ultimi, però, non vengono rapportati ai vincoli consolidati dalla giurisprudenza EDU (legame biologico e qualità del legame instaurato), ma sono chiamati ad orientare il confronto tra interesse del minore, dignità della donna e preservazione dell'istituto dell'adozione. Ecco recuperato, così, il piano di legittimità, perché il bilanciamento da operarsi investe le modalità realizzative della pratica, postulando una gradazione progressiva di ammissibilità, ove la prospettiva minorecentrica va perdendosi, risultando in una duplicazione di bilanciamenti, paradossalmente produttiva di un cortocircuito interpretativo.

La ragione di quanto affermato è presto chiarita, se si approfondiscono i termini di confronto

⁷⁶ V. *supra*, *sub* nota 16, rispetto alla possibilità di riconoscimento (nell'interesse del minore) da ultimo garantita dalla Riforma Bianca del 2012, attraverso l'emenda dell'art. 251 c.c.

⁷⁷ V. G. BALLARANI, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Napoli, 2018, 100 ss.

⁷⁸ Corte cost., n. 33/2021, cit., Par. 5.8, in motivazione.

dell'interesse del minore. Sotto il primo profilo, si dovrebbe considerare se il coinvolgimento della gestante all'estero sia avvenuto a titolo gratuito, a fronte di un consenso libero e informato, nonché della facoltà di recesso fino al momento della nascita⁷⁹. A ben vedere, il remittente ragiona nella prospettiva *de iure condendo* più accettabile per il sistema italiano, secondo cui dovrebbero legittimarsi ovvero censurarsi le scelte operate *de iure condito* dal legislatore estero. Ma la finalità precipua della verifica non riposa nella tutela della gestante straniera, che dei principi assiologici interni poco può giovare, quanto piuttosto sulla garanzia del minore da relazioni genitoriali frammentate. Tale rilievo lascia affiorare una contraddizione argomentativa, finora latente, perché se il riconoscimento del legame filiale non intacca le ragioni di ordine pubblico internazionale, non se ne può far dipendere l'avveramento dalle modalità realizzative dell'accordo. Peraltro, la Prima Sezione dimentica un inciso fondamentale operato dalla Consulta, che ha fatto salva l'eventuale conservazione dei rapporti giuridici fra la gestante e il nato⁸⁰, e che ben avrebbe potuto essere valorizzato – sul piano degli effetti – ai fini dell'eventuale riconoscimento attraverso trascrizione o delibazione.

Parimenti, sotto il secondo profilo, non si comprende perché il riconoscimento degli effetti del provvedimento debba farsi dipendere dall'elusione fraudolenta della disciplina dell'adozione da parte dei genitori intenzionali. Si noti che qui gli ermellini non si riferiscono esclusivamente alla trascrizione o delibazione del provvedimento, ma in assoluto al suo riconoscimento, avventurandosi in una tripartizione. Non sarebbe riconoscibile in Italia, in primo luogo, il provvedimento di filiazione ottenuto in violazione delle leggi del Paese che consente la surrogazione di maternità, da parte di soggetti che non sono idonei all'adozione in Italia⁸¹. È dato chiedersi, tuttavia, cosa potrebbe accadere ove, oltre al legame biologico, si sia consolidata la relazione affettiva. Se davvero l'esempio che tiene a considerare il remittente è quello dei coniugi Paradiso, allora la formulazione di inammissibilità dovrebbe recare: non è riconoscibile il provvedimento di filiazione ottenuto in violazione della legge straniera, da parte di soggetti inidonei all'adozione in Italia, che non abbiano legame biologico alcuno con il nato né con questi instaurato un legame affettivo significativo. Ipotesi, va detto, su cui non v'è bisogno di

⁷⁹ Cfr. A.M. PINELLI, *Non si attende il legislatore*, cit., che non manca di sottolineare come la «mercificazione della maternità (...) oltre che lesiva della (...) personale dignità [della gestante], pone sempre un problema di *status*».

⁸⁰ Corte cost., n. 33/2021, cit., Par. 5.4, in motivazione.

⁸¹ Prendendosi a riferimento Cass. civ., n. 24001/2014, cit.; e il caso Paradiso e Campanelli c. Italia, cit. Si ricordi che, in questi casi, vi era l'assoluta assenza del legame biologico con entrambi i genitori.

chiarimento nomofilattico.

Non sarebbe, poi, riconoscibile l'adozione internazionale che celi un accordo di maternità surrogata⁸², così come il provvedimento di filiazione da GPA conforme all'ordinamento straniero, ove difetti *in toto* il legame biologico tra nato ed i genitori intenzionali. Lo spunto per dubitare di queste asseverazioni, invero, lo offre il giudice stesso, impiegando a sostegno della propria tesi la recente sentenza EDU nel caso Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda⁸³. In assenza del legame genetico con la nata (da GPA transnazionale), la coppia omoaffettiva ricorrente si vedeva negare il legame filiale per via adottiva, da cui erano decadute all'esito del divorzio *medio tempore* intervenuto. La Corte EDU non ha ritenuto violato il principio di rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), perché lo Stato islandese ha concesso in via parlamentare la cittadinanza alla bambina, garantendone l'affidamento perpetuo ad una ricorrente (con pari diritto di custodia per l'altra). Il legame filiale, quindi, non è stato negato, se non nella forma richiesta dalle ricorrenti, motivo per cui (ancora una volta) potrà certo negarsi la trascrizione e la delibazione, ma non già il riconoscimento degli effetti consolidatisi in via affettiva. Così per la seconda ipotesi di inammissibilità, che rimane assorbita: non verrebbero certo riconosciuti gli effetti propri dell'adozione internazionale, comunque da tutelarsi per altra via.

Per di più, va evidenziato che una valutazione secondo questi canoni si risolverebbe in una discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali, essendo ancora – colpevolmente⁸⁴ – preclusa l'adozione alle seconde. Si sarebbe di fronte, infatti, ad una situazione simile diversamente regolata, perché il divieto *ex art. 12, comma 6, l. 40/2004* non ammette distinzioni né eccezioni di carattere soggettivo.

Quello che risalta, all'esito delle considerazioni compiute, è che la prospettiva ermeneutica adombrata dalla Prima Sezione risulterà sempre recessiva rispetto a quella sancita dalla Consulta. È qui che risiede la duplicazione del bilanciamento, perché il giudice delle leggi ha già messo a sistema l'interesse del minore con la dignità della donna e la tutela dell'adozione. Pertanto, la necessità di tutelarne la preminenza relativa, quale *super* valore già sintesi di un

⁸² Conformemente alla recentissima sentenza SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Nuova giur. civ. com.*, 2021, 911, con nota di L. LENTI, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*; in *Foronews*, 2021, con commento di G. DE MARZO, *Dopo la Corte costituzionale, l'intervento delle sezioni unite sulle adozioni estere omogenitoriali. Sino a quando il legislatore resterà silente?*.

⁸³ Corte EDU, Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda, 18 maggio 2021.

⁸⁴ È infatti del tutto logico ritenere che, se non vi è dubbio che l'ambiente familiare omoaffettivo sia idoneo alla crescita, e l'adozione mira alla tutela di un soggetto esistente e bisognoso di cure, quest'ultima debba aprirsi a tali formazioni familiari.

bilanciamento interno⁸⁵, si riflette nella scelta di operare sul piano degli effetti *latere minoris*, escludendo la via del riconoscimento diretto del provvedimento straniero.

Può allora risultare chiaro il rischio di un cortocircuito interpretativo: riportandosi nuovamente la valutazione in concreto ai profili di legittimità, essa andrà inevitabilmente aprendosi a ogni tipo di fattispecie. In tal senso, seppur sia invisibile a chi scrive l'argomento della china scivolosa (facile appiglio di ogni ritrosia), non può non rammentarsi l'esempio inglese, che nel vincolare il riconoscimento degli effetti della GPA transazionale a delle precise modalità realizzative⁸⁶, le ha viste cadere una ad una in via interpretativa, essendosi tramutato, nel caso concreto, l'interesse del minore da superiore a supremo⁸⁷.

In conclusione, non si è voluto affermare che le argomentazioni addotte dalla Prima Sezione siano fallaci. Esse sono validissime per rimeditare – *de iure condendo* e secondo una logica di

⁸⁵ È chiarissima, sotto questo profilo, la Corte EDU, nel parere consultivo del 2019: « The Court (...) was mindful of the fact that, in the context of surrogacy arrangements, the child's best interests did not merely involve respect for these aspects of his or her right to private life. They included other fundamental components that did not necessarily weigh in favour of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, such as protection against the risks of abuse which surrogacy arrangements entailed, and the possibility of knowing one's origins. Nevertheless, in view of the negative impact on the child's right to respect for private life and the fact that the child's best interests also entailed the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment, the Court considered that the general and absolute impossibility of obtaining recognition of the relationship between a child born through surrogacy abroad and the intended mother was incompatible with the child's best interests, which required at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case».

⁸⁶ In maniera davvero stringente. L'ordinamento inglese, infatti, afferma l'inseguibilità di ogni accordo di GPA (art. 1A, *Surrogacy Arrangements Act*, 1985), vietando altresì ogni forma di GPA commerciale (art. 2A, *Surrogacy Arrangements Act*, 1985). Nel caso in cui la pratica sia compiuta, ammette però l'emissione di un *parent order* per il trasferimento della genitorialità in capo al(i) genitore(i) intenzionale(i), a patto che: la Corte sia persuasa che la gestante, così come coloro che siano parenti per legge del nato, abbiano espresso un consenso libero e consapevole all'adozione del provvedimento. Si deve trattare di una GPA gestazionale, con impiego dei gameti di almeno uno dei genitori intenzionali. Inoltre, al momento della richiesta il bambino deve vivere con i genitori, ed almeno uno degli istanti deve risiedere nel Regno Unito. La domanda di trasferimento, poi, dev'essere presentata dai genitori intenzionali entro sei mesi dalla nascita. Il consenso della gestante non può essere prestato prima di sei settimane dal parto. Infine, va accertato di fronte al giudice che non vi sia stato alcun tipo di compenso (al di fuori delle spese ragionevolmente sostenute) per niuna parte contrattuale e per nessun aspetto dell'accordo, a meno che non vi sia un'apposita autorizzazione della Corte (art. 54 ss., *Human Fertilisation and Embryology Act*). Per un approfondimento, si rimanda a C. FENTON-GLYNN, *Surrogacy in England and Wales*, in SCHERPE - FENTON-GLYNN - KAAAN (eds.), *Eastern and Western*, cit., 115 ss.; B. VAN BEERS - L. BOSCH, *A Revolution by Stealth: A Legal-Ethical Analysis of the Rise of Pre-Conception Authorization of Surrogacy Agreements*, in *The New Bioethics*, 2020.

⁸⁷ Cfr. i casi *Re X (A child) (Surrogacy: Time Limit)* [2014] EWHC 3135 (Fam), in *Family Law Reports*, 2015, 349, ove è venuto meno l'obbligo per i genitori di presentare la domanda di *parental order* entro sei mesi dalla nascita; *Re X and Y (Foreign surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), in *Family Law Reports*, 2009, 733, in cui, nell'autorizzare il pagamento già avvenuto, il giudice esprime il proprio disagio nel constatare la difficoltà di individuare delle situazioni in cui il superiore interesse del minore non sia gravemente compromesso dal rifiuto di autorizzazione; e *Re D and L (Minors) (Surrogacy)* [2012] EWHC 2631 (Fam), in *Family Law Week*, 2012, ove si supera anche la mancata prova del consenso alla cessione della gestante, nel caso in cui quest'ultima sia introvabile o non impossibilitata ad esprimerlo.

diritto ‘mite’⁸⁸ – i profili di legittimità della pratica. Ipotesi, questa, preferita a chi scrive, non potendosi *ad libitum* rincorrere lo spettro del fatto compiuto, ed essendo tale via l’unica per riavvicinare la valutazione in astratto e in concreto dell’interesse del minore, attualmente posto alla base del divieto assoluto di GPA e del suo superamento.

In questo senso sembra dirigersi, nel panorama europeo, il dibattito nei Paesi Bassi e nel Regno Unito. Tradizionalmente considerati ordinamenti ‘tolleranti’ nei confronti della GPA⁸⁹, entrambi stanno considerando il passaggio ad un approccio di tipo regolatorio, attraverso la cd. ‘autorizzazione pre-concezionale dell’accordo di GPA’ (*pre-conception authorisation of surrogacy arrangements, PASA*)⁹⁰. In linea generale, il modello prevede che la gravidanza non possa avere luogo, fintantoché le parti non abbiano siglato un accordo di GPA altruistica, e questo non sia stato approvato da un’autorità appositamente prevista. Se il vaglio di tale accordo si risolve in senso favorevole, dal momento della nascita i genitori intenzionali saranno considerati anche genitori legali del nato⁹¹.

Diversamente, il legislatore francese ha di recente esteso alle donne singole e alle coppie omoaffettive femminili l’accesso alla procreazione medicalmente assistita⁹², mantenendo

⁸⁸ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

⁸⁹ V. *supra*, sub nota 53.

⁹⁰ Per il Regno Unito, v. *Law Commission and Scottish Law Commission, Building families through surrogacy: a new law. Summary of consultation paper*, 2019. Il documento e lo stato attuale dei lavori sono consultabili (in inglese) sul sito <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>. Per quanto concerne i Paesi Bassi, v. *The Government Commission for Reassessment of parenthood (Staatscommissie Herijking ouderschap), Child and Parents in 21st Century*, 7 dicembre 2016, che ha suggerito al Governo l’adozione di una normativa in materia di PASA. La proposta è confluita nel disegno di legge ‘sui figli, la maternità surrogata e la filiazione’ (*Wet kind, draagmoederschap en afstamming*), attualmente pendente presso il Consiglio di Stato, cui il Governo ha chiesto di esprimere un parere. Lo stato attuale dei lavori e la proposta sono consultabili (in olandese) sul sito <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK010948>.

⁹¹ Come rilevato da B. VAN BEERS - L. BOSCH, *op. cit.*, 4 ss., i promotori ritengono che il sistema così delineato sarebbe *win-win* per tutti i soggetti coinvolti, poiché conforme alla mutata realtà genitoriale, chiuso alle ipotesi di GPA commerciale, e capace di evitare la logica del fatto compiuto. Tuttavia, gli autori del contributo citato non risparmiano le critiche, a partire dalla connotazione fortemente amministrativa del procedimento, che rende l’autorizzazione questione di mera burocrazia. Inoltre, nel prevedere l’introduzione di una lista di Paesi esteri in cui è preferibile compiere la GPA, ammettendo l’automatico ingresso degli atti di nascita o dei *parental orders* ivi conclusi, verrebbe tradito l’obiettivo di annullare o limitare grandemente il ricorso alla *cross-border surrogacy*. Anzi, all’adozione del PASA si accompagna l’argomento della china scivolosa, ritenendosi che esso non possa che portare, a medio o lungo termine, alla totale legalizzazione di ogni forma di GPA.

⁹² *LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*. All’art. 1, la legge citata interviene infatti sull’art. L. 2141-2, *code de la santé publique*, che al primo comma ora reca: «L’assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d’un homme et d’une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l’assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l’équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l’article L. 2141-10».

tuttavia inalterato il divieto di GPA⁹³.

In assoluta controtendenza sembra, invece, muoversi il Parlamento italiano, anche rispetto alla giurisprudenza interna. Il 21 aprile scorso, infatti, la Commissione Giustizia della Camera ha adottato, come testo base per la discussione parlamentare, la proposta di legge C 306⁹⁴. Essa si propone di estendere la punibilità del reato *ex art.* 12, comma 6, l. 40/2004 alle condotte commesse all'estero. Di tale soluzione è lecito dubitare, a partire dalle conseguenze che dall'applicazione della norma deriverebbero in capo al minore, di cui la proposta non si cura. Quanto, poi, al piano sistematico, la relazione di accompagnamento al testo sembra volersi affrancare dal principio di doppia incriminazione sotteso all'art. 9 c.p.⁹⁵, per rivolgersi all'art. 7, comma 1, n. 5, c.p. A quest'ultimo riguardo, andrebbe però ricordato agli estensori della proposta che la proclamata 'universalità' del reato di GPA dovrebbe essere presupposto giuridico dell'approvazione della norma, non suo effetto.

Parallelamente (e nel segno delle medesime censure), è pure da segnalare che, nel febbraio scorso, il partito della Lega ha presentato un disegno di legge in Senato⁹⁶, poi depositato anche presso la cancelleria della Suprema Corte di Cassazione come proposta di legge di iniziativa popolare⁹⁷, diretto a introdurre il reato di surrogazione di maternità tra i delitti contro la personalità individuale. Anche qui si contempla la perseguibilità della condotta all'estero, prevedendosi altresì la punibilità del pubblico ufficiale che annoti nei registri dello stato civile il nato da GPA. Non va dimenticato, ad ogni modo, che non manca in Parlamento la presenza di una proposta di legge di tipo regolatorio⁹⁸, volta a legittimare la GPA altruistica di tipo gestazionale, su cui pure non possono tacersi alcune riserve: non vi è vaglio pubblico (né amministrativo né giurisdizionale) dell'accordo, se non sotto il profilo dei requisiti sanitari⁹⁹, facendosi interamente gravare sull'avvocato scelto dalle parti¹⁰⁰ l'attestazione di autenticità del consenso e dei presupposti soggettivi¹⁰¹ e oggettivi¹⁰² del procedimento. Inoltre, non si prevede

⁹³ Art. 16-7, *code civil*: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle».

⁹⁴ Proposta di legge C 306 (*Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*).

⁹⁵ Che rappresenta, allo stato, il principale ostacolo alla perseguibilità dei genitori intenzionali che abbiano eseguito la pratica all'estero in conformità con le leggi di quello Stato.

⁹⁶ Disegno di legge S 2580, recante *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*.

⁹⁷ V. *G.U.*, *Serie gen.*, 13 aprile 2022, n. 87.

⁹⁸ Proposta di legge C 3016 (*Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*).

⁹⁹ Art. 4, PDL C 3016.

¹⁰⁰ Art. 5, PDL C 3016.

¹⁰¹ Artt. 3 e 4, PDL C 3016.

¹⁰² Artt. 2, 3 e 4, PDL C 3016.

alcun ‘diritto al ripensamento’ in capo alla gestante a sèguito della nascita¹⁰³.

Le due criticità appena evidenziate non sono di poco conto, se si considera che la Corte costituzionale portoghese vi ha fatto riferimento per censurare il modello legislativo di GPA gestazionale introdotto nel 2016¹⁰⁴, quantunque ritenuto in linea di principio conforme a Costituzione¹⁰⁵. Mantenendosi, dunque, ferma l’ammissione della GPA di tipo altruistico¹⁰⁶ (a favore di donne prive di utero, ovvero che soffrono di un impedimento assoluto e definitivo alla gravidanza)¹⁰⁷, il recente adeguamento legislativo¹⁰⁸ sottopone l’intera procedura al vaglio del Comitato Nazionale di Procreazione Medicalmente Assistita¹⁰⁹, e prevede che la gestante possa revocare il proprio consenso fino al momento della registrazione del nato¹¹⁰.

Tornando, infine, al piano degli effetti, non sembra eludibile la necessità di intervenire, anche in via interpretativa, sull’adozione in casi particolari, epurandola dai limiti che la Consulta ha evidenziato con la sentenza n. 33 del 2021. Ciò risponderebbe all’esigenza minima di allinearsi ai parametri individuati dalla Corte EDU con il parere consultivo del 2019, che sembrano destinati a consolidarsi nel panorama europeo: il Tribunal Supremo spagnolo, con sentenza n.

¹⁰³ Dopo il trasferimento in utero dell’embrione, la gestante può infatti revocare il proprio consenso ove la gravidanza non sia confermata o, altrimenti, qualora ritenga di accedere all’IVG (art. 7, comma 7, PDL C 3016). Il riconoscimento della filiazione in capo ai genitori intenzionali, inoltre, non è condizionato, e vige, in forza del consenso, a partire dal momento del trasferimento in utero dell’embrione (art. 7, u.c. PDL C 3016).

¹⁰⁴ *Lei n. 25/2016, de 22 de agosto, recante Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).*

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional, 7 maggio 2018, n. 225, in *Diario de Republica, Serie I*, 7 maggio 2018, n. 87, par. 51-53. Per un commento alla sentenza, e più in generale al modello portoghese, si segnala R.T. PEDRO, *Surrogacy in Portugal*, in SCHERPE, FENTON-GLYNN, KAAAN (eds.), *Eastern and Western*, 229 ss.

¹⁰⁶ Art. 8, comma 2, *Lei n. 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida)*, come modificato da *Lei n. 90/2021, de 16 de dezembro (Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida)*: «A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é admissível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher».

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Lei n. 90/2021, cit.*

¹⁰⁹ Art. 8, comma 5, *Lei n. 32/2006, cit.*: «A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2 e desde que observadas as disposições contratuais previstas no n.º 13».

¹¹⁰ Art. 8, comma 10, *Lei n. 32/2006, cit.*: «No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º, com exceção do previsto no seu n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável, sendo que nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida».

277 del 2022¹¹¹, ha ribadito con forza la natura di ordine pubblico del divieto di GPA¹¹², ma ha altresì ammesso il riconoscimento del legame filiale tra nato e madre intenzionale attraverso l'istituto dell'adozione¹¹³.

Si comprende allora come la Corte costituzionale non abbia perso l'occasione, con la sentenza n. 79 del 2022¹¹⁴, di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 184/83, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, comma 2 c.c., esclude l'adottato dall'instaurazione di rapporti civili con i parenti dell'adottante. Di particolare interesse è l'osservazione dei giudici rispetto al principio di unicità dello stato di figlio, sistematicamente volto a dirimere il contrasto tra verità, ma non perciò capace di sacrificare la sovrapposizione (normativamente prevista) del vincolo di filiazione adottiva a quello di sangue¹¹⁵. Sulla scorta di tale affermazione, la Cassazione ha da ultimo ritenuto conforme al superiore interesse del fanciullo l'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. b), l. 184/83*, della figlia della moglie da parte del nuovo coniuge, pur a fronte del persistente legame affettivo della minore con il padre biologico¹¹⁶.

¹¹¹ Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277.

¹¹² Tribunal Supremo, n. 277/2022, cit., Tercero, Par. 12: «los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público».

¹¹³ Tribunal Supremo, n. 277/2022, cit., Cuarto, Par. 10: «Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción».

¹¹⁴ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Guida dir.*, 2022, 14.

¹¹⁵ Corte cost., n. 79/2022, par. 8.3, in motivazione.

¹¹⁶ Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2022, n. 10989, in *Guida dir.*, 2022, 16, ove si legge, in motivazione: «(...) l'adozione, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, e dunque sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo sia con quelli della famiglia del padre biologico. (...) La realizzazione del preminente interesse della minore risulta altresì confermata anche dalle positive relazioni dei servizi sociali circa il suo inserimento nella nuova famiglia (...). Inoltre, va osservato che l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia (...) per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso all'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità».