



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN

GIURISPRUDENZA

a.a. 2023/2024

TESI DI LAUREA

PROFILI PENALI DELLA MATERNITÀ SURROGATA

RELATORE: Ch.mo Prof. Riccardo Borsari

STUDENTE: Camilla Zennaro

MATRICOLA: 1198340

*A chi c'era,
a chi c'è
e a chi ci sarà.*

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

Capitolo I

IL DELITTO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.....	7
---	----------

1. LA MATERNITÀ SURROGATA	7
2. IL REGIME GIURIDICO PRECEDENTE ALLA LEGGE N. 40 DEL 2004	9
2.1. <i>La giurisprudenza civile</i>	10
2.2. <i>Risvolti penalistici</i>	18
2.3. <i>Verso la legge n. 40 del 2004</i>	19
3. IL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ NELLA LEGGE N. 40 DEL 19 FEBBRAIO 2004	20
3.1. <i>Le condotte</i>	21
3.2. <i>I soggetti attivi</i>	26
3.3. <i>Il bene giuridico tutelato</i>	28
4. I PROFILI PROBLEMATICI DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.....	38

Capitolo II

SURROGAZIONE ALL'ESTERO E CONSEGUENZE CIVILI IN ITALIA: IL MANCATO RICONOSCIMENTO DELL'ATTO DI NASCITA STRANIERO PER CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO	40
---	-----------

1. IL FENOMENO DEL TURISMO PROCREATIVO	40
2. UN'ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA: SENTENZA N. 12193/2019 CASS., SEZ. UN.	42
3. SEGUE: ORDINANZA N. 8325/2020 CASS., SEZ. I	52
4. SEGUE: SENTENZA N. 33/2021 CORTE COST.	60
5. SEGUE: ORDINANZA 1842/2022 CASS., SEZ. I	65
6. SEGUE: SENTENZA 38162/2022 CASS., SEZ. UN.	70
7. CONCLUSIONI	79

Capitolo III

RISVOLTI PENALI DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ ALL'ESTERO	83
---	-----------

1.	IL FENOMENO DEL TURISMO PROCREATIVO E LE CONSEGUENZE PENALI IN ITALIA ...	83
2.	IL DELITTO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ	84
2.1.	<i>Sentenza n. 13525/2016, Cass. pen., sez. V</i>	84
2.2.	<i>Sentenza n. 5198/2021, Cass. pen., sez. III</i>	86
3.	L'ALTERAZIONE DI STATO E LE FALSE DICHIARAZIONI	88
3.1.	<i>L'alterazione di stato mediante falsità</i>	88
3.2.	<i>Le falsità personali</i>	90
3.2.1.	La falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri	92
3.2.2.	False dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri ..	94
3.3.	<i>Sentenza n. 8060/2016 Cass. pen., sez. VI</i>	95
3.4.	<i>Ancora sentenza n. 13525/2016 Cass. pen., sez. V</i>	98
3.5.	<i>Sentenza n. 48696/2016 Cass. pen., sez. VI</i>	101
4.	ACCENNI SULLA PROPOSTA DI LEGGE A.C. 887-A: PUNIRE LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ REALIZZATA ALL'ESTERO	105

Capitolo IV

UNA VISIONE COMPARATISTICA DELLA MATERNITÀ SURROGATA112

1.	PREMESSA	112
2.	LA GESTAZIONE PER ALTRI NEL DIRITTO STRANIERO: NORMATIVE AFFINI A QUELLA ITALIANA	114
2.1.	<i>La disciplina tedesca in tema di maternità surrogata e la giurisprudenza del Bundesgerichtshof</i>	114
2.2.	<i>Le soluzioni spagnole alla gestación de sustitución</i>	120
2.3.	<i>La gestation pour autrui nel Code Civil francese</i>	125
3.	ANALISI DEL DIRITTO STRANIERO: CONSENTIRE LA MATERNITÀ SURROGATA	129
3.1.	<i>Lo Human Fertilization and Embryology Act</i>	130
3.2.	<i>Il California Family Code</i>	134
3.3.	<i>Tre normative a confronto</i>	141

CONCLUSIONI147

BIBLIOGRAFIA	161
---------------------------	------------

Introduzione

Il presente elaborato analizza la disciplina italiana in tema di maternità surrogata, una pratica procreativa che, grazie all'uso delle tecniche di fecondazione artificiale, vede una donna – la madre surrogata – impegnarsi a portare in grembo e partorire un figlio per conto di altri – i cosiddetti genitori committenti. In forza dell'accordo di surrogazione, la surrogata porta avanti la gravidanza e, dopo il parto, consegna il bambino ai committenti, rinunciando ad ogni pretesa nei suoi confronti: la gestante esegue le prestazioni o verso corrispettivo, in caso di surrogazione commerciale, o gratuitamente, nell'ipotesi di surrogazione solidaristica. L'utilizzo dell'utero (e, talvolta, degli ovuli) della surrogata per realizzare l'altrui desiderio di genitorialità determina l'introduzione di una terza figura nell'esecuzione di un progetto procreativo normalmente intrapreso da una coppia, rendendo questa pratica ricca di risvolti sul piano etico e facendo sorgere altrettante questioni sul piano giuridico. Per questo motivo, sono varie le discipline previste dagli ordinamenti di tutto il mondo, che rispondono in maniera diversa alle esigenze della materia, vietando o consentendo la pratica stessa. Il legislatore italiano sceglie di vietarla in assoluto all'interno della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, con cui, dopo un ventennio di dibattiti in sede legislativa, va a disciplinare la materia della procreazione medicalmente assistita. Nello specifico, l'art. 12, comma sesto, della suddetta legge, punisce chiunque realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità, in qualsiasi forma, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro. A partire dal 2004, il testo dell'articolo è rimasto ad oggi invariato, nonostante siano diverse le discussioni che hanno visto come oggetto centrale questo divieto.

In questa sede, quindi, si cercheranno di individuare le principali questioni giuridiche che, in dottrina e in giurisprudenza, sono sorte sul tema, concentrando la ricerca sull'ordinamento nazionale interno, ma, allo stesso tempo, lasciando spazio anche a vicende che vanno oltre i confini dello Stato italiano.

L'analisi può concettualmente essere divisa in tre parti.

La prima, corrispondente al primo capitolo della tesi, parte dal testo normativo della legge n. 40 del 2004 e, dopo una breve ricostruzione del percorso che ha portato il legislatore a vietare espressamente la maternità surrogata, si occupa della riesamina della fattispecie

prevista dall'art. 12, co. 6. A partire da una lettura testuale della disposizione, si cercherà di individuarne il significato, dando particolare attenzione a tre aspetti della fattispecie, ossia le condotte, i soggetti attivi e il bene giuridico tutelato. Questi tre profili, che lasciano spazio a diverse interpretazioni, ad oggi non sono ancora oggetto di un unanime orientamento in dottrina e fanno emergere un primo *deficit* della previsione penale. Il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, presenta, infatti, un primo problema ancorato strettamente al dato normativo, che si presenta su più fronti indeterminato. Una descrizione piuttosto generica della fattispecie rende difficile comprendere la portata del divieto e, di conseguenza, non fornisce un'effettiva linea guida ai giudici, che più volte si sono interrogati sul senso e sulla natura della disposizione. Per questo motivo, facendo riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza¹, si cercherà, in questa prima parte, di delimitare una fattispecie che si presenta altrimenti indeterminata.

La seconda parte si spinge oltre i confini nazionali per considerare, in chiave giurisprudenziale, il fenomeno del cosiddetto turismo procreativo. Data l'esistenza del divieto italiano di surrogazione di maternità, infatti, le vicende di maternità surrogata, che si registrano esaminando la giurisprudenza italiana degli ultimi anni, riguardano interamente condotte realizzate all'estero. Sono, infatti, molte le coppie che, desiderose di attuare il loro progetto procreativo, ricorrono alla pratica della surrogazione in Paesi esteri in cui questa è consentita, in modo da avere un figlio geneticamente proprio rispettando la *lex loci* dello Stato ospitante. Una volta tornate in Italia, tuttavia, queste coppie incorrono in alcune importanti conseguenze sia sul piano civile, che penale, conseguenze che ostacolano l'inizio o la continuazione della vita familiare da loro desiderata. Il secondo e il terzo capitolo sono dedicati all'analisi di questo tema, come trattato dalla giurisprudenza, rispettivamente civile e penale. Anche in questo caso l'obiettivo è individuare i profili critici che la surrogazione di maternità, eseguita in un paese straniero, comporta a livello giuridico.

¹ In particolare, sarà utile il richiamo ad alcune pronunce della giurisprudenza della Corte di Cassazione, nello specifico le decisioni n. 5198 del 10 febbraio 2021, della terza Sezione Penale, e n. 38162 del 30 dicembre 2022, delle Sezioni Unite, rispettivamente utili a definire la condotta della realizzazione ed un possibile bene giuridico tutelato dal divieto, quale la dignità della donna intesa nel suo senso oggettivo. Per il resto, invece, si farà riferimento ad alcuni testi dottrinali, articoli e libri, che si sono occupati del tema prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004.

Il capitolo secondo, nello specifico, ricostruisce due vicende giurisprudenziali italiane, iniziate rispettivamente nel 2016 e nel 2018, entrambe culminate in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. I due casi si presentano molto simili: in entrambi una coppia formata da due uomini, cittadini italiani, ricorre alla surrogazione di maternità in Canada, dove è consentita nella sua forma altruistica, e, dopo la nascita dei bambini, richiede all'autorità giudiziaria canadese il rilascio di un provvedimento attestante il rapporto di filiazione che lega i minori ad entrambi i committenti; quest'ultimi, tornati in Italia, richiedono la trascrizione del provvedimento, ottenendo, tuttavia, un rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile. Il *focus* delle decisioni oggetto d'esame riguarda lo *status filiationis* del minore nato attraverso surrogazione di maternità al di fuori del territorio italiano: mentre risulta ormai pacifico il riconoscimento del rapporto di filiazione, accertato all'estero, tra il genitore committente biologico e il minore, è, invece, oggetto di discussione il riconoscimento del rapporto che lega il bambino al genitore intenzionale non biologico. In particolare, si ritiene che l'automatico riconoscimento di quest'ultimo, mediante la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziale straniero, sia ostacolato dalla natura del divieto di surrogazione che, dati i valori fondamentali da esso tutelati, costituirebbe una norma di ordine pubblico. Analizzando il percorso che ha portato all'emanazione delle sentenze n. 12193 del 2019 e n. 38162 del 2022², si andrà a ricostruire l'*iter* logico che la Corte di legittimità ha seguito per arrivare ad una soluzione che permetta di bilanciare l'interesse del minore alla conservazione e alla stabilità del suo *status* con la finalità di dissuadere dal ricorso alla pratica della maternità surrogata perseguita dall'ordinamento italiano. Tra le varie questioni, si riporteranno, inoltre, le riflessioni svolte dalla Corte sulla dignità della donna come bene tutelato dal divieto e sulla possibile qualificazione di quest'ultimo come limite di ordine pubblico tale da ostacolare la trascrizione di un provvedimento straniero.

² La prima vicenda parte da un'ordinanza della Corte d'Appello di Trento, del 23 febbraio 2017, e si conclude con la sentenza delle Sezioni Unite del 2019. La seconda, invece, inizia con un'ordinanza della Corte d'Appello di Venezia del 16 luglio 2018, seguita, dopo il ricorso in Cassazione, da un'ordinanza, la n. 8325 del 29 aprile 2020, con cui la Prima Sezione della Corte di Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, all'art. 18 del d.P.R. del 2000, n. 396, e all'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 218 del 1995, in quanto ritiene dubbia la compatibilità costituzionale di tali norme a fronte dell'interpretazione fornita dalle S.U. nel maggio 2019 e per un sopravvenuto parere consultivo emesso dalla Grande Camera della Corte EDU nell'aprile 2019. A seguito della dichiarazione di inammissibilità delle questioni da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 33 del 9 marzo 2021), il caso torna alla Prima Sezione della Cassazione che, con l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, rimette la questione alle Sezioni Unite.

Il terzo capitolo, invece, è incentrato sull'esame delle conseguenze penali della surrogazione di maternità realizzata all'estero. Interessante è, in verità, la poca rilevanza che la fattispecie del sesto comma dell'art. 12 assume in queste vicende³, in cui emergono più spesso altri capi di imputazione per le coppie committenti. I processi penali instaurati a seguito della realizzazione di pratiche di maternità surrogata all'estero, infatti, vertono principalmente sulle dichiarazioni che le coppie fanno in relazione allo *status* del minore. Dopo la nascita, il minore viene registrato presso le autorità locali come figlio di entrambi i genitori committenti, che procedono poi a richiedere la trasmissione dell'atto di nascita all'ufficiale di stato civile italiano, per essere riconosciuti come genitori del bambino anche in Italia. Nell'ambito di questo procedimento, i committenti forniscono attestazioni e rilasciano dichiarazioni inerenti alle modalità in cui il bambino è venuto al mondo o circa la natura dei rapporti che li legano a quest'ultimo: sono queste le condotte contestate nei casi che verranno affrontati⁴, che vagliano la possibilità di ritenere concretizzate le fattispecie di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, co. 2, c.p. o delle falsità personali di cui agli artt. 495 e 496 c.p.

Come già anticipato, la fattispecie della surrogazione di maternità non trova invece particolare fortuna a livello giurisprudenziale, in quanto la formulazione della norma sembra imporre un forte collegamento tra le condotte descritte e il territorio dello Stato, richiedendo l'intera consumazione del reato sul suolo italiano. A fronte dell'insussistenza, nei casi di specie, delle condizioni di procedibilità previste dal Codice penale per i reati comuni commessi dal cittadino all'estero, inoltre, mancano le basi per poter perseguire le condotte dei committenti che ricorrono alla surrogazione in un Paese straniero. L'ultimo paragrafo del capitolo, quindi, fornisce una breve analisi della proposta di legge Varchi, al momento discussa in Senato dopo aver ricevuto l'approvazione della Camera dei deputati, che ha individuato una possibile soluzione per far fronte all'inutilizzabilità del divieto dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40, in riferimento alle vicende di turismo

³ Nelle cinque sentenze della Corte di Cassazione analizzate nel terzo capitolo, solo due – la n. 13525 del 5 aprile 2016 e la n. 5198 del 10 febbraio 2021 – annoverano tra i capi d'imputazione anche il delitto previsto dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004. In particolare, come già detto, la n. 5198 del 10 febbraio 2021 procede ad un'effettiva ricostruzione della fattispecie della surrogazione di maternità, offrendo interessanti spunti sulla qualificazione della condotta della realizzazione.

⁴ Si considereranno le seguenti sentenze: la n. 8060 del 26 febbraio 2016, la già citata n. 13525 del 5 aprile 2016, la sentenza n. 48696 del 17 novembre 2016 n. 48696 e quella 10 novembre 2020, n. 31409. Queste pronunce costituiscono le più recenti decisioni della Corte di Cassazione penale in tema di maternità surrogata.

procreativo. Il disegno di legge propone, infatti, di estendere la portata del divieto italiano anche alle condotte poste in essere dal cittadino all'estero, eliminando la necessità di condizioni ulteriori per procedere, in modo da restituire efficacia alla norma penale. In questa sede, si rifletterà sull'effettiva esigenza di questa specifica modifica della disciplina vigente e sulla sussistenza di aspetti della disciplina che la proposta avrebbe dovuto prioritariamente considerare, come, ad esempio, una definizione più precisa dei termini della fattispecie.

L'ultima parte dell'elaborato, il quarto capitolo, si spinge oltre le frontiere nazionali, per dare uno sguardo ad altre discipline della maternità surrogata e offrirne, anche se in maniera circoscritta, una visione comparatistica. I primi paragrafi cercano di ricostruire brevemente le discipline tedesca, spagnola e francese, che, come quella italiana, scelgono di vietare questa pratica in ogni sua forma. Sebbene il risultato finale sia lo stesso – il divieto assoluto di maternità surrogata – questi tre ordinamenti ci arrivano con soluzioni diverse da quella adottata dal legislatore italiano, sia in termini di specifica previsione normativa, sia in riferimento alla gestione e al trattamento del fenomeno del turismo procreativo.

Nella seconda parte del capitolo, invece, si prendono in considerazione due esempi di normative straniere, nello specifico lo *Human Fertilization and Embryology Act* e il *Surrogacy Arrangements Act* del Regno Unito e la disciplina contenuta nel *California Family Code* dello Stato della California, che adottano un approccio contrario a quello italiano in tema di maternità surrogata. Entrambi gli Stati, infatti, consentono lo svolgimento di questa pratica: l'ordinamento californiano sia nella sua forma commerciale, che in quella altruistica, mentre quello inglese solo nella seconda. Il breve esame delle due discipline si propone l'obiettivo di individuare alcune criticità di ciascuna per verificare se un trattamento diverso della maternità surrogata possa far fronte ai problemi riscontrati dall'ordinamento italiano, o se comporti l'insorgere di ulteriori peculiari questioni.

Utilizzando questo metodo e questa divisione l'elaborato individua e ricostruisce alcuni aspetti della maternità surrogata che hanno, sul piano giuridico, sia penale, che civile, dato origine ad accesi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza.

Lungi dall'entrare nel merito di una riflessione di tipo etico, in una materia che, data la particolare delicatezza tematica, richiede più che mai la valutazione discrezionale del

legislatore, in questa sede non si cercherà di determinare se il divieto è giusto, ma se trova giustificazione su un piano prettamente giuridico.

IL DELITTO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

1. La maternità surrogata

La maternità surrogata, anche detta surrogazione di maternità, maternità per sostituzione o gestazione per altri⁵, viene definita come la pratica procreativa in base a cui una donna, la “madre surrogata”, si impegna a condurre a termine una gravidanza per conto di altri e a consegnare il bambino dopo la nascita ai c.d. “genitori committenti” o “genitori intenzionali”. La surrogata non potrà vantare alcun tipo di pretesa o diritto nei confronti del neonato o della coppia, salvo il pagamento del compenso concordato o del rimborso spese. La surrogazione può essere, infatti, di tipo commerciale, nel caso in cui nell’accordo di surrogazione sia pattuito un compenso per la madre surrogata, o di tipo solidaristico nel caso questa agisca a titolo gratuito, ricevendo tuttavia il rimborso delle spese mediche sostenute⁶.

Esistono varie forme di surrogazione che si possono schematizzare così:

- la surrogazione del solo utero viene detta surrogazione totale o gestazionale nei casi in cui l’ovocita prodotto dalla committente viene fecondato in vitro dallo spermatozoo del marito e impiantato nell’utero della madre surrogata, realizzando una fecondazione artificiale omologa;
- la surrogazione contestuale di utero ed ovocita è detta surrogazione parziale o tradizionale quando è attuata con una fecondazione artificiale eterologa, procedura attraverso cui si impianta nell’utero della surrogata un ovocita da lei prodotto e fecondato dallo spermatozoo del padre committente⁷.

⁵ Per FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, Padova, 2017, pag. 352, l’uso del termine “gestazione per altri” pone il *focus* sul concetto di gestazione, non necessariamente correlato a quello di maternità, evitando la dimensione giuridica che attribuisce il titolo di madre a chi partorisce il bambino; secondo LUZZI C., *Dall’aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio del corpo femminile*, in *Ragion Pratica*, II, 2019, pag. 374, sono preferibili le espressioni che includono il termine “maternità”, in quanto, in assenza di un coinvolgimento del corpo e dell’esperienza della surrogata, non ci sarebbe un figlio sul cui interesse interrogarsi, e il termine “surrogazione”, che indica l’effettiva sostituzione nella relazione materna con il nato da parte dei c.d. genitori intenzionali.

⁶ VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, pag. 139, utilizza l’espressione “locazione di utero” nel caso di surrogazione a titolo oneroso e “prestito di utero” nel caso di surrogazione a titolo gratuito.

⁷ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 353.

Nel caso di surrogazione del solo ovocita, invece, l'ovocita prodotto dalla surrogata viene fecondato dallo spermatozoo del padre committente e impiantato nell'utero della madre committente per cui non si parla di surrogazione di maternità, ma di semplice ovodonazione. La surrogazione presuppone, infatti, lo svolgimento di una gravidanza per altri con la conseguente consegna del bambino dopo la nascita; in caso di ovodonazione, invece, la committente si vede impiantato l'ovulo fecondato per portare a termine la gestazione per interesse proprio e per tenere il nato, senza che la donatrice venga coinvolta nel processo di maternità e gestazione, limitando il suo apporto, quindi, ad una condivisione del suo patrimonio genetico con il neonato⁸.

In entrambi i casi, la maternità surrogata si realizza con una pratica di fecondazione artificiale: si parla di fecondazione in vivo nel caso in cui l'incontro tra i gameti dei genitori sia intracorporeo e non costretto, ipotesi che si realizza con l'introduzione meccanica del liquido seminale maschile nell'apparato genitale femminile⁹; si ha, invece, una fecondazione in vitro¹⁰ nel caso in cui l'incontro avvenga in provetta e l'embrione formatosi sia in seguito trasferito nell'utero della gestante.

L'introduzione delle tecniche di fecondazione artificiale nel corso del Novecento ha sicuramente superato un primo problema legato alla surrogazione di maternità: lo scoglio etico e morale legato alla necessità di un rapporto sessuale con soggetti terzi esterni alla coppia¹¹. Al contempo, ha aperto le frontiere alla possibilità di separazione tra "titoli" di maternità, introducendo a fianco al modello tradizionale, secondo cui la madre del bambino è colei che lo partorisce, una nuova pretesa di maternità per la committente che vanta nei confronti del nato la volontà di essergli genitrice, il desiderio socialmente riconosciuto di sperimentare la maternità e, talvolta, anche un legame genetico che alla surrogata manca.

Si tratta di un aspetto delicato che lascia spazio a controversie a cui non c'è un'univoca soluzione giuridica che permetta di stabilire quale pretesa debba prevalere nel caso in cui

⁸ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, pag. 4.

⁹ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 3.

¹⁰ In inglese *In Vitro Fertilization Embryo Transfer* (F.I.V.E.T.) ossia la tecnica con cui si aspira l'ovocita dall'ovaio della paziente immediatamente prima dell'ovulazione per metterlo a contatto con il liquido seminale in provetta: la fecondazione avviene entro ventiquattro ore e nei due o cinque giorni successivi gli embrioni formati vengono trasferiti nell'utero della gestante. FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 3.

¹¹ ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, III, 2000, pag. 194.

il contratto di surrogazione non venga eseguito e la surrogata decida di tenere per sé il neonato.

Oltre a ciò, la pratica della surrogazione va ad incidere su principi fondamentali tutelati dal nostro ordinamento e da quello internazionale, principi del rispetto della persona e di non commercializzazione del corpo umano che vedono coinvolti non solo la madre surrogata, ma anche il minore che da queste pratiche nasce, soggetto debole per eccellenza.

Di fronte a queste problematiche, gli ordinamenti statali hanno optato per tre soluzioni diverse: un primo gruppo va a vietare la maternità surrogata *in toto* per tutelare l'ordine pubblico, finendo in alcuni casi anche per non riconoscere gli atti di nascita di nati da surrogazione in Paese estero (tra questi Italia, Germania, Francia e Spagna); un secondo gruppo di ordinamenti sceglie di vietare solamente la surrogazione commerciale, quella che prevede un corrispettivo per la surrogata, ammettendo, invece, la surrogazione solidale con la previsione del solo rimborso spese (Australia, Israele, Grecia, Ucraina e Regno Unito); infine, pochi Paesi scelgono di permettere entrambe le forme di surrogazione, sia commerciale che solidale (rientrano in questo gruppo Russia e India).

2. Il regime giuridico precedente alla legge n. 40 del 2004

Nell'ordinamento italiano la surrogazione di maternità è vietata e penalmente sanzionata dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, intitolata "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"¹², legge che, dopo un ventennio di dibattiti e attività legislativa, va a colmare un vuoto normativo che per anni ha lasciato un eccessivo e rischioso spazio all'autonomia dei privati. In assenza di una normativa specifica, infatti, si accedeva liberamente alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, senza poter godere di quel sistema di garanzie sanitarie e legali che il legislatore introduce nel 2004 e che cerca di tutelare i soggetti coinvolti, a partire dal concepito, figura che assume un ruolo centrale nelle pratiche di P.M.A.¹³ e che, allo stesso tempo, risulta essere il soggetto più debole coinvolto¹⁴.

¹² Legge del 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U.* 24 febbraio 2004, n. 45.

¹³ L'acronimo sta per procreazione medicalmente assistita.

¹⁴ A parere di FERRATO A., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in ZATTI P. et al., *Trattato di diritto di famiglia: le riforme 2012-2018*, Milano, 2019, pag. 338, l'embrione prima e il concepito poi, soprattutto nelle pratiche di fecondazione artificiale in

Per quanto riguarda la maternità surrogata, precedentemente all'entrata in vigore del divieto penale sopracitato, in Italia veniva realizzata tramite un *escamotage* che sfruttava alcune previsioni civilistiche per assicurare il riconoscimento della genitorialità in capo alla coppia committente: alla nascita del bambino, la gestante richiedeva di non dichiarare la propria maternità¹⁵, il padre committente procedeva al riconoscimento del figlio, all'epoca considerato "naturale", e seguiva, infine, una richiesta di adozione speciale da parte della moglie ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b, della legge n. 184 del 4 marzo 1983¹⁶, recante la disciplina dell'adozione in casi particolari.

2.1. La giurisprudenza civile

Di fronte a queste pratiche, la giurisprudenza civile tendenzialmente si pronunciava nel senso della nullità degli accordi stipulati tra la surrogata e la coppia committente, anche se non mancano le sentenze che risolvono la controversia nel verso opposto.

La sentenza del 27 ottobre 1989 del Tribunale di Monza¹⁷, prima italiana in materia di maternità surrogata¹⁸, decide in merito ad un contratto di surrogazione commerciale: i genitori committenti chiedono al giudice la condanna della madre surrogata, donna immigrata di nazionalità algerina, all'esecuzione della prestazione pattuita, dopo che, al termine della gestazione portata avanti a favore della coppia, la donna si rifiuta di consegnare la bambina, nata da inseminazione artificiale con l'utilizzo del seme del coniuge committente.

Il Tribunale risolve la controversia rimanendo su un piano meramente contrattuale, ritenendo che la soluzione adottata debba prescindere dalle questioni che emergono dall'utilizzo delle pratiche di procreazione medicalmente assistita e dalle diverse forme di genitorialità che queste generano, anche se questo appare un approccio non condivisibile: si rende necessaria, ai fini della comprensione e soluzione dei rapporti

vitro, sono i soggetti più esposti ad aggressioni esterne in quanto non godono dello scudo materno che gli offre protezione.

¹⁵ Art. 30, co. 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, co. 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.*

¹⁶ Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, in *G.U.* 17 maggio 1983, n. 133.

¹⁷ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 1990, pag. 1126; con nota di PALMIERI G., *Maternità "surrogata": La prima pronuncia italiana*, 1126.

¹⁸ La sentenza del Tribunale di Monza è la prima in materia di surrogazione di maternità, ma era già stata preceduta negli anni Cinquanta da sentenze in materia di inseminazione artificiale, in particolare in materia di fecondazione eterologa in relazione al reato di adulterio.

generati a seguito dell'accordo di surrogazione, un'interpretazione delle norme in materia di diritto di famiglia, soprattutto di filiazione, oltre che quelle enunciative i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti¹⁹.

Del resto, la peculiarità della domanda attorea sta nell'irrilevanza che viene data al rapporto di filiazione "naturale" tra la bambina e il padre committente che ha prestato il suo materiale genetico per la fecondazione. I genitori committenti, nel chiedere la condanna all'esecuzione della prestazione pattuita, infatti, sottolineano come la prestazione debba essere eseguita a prescindere dall'esistenza o meno dal rapporto di paternità che intercorre tra l'attore, il padre committente, e la minore nata da surrogazione. Secondo il giudice, invero, l'esistenza o meno del rapporto di filiazione incide sulla qualificazione della fattispecie perché in sua assenza si potrebbe configurare una "vendita obbligatoria" del minore, mentre nel caso di sussistenza del rapporto di filiazione, di fatto, si avrebbe un'ipotesi di generazione al di fuori del matrimonio da parte di surrogata e padre committente. In questo secondo caso, la presenza di una precedente contrattazione tra committenti e surrogata per l'esclusione di qualsivoglia rapporto parentale tra quest'ultima e la bambina, configurerebbe un "acquisto convenzionale della potestà sul minore, priva di qualsiasi fondamento biologico"²⁰.

A che soluzione arriva la sentenza? La sentenza, *in primis*, definisce l'accordo di surrogazione come un contratto atipico, individuando l'elemento patrimoniale nella commercializzazione di un'operazione che ha come finalità la nascita del minore²¹. Riconducendo l'accordo alla fattispecie del contratto atipico, ai sensi dell'art. 1322 comma secondo c.c., è necessario effettuare una valutazione circa la meritevolezza degli interessi che il contratto mira a realizzare: secondo il giudice, almeno in caso di prestazione gratuita, il contratto potrebbe rispettare la previsione dell'art. 1322, co. 2, in quanto volto a procurare ai coniugi una discendenza e a realizzare la procreazione, considerata uno degli scopi naturali della famiglia. Nell'ambito dell'accordo di surrogazione, l'interesse dei committenti alla realizzazione della procreazione viene messo a confronto con l'interesse del nascituro che diviene oggetto dell'accordo e va

¹⁹ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 121.

²⁰ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit., pag. 1126.

²¹ Secondo CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 171, l'accordo di surrogazione non può essere definito contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c. in quanto non assume natura patrimoniale, motivo per cui non ha nemmeno senso il richiamo all'art. 1322, co. 2, c.c. che disciplina i contratti atipici.

quindi tutelato: se è vero che la Costituzione non prevede espressamente una tutela del nascituro, che quindi non è tale da prevalere necessariamente su altri valori costituzionali che entrano in gioco nella fattispecie concreta²², è anche vero che allo stesso modo la Costituzione non riconosce la procreazione come un diritto assoluto e incondizionato²³. Il desiderio di genitorialità dei committenti e il loro diritto alla procreazione, quindi, sembra poter fare un passo indietro quando messo di fronte al altri valori riconosciuti dall'ordinamento italiano: il diritto del minore a crescere, essere educato e mantenuto nella famiglia d'origine, quella biologica, e di avere una famiglia sostitutiva solo nel caso in cui la prima sia oggettivamente incapace o inadeguata a crescerlo o ancora il diritto del minore ad avere un unico *status filiationis*.

Nonostante sia definibile di per sé lecito da un punto di vista finalistico, il contratto viene, invece, ritenuto censurabile per quanto attiene alle prestazioni dedotte in obbligazione e gli effetti di queste, che non permettono di salvarlo. Il giudice, infatti, ritiene il contratto di surrogazione nullo ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, e 1346 c.c. per mancato rispetto dei requisiti di possibilità e liceità dell'oggetto. Le parti del corpo, nel caso di specie i gameti e gli organi riproduttivi, infatti, non possono essere oggetto di un atto di autonomia privata, in quanto il soggetto ha su di essere un diritto personale e non patrimoniale²⁴. Anche quando l'atto di disposizione delle stesse sia rispettoso dell'art. 5 c.c., non va ad integrare un contratto o un altro negozio giuridico, ma un mero atto di volontà, lecito in quanto sempre revocabile.

La sentenza affronta, tra l'altro, anche il tema della corrispondenza dell'atto di disposizione all'art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo "quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti

²² FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere, cit.*, pag. 54 e 57.

²³ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *cit.*, pag. 1127. CORTI I., *La maternità per sostituzione, cit.*, pag. 82, richiama un'autorevole dottrina che, invece, sostiene che il diritto alla procreazione sia annoverabile tra quei diritti fondamentali tutelati dall'art. 2, sostenendo che non sia necessario un richiamo espresso da parte della Costituzione per la qualificazione di un diritto inviolabile: tale definizione si può estendere a tutti quei diritti che nella Costituzione "trovano un punto di riferimento e inferiscono strettamente all'individuo in quanto persona". Risulta, inoltre, difficile non includere il diritto di procreazione tra quelli fondamentali anche in luce degli artt. 29, 30, 31 Cost. che tutelano la famiglia e la filiazione, poiché senza la procreazione non ci sarebbero nemmeno i figli e la famiglia che si vuole tutelare (l'Autrice cita poi anche l'art. 13 Cost. che garantisce la libertà personale dei soggetti). Secondo Corti non ci sarebbe motivo per distinguere l'esercizio del diritto di procreazione naturale e quello di procreazione assistita, che allo stesso modo dovrebbe essere considerato diritto fondamentale annoverato tra i diritti attinenti al libero svolgimento della personalità dell'individuo.

²⁴ CORTI I., *La maternità per sostituzione, cit.*, pag. 118.

contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". In merito, il giudice rileva che l'atto di disposizione in questione, sebbene non determini una diminuzione permanente dell'integrità fisica della surrogata, risulta contrario alla legge e non sembra ammissibile nemmeno in relazione alle nozioni di ordine pubblico e di buon costume. Partendo dal requisito di non contrarietà alla legge, infatti, se, oltre allo svolgimento della gravidanza, l'accordo di surrogazione prevede appunto la cessione del bambino, coinvolgendo nell'atto di disposizione del corpo della donna anche il neonato, si ritengono violati i principi contenuti agli articoli 2, 29, 30 e 31 della Costituzione e le norme in materia di filiazione, famiglia e adozione²⁵. Anche dal punto di vista dell'ordine pubblico e del buon costume l'atto di disposizione non sembra rispettare la previsione di cui all'art. 5 c.c. Le clausole di ordine pubblico e di buon costume sono clausole lasciate volontariamente aperte dal legislatore in modo da permettere loro di adattarsi al cambiamento che il "sentire sociale" della collettività subisce nel corso del tempo: l'ordine pubblico "pone dei limiti all'autonomia privata in funzione del rispetto dei valori fondamentali che stanno alla base dell'ordinamento giuridico, mentre la nozione di buon costume va relazionata alla morale e alla coscienza collettiva"²⁶. Ecco che la collettività sembra nutrire delle perplessità nei confronti delle pratiche di fecondazione artificiale di cui la surrogazione di maternità fa parte e, dunque, almeno per la maggioranza, l'atto di disposizione in questione non appare immediatamente conforme all'ordine pubblico e al buon costume²⁷.

²⁵ Si trattava di un orientamento consolidato anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004: la dottrina riteneva che la scissione tra gestazione, parto e maternità, che mette in crisi il principio "*mater semper certa est*", portasse ad una violazione delle disposizioni in materia di attribuzione della maternità, in particolare quelle contenute agli artt. 269, co. 3, 239 e 248 c.c., oltre che la disposizione dell'art. 567 c.p. SESTA M., *Filiazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto – agg. IV*, Milano, 2000, pag. 602, aggiunge che le norme citate fissano il principio secondo cui la maternità coincide con il parto per cui, anche chi sosteneva la liceità degli accordi di surrogazione, riteneva egualmente legittimo che la madre surrogata non rispettasse l'accordo, tenesse per sé il bambino e lo denunciasse come proprio.

²⁶ PALMIERI G., *Maternità "surrogata": La prima pronuncia italiana*, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 1990, pag. 1128.

²⁷ Con la sentenza n. 134 del 1985, la Corte costituzionale afferma che "il riconoscimento in sede legislativa del *favor veritatis* nel rapporto di filiazione è stato la conseguenza della evoluzione della coscienza collettiva sempre più sensibile a questo valore e una delle ragioni che inducono la Corte al riesame della questione è l'ulteriore evoluzione della coscienza collettiva nel senso della accordata preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione". Si dubita che dal 1985 al 1989, anno della sentenza del Tribunale di Monza, il sentire della maggioranza sociale sia cambiato in maniera radicale, aspetto che sembra confermato anche dalle difficoltà riscontrate in ambito di legislazione sulla inseminazione artificiale. PALMIERI G., *Maternità "surrogata": La prima pronuncia italiana*, cit., pag. 1128.

Il Tribunale afferma poi che la nullità del contratto può configurarsi anche per illiceità della causa *ex art. 1343 c.c.* qualora sia previsto un corrispettivo per la prestazione²⁸ e per frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* qualora si dimostrasse che il contratto è volto all'elusione delle norme in materia di adozione.

La valutazione negativa del contratto di surrogazione attuata dal Tribunale di Monza viene confermata anche da altre sentenze. Sia il Tribunale che la Corte di Appello di Salerno, rispettivamente con decreto del 15 novembre 1991 e con decreto del 25 febbraio 1992, ribadiscono la tesi sulla illiceità e nullità del contratto di surrogazione, anche se affrontano la questione in maniera solamente indiretta. Il caso di specie, infatti, verte sull'adozione di un minore nato da surrogazione a cui la coppia committente ha fatto ricorso per porre rimedio all'infertilità della moglie. In seguito all'accordo di surrogazione, si è proceduto alla fecondazione della surrogata con il seme del membro maschile della coppia committente e, al termine della gravidanza, la donna ha consegnato il bambino ai genitori committenti e il padre biologico ha proceduto al riconoscimento del neonato: a differenza della controversia affrontata nella sentenza monzese, in questo caso non si tratta di decidere quale delle pretese genitoriali debba prevalere, ma valutare la domanda di adozione da parte della moglie del padre committente²⁹.

Si discosta da questo orientamento, invece, il giudice del Tribunale minorile di Roma che, con decreto del 31 marzo 1992, nel valutare una domanda di accertamento della veridicità del riconoscimento di una bambina nata da surrogazione da parte del padre "naturale", afferma che la surrogazione utilizzata non è vietata dal diritto vigente e, quindi, le parti si sono limitate a "riempire un vuoto normativo non colmabile in via interpretativa"³⁰. L'obiettivo della pronuncia è quello di realizzare la migliore soluzione possibile per la bambina, indipendentemente dalle scelte procreative poste in essere dalla coppia

²⁸ La sentenza non distingue tra surrogazione a titolo oneroso e surrogazione a titolo gratuito, ma individua nell'onerosità della prestazione solo un motivo ulteriore di invalidità.

²⁹ Ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b, della legge n. 184 del 1983. CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 211 e ss., ritiene che l'adozione in casi particolari sia utilizzabile sia nel caso in cui la committente sia legata geneticamente al nato, sia che non lo sia; altra soluzione percorribile, nel solo caso in cui la madre committente sia anche madre genetica del bambino nato da surrogazione, secondo l'Autrice, sarebbe l'esperimento dell'azione di reclamo con la prova del legame genetico col figlio (l'art. 269, che al terzo comma prevede che "la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre", non ostacolerebbe questa possibilità in quanto norma sulla prova della maternità e non sull'identificazione della maternità).

³⁰ Trib. minorile di Roma, decr. 31 marzo 1992, in *Diritto di famiglia e delle persone*, I-II, 1993, pag. 188.

committente e, allo stesso tempo, finisce per riconoscere la liceità dell'accordo di surrogazione. Dato il vuoto di legge in materia, il giudice non ritiene di poter sindacare sulle modalità e sulle circostanze in cui l'accordo è stato concluso, utilizzando, invece, il principio del migliore interesse del minore per risolvere la controversia. Sembra esserci qui una maggiore apertura da parte del giudice alle nuove realtà procreative, al contempo lasciando spazio al rispetto delle scelte dei genitori committenti senza diminuire la tutela prevista per il nato³¹.

Questo atteggiamento di apertura è rinvenibile anche nell'ordinanza del 17 febbraio 2000 del Tribunale di Roma³². Anche qui la fattispecie si presenta diversa rispetto al caso di Monza, in quanto si discute sull'attuazione della surrogazione intesa come pratica procreativa e non dell'attribuzione della potestà genitoriale e del rapporto di filiazione³³. Nel caso di specie, due coniugi non possono avere figli a causa di una malattia da cui è affetta la moglie, malattia che, comportando una malformazione del suo apparato riproduttivo, non le impedisce di produrre ovociti da sé, ma non le permette di portare a termine una gravidanza. La coppia si rivolge ad una clinica specializzata che, esclusa la possibilità di compiere interventi chirurgici correttivi, opta per la surrogazione e procede alla fecondazione in vitro dei gameti dei coniugi per poi crioconservare gli embrioni ottenuti in attesa di trovare una madre surrogata. Quattro anni dopo un'amica della coppia si propone come surrogata per mero spirito di solidarietà e amicizia, ma il medico che si era prima impegnato ad eseguire la pratica, si rifiuta in luce dell'entrata in vigore del Codice di Deontologia medica che all'art. 42 vieta ai medici l'esecuzione di "forme di maternità surrogata"³⁴. La coppia chiede, quindi, al giudice un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere l'adempimento della prestazione da parte del medico, temendo i pregiudizi che il passaggio del tempo avrebbe potuto arrecare agli embrioni

³¹ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 123.

³² Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, II, 2000, pag. 594, con nota di FINESCHI V., FRATI P., TURILLAZZI E., *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, pag. 603.

³³ È diversa anche la tipologia di surrogazione di cui si discute perché in questo caso la surrogazione è totale, cioè posta in essere impiantando nell'utero della surrogata un embrione fecondato coi gameti dei genitori committenti, ed è una surrogazione a titolo gratuito in cui la surrogata accetta di portare a termine la gravidanza per mero spirito di liberalità; nel caso della sentenza di Monza e dei due decreti di Salerno, invece, la surrogazione è parziale, una surrogazione di utero e di ovuli, e la surrogata ha ricevuto un corrispettivo per la sua prestazione.

³⁴ Il Codice di Deontologia medica del 1998 rappresentava uno dei testi normativi a cui la giurisprudenza si aggrappava per disciplinare la materia delle pratiche di procreazione medicalmente assistita prima dell'entrata in vigore della legge n. 40. FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 218.

crioconservati e, di conseguenza, alla possibile riuscita dell'eventuale pratica di surrogazione.

Anche in questo caso, il giudice qualifica il contratto di surrogazione come un contratto atipico ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c., e valuta positivamente la meritevolezza degli interessi che questo vuole perseguire. Come già detto nella sentenza del 1989, il contratto mira a realizzare il desiderio di genitorialità dei committenti, espressione di un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito in quanto uno degli scopi naturali della famiglia; secondo il giudice romano, il contratto è volto poi alla salvaguardia dell'embrione e va, quindi, a permettere una tutela della vita umana fin dal suo principio.

Nell'ordinanza si discute circa la natura dell'atto di disposizione posto in essere dalla madre surrogata che mette a disposizione il suo utero per la realizzazione del desiderio di genitorialità altrui e, in ultima analisi, non lo si considera contrario all'art. 5 c.c. Coordinando la disposizione dell'art. 5 con le previsioni costituzionali degli artt. 2, 3, co. 2, 32 e 13 Cost., infatti, l'uso del corpo diventa espressione di una libertà funzionale allo sviluppo della personalità dell'individuo³⁵, una libertà di autodeterminazione nelle scelte personali ed esistenziali che assurge a valore di portata costituzionale e che può essere limitato solo per la tutela di altri valori della medesima importanza. Nel caso di specie, *in primis*, non sussiste una diminuzione permanente dell'integrità fisica della persona ad opera della gravidanza se svolta nel rispetto delle condizioni di salute della madre surrogata. Tra l'altro, la legge italiana prevede la possibilità di donazione definitiva di organi tra vivi, motivo per cui sarebbe difficile escludere la liceità di un "prestito" temporaneo di utero svolto sotto il controllo medico³⁶. Non sarebbe presente nemmeno una contrarietà della pratica all'ordine pubblico o al buon costume, in quanto la condotta della surrogata realizza, almeno in caso di surrogazione altruistica, il principio di solidarietà sancito all'art. 2 Cost.³⁷ e porta ad una valutazione positiva circa la realizzazione di interessi meritevoli di tutela da parte del contratto.

³⁵ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 186.

³⁶ Il giudice aggiunge che la liceità dell'atto di disposizione dell'utero viene avvalorata anche dal fatto che, sebbene la procreazione non sia necessaria per assicurare la salute dell'individuo, non si può escludere che il desiderio di procreare che rimane inappagato possa comportare "squilibri psichici dai risvolti patologici". Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, cit., pag. 598.

³⁷ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 196.

La tesi sostenuta dal Tribunale di Roma in merito all'art. 5, in verità, non sembra essere condivisa dall'orientamento maggioritario in dottrina che vede l'atto di disposizione dell'utero da parte della surrogata entrare in contrasto con la norma in questione. Oltre a riconoscere la contrarietà alla legge dell'atto, così come individuata dal Tribunale di Monza, la dottrina ritiene che lo stesso non sia rispettoso nemmeno degli altri due requisiti previsti dall'art. 5 c.c. Quanto alle clausole di ordine pubblico e buon costume, infatti, diversi sono stati i pareri negativi espressi nel corso degli anni Novanta in merito alla maternità surrogata, che è stata giudicata moralmente illecita o comunque non auspicabile³⁸, giudizi poi confermati nei vari disegni di legge proposti in Italia che hanno sanzionato la pratica sia a livello civile che penale. Secondo la concezione per cui questi due concetti fungono da limiti all'agire del cittadino senza necessità di una espressa previsione giuridica che li formalizzi³⁹, la maternità surrogata non sembrerebbe rispettare i principi etici comunemente accettati dalla collettività e quindi soddisfare i requisiti dell'art. 5 c.c. Anche adottando un'interpretazione più restrittiva dei concetti di ordine pubblico e buon costume, tuttavia, la pratica della surrogazione di maternità entrerebbe in contrasto con previsioni espressamente enunciate dal legislatore in materia di accertamento della maternità e di adozione, facendo comunque dubitare di una possibile corrispondenza dell'atto di disposizione del proprio corpo da parte della madre surrogata ai presupposti dell'art. 5.

Altro tema affrontato dall'ordinanza è quello della indisponibilità degli *status*. Mentre nella sentenza del 27 ottobre 1989 il Tribunale di Monza ritiene presente un contrasto tra l'accordo di surrogazione e il principio di indisponibilità degli *status* che non possono essere oggetto di contratto, il giudice romano valuta il problema estraneo alla fattispecie concreta. Si tratta in questo caso, infatti, di surrogazione totale in cui la madre surrogata si limita a portare a termine la gravidanza senza prestare alcun apporto genetico (l'embrione è quindi geneticamente estraneo alla madre). L'attribuzione della potestà genitoriale è collegata al fatto procreazione che va, tuttavia, inteso come comportamento umano volto alla procreazione secondo il comune e normale sentire sociale: questo non risulta presente nell'ipotesi di surrogazione totale quando sia assente la volontà di assunzione del ruolo da parte della surrogata.

³⁸ SESTA M., *Filiazione (diritto civile)*, cit., pag. 594.

³⁹ SESTA M., *Filiazione (diritto civile)*, cit., pag. 603.

In ogni caso, il giudice sottolinea come la disciplina in materia di *status* stia intraprendendo sempre più spesso delle soluzioni intermedie in cui si ammette il superamento dello schema formale di attribuzione dei rapporti familiari basati sul fatto procreativo. Ciò, tuttavia, si verifica quando, a seguito di controllo giurisdizionale, la famiglia biologica non risulta essere il luogo migliore per assicurare un adatto sviluppo alla personalità del minore⁴⁰. È necessario, quindi, che il giudice vada caso per caso a valutare la portata del principio di indisponibilità dello *status* che non appare più principio insormontabile.

In definitiva, il giudice romano accoglie la domanda attorea e autorizza l'impianto degli embrioni nell'utero della surrogata. Il contratto di surrogazione, infatti, viene considerato lecito: data la mancata previsione di un corrispettivo per la surrogata, si ritengono rispettati i requisiti che il c.c. prevede per l'oggetto e per la causa e, allo stesso modo, viene esclusa la frode alla legge poiché si ritiene che il contratto non sia diretto all'elusione della disciplina in materia di adozione o del principio di indisponibilità degli *status*.

2.2. *Risvolti penalistici*

Da un punto di vista penalistico, invece, la stessa sentenza del Tribunale di Monza afferma che "l'attribuzione consapevole della maternità del neonato ad una determinata donna diversa da colei che lo ha partorito integra l'ipotesi di reato della quale all'art. 567, comma 2 c.p."⁴¹, l'alterazione di stato mediante false dichiarazioni. Questa fattispecie, talvolta, viene affiancata da quella di affidamento illecito che trova collocazione nella legge n. 184 del 1983 in materia di adozione. La consegna del minore ad una coppia, individuata sulla base di un atto di volontà negoziale, in spregio alla procedura di adozione predisposta dall'ordinamento al fine di promuovere il migliore interesse del minore, potrebbe costituire, infatti, l'ipotesi prevista all'art. 71 della normativa sopracitata⁴². La norma sanziona al primo comma chiunque affida a terzi con carattere definitivo un minore e al quinto comma coloro che, consegnando o promettendo denaro od altra utilità a terzi, accolgono il minore in illecito affidamento con carattere di definitività.

⁴⁰ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, *cit.*, pag. 598.

⁴¹ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *cit.*

⁴² FARAONI A., *La maternità surrogata*, Milano, 2002, pag. 216.

2.3. Verso la legge n. 40 del 2004

Il dibattito in tema di procreazione medicalmente assistita inizia tra gli anni Cinquanta e gli anni Sessanta del Novecento, in relazione a dei primi casi giurisprudenziali in materia di inseminazione artificiale eterologa⁴³. Affiorano così i primi studi in materia e le prime proposte legislative, anche se bisogna attendere gli anni Ottanta per dei progetti più concreti, elaborati in seguito all'introduzione delle tecniche di fecondazione in vitro e alle prime nascite di bambini concepiti in provetta. In questo contesto si inserisce anche la sopracitata sentenza del Tribunale di Monza che trova fondamento nei disegni di legge allora proposti dalla commissione Santosuosso⁴⁴, in particolare nel secondo progetto intitolato "*Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti e embrioni*" che all'art. 34 proibisce qualunque tipo di contratto di maternità, sia stipulato a titolo gratuito, sia stipulato a titolo oneroso.

Alla luce dei risultati del lavoro della Commissione, vengono emanate: nel 1985 una circolare del Ministro della Sanità sui limiti e le condizioni di legittimità dei servizi di inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, circolare che offre una prima disciplina con efficacia, tuttavia, limitata alle strutture gestite dal S.S.N. o con esso convenzionate e non, invece, estendibile ai centri privati; nel 1987 e nel 1992 il Ministro della Sanità emana due circolari per la prevenzione della diffusione dell'HIV nell'ambito della fecondazione eterologa con la previsione di una serie di controlli preventivi per il donatore; nel 1997 seguono due ordinanze che vietano la commercializzazione e la pubblicizzazione della cessione di embrioni e gameti, da una parte, e pratiche di clonazione umana o animale, dall'altra; infine, nel 2001 viene emanata un'ordinanza che vieta l'importazione e l'esportazione di gameti ed embrioni umani.

Il susseguirsi di questi documenti amministrativi sottolinea l'urgenza avvertita di ricoprire la lacuna legislativa che rendeva legittime tutte le pratiche di inseminazione artificiale in assenza di una previsione normativa differente. Oltre al cosiddetto "*far west* procreativo"

⁴³ La prima sentenza viene emanata il 30 aprile 1956 dal Tribunale di Roma che accoglie la domanda di disconoscimento della paternità da parte del marito di una donna che si era sottoposta ad inseminazione artificiale eterologa.

⁴⁴ Commissione istituita dall'allora Ministro della Sanità con decreto del 31 ottobre 1984, presieduta da Fernando Santosuosso, che il 22 novembre 1985, oltre al sopracitato progetto di legge in materia di fecondazione artificiale eterologa, ne presenta un altro in materia di fecondazione artificiale omologa intitolato "*Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito*" che, invece, esclude assolutamente la fecondazione eterologa ammessa nell'altro testo.

causato dall'assenza di disciplina che non pone limiti alle attività dei privati, altro problema principale nell'ambito della P.M.A. è rappresentato dalla complessità e tecnicità della materia, che rallenta ulteriormente l'attività legislativa che già di per sé fa fatica a rimanere al passo col veloce progredire della ricerca scientifica⁴⁵.

A questo punto, dopo una serie di iniziative ministeriali rimaste senza seguito durante la XII legislatura, si arriva al vero e proprio dibattito in sede parlamentare. Il primo disegno di legge elaborato dalla Commissione Affari Sociali della Camera⁴⁶ nel 1997 e fortemente modificato dalla Camera prima di passare al vaglio del Senato, dove viene sostanzialmente riportato alla sua formulazione originaria, decade per la fine della legislatura. Questo primo progetto prevede l'accesso alla P.M.A. per le coppie di sesso diverso, coniugate o stabilmente conviventi, di età non superiore a cinquantadue anni; ammette la fecondazione eterologa con donazione di gameti volontaria, gratuita e anonima, vietando invece diverse pratiche tra cui la maternità surrogata; introduce la c.d. "adozione pre-natale" per salvaguardare gli embrioni congelati prima dell'entrata in vigore della legge e poi abbandonati dai genitori, permettendo la loro assegnazione a coppie che soddisfano i requisiti previsti per l'adozione. Viene seguito, quindi, da un altro progetto che riprende la riformulazione fatta dalla Camera dei deputati al precedente disegno di legge del '97⁴⁷, poi approvato nel 1999 a seguito dell'eliminazione dell'istituto dell'adozione pre-natale e di una revisione del sistema sanzionatorio. Il testo non subisce variazioni da parte del Senato e viene approvato l'11 dicembre 2003 e, in via definitiva, il 10 febbraio 2004. Il 19 febbraio 2004 viene promulgata la legge "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" che entra in vigore il 10 marzo 2004.

3. Il divieto di surrogazione di maternità nella legge n. 40 del 19 febbraio 2004

La legge 19 febbraio 2004, n. 40 contiene al capo V, integrato dal capo seguente a tutela dell'embrione, il regime sanzionatorio in cui possiamo individuare tre categorie di illecito⁴⁸: gli illeciti di concepimento sanzionano il fatto stesso di concepire

⁴⁵ CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, Torino, 2004, pag. 3.

⁴⁶ Il testo prende il nome di "*Testo Bolognesi*" dal nome dell'onorevole Marida Bolognesi che presiedeva la Commissione, poi sostituita dall'onorevole Alessandro Cè.

⁴⁷ Il testo vietava *in toto* la fecondazione artificiale eterologa che era, invece, ammessa in determinate forme nella formulazione "Bolognesi".

⁴⁸ VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali IX*, Milano, 2016, pag. 697.

artificialmente in presenza di determinate condizioni soggettive o oggettive; gli illeciti a tutela del concepito sanzionano condotte che ricadono sull'embrione già formato; gli illeciti a tutela di funzioni vanno, invece, a sanzionare trasgressioni della disciplina amministrativa del settore.

La maternità surrogata rientra tra gli illeciti di concepimento ed è disciplinata all'art. 12 comma sesto che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni⁴⁹ o la surrogazione di maternità.

Il legislatore italiano sceglie, dunque, di vietare in maniera assoluta la surrogazione di maternità, ma nel farlo introduce una fattispecie viziata di indeterminatezza. A partire dal concetto di maternità surrogata, elemento che come si è visto in precedenza si può articolare in molte ipotesi diverse, la norma non offre indicazioni chiare e precise sugli altri elementi costitutivi della fattispecie. Non viene, infatti, specificato il momento di perfezionamento della condotta e, a seconda del significato più o meno ampio che si attribuisce alle condotte stesse, si possono individuare diversi soggetti attivi del reato.

Si cercherà in questa sede di ricostruire la fattispecie del delitto di surrogazione di maternità.

3.1. Le condotte

L'art. 12 al sesto comma sanziona tre condotte ossia la realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

Partendo dalla condotta di realizzazione, già da un punto di vista etimologico si possono delimitare quali condotte rilevinano penalmente, in quanto "realizzare" significa in astratto "attuare", "avverare"⁵⁰. L'utilizzo del verbo realizzare all'interno del divieto fa

⁴⁹ L'art. 12, co. 6 punisce in maniera severa anche la commercializzazione di gameti e embrioni, sia nella sua forma di attività finale di commercializzazione vera e propria, ma anche nella forma di attività preparatorie come l'organizzazione e la pubblicizzazione, prevedendo una pena importante. Secondo CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., pag. 194, l'accostamento nella stessa disposizione della maternità surrogata e della commercializzazione di gameti e embrioni troverebbe giustificazione da un lato nella presunzione che sia prevedibile un compenso per la madre surrogata e dall'altro nella valutazione di una particolare gravità nel fenomeno di scissione della genitorialità a seguito delle due pratiche.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 2021, pag. 901; con nota di NAPPI A., *Surrogazione di maternità ed individuazione - nei tracciati della*

riferimento, dunque, alla concreta attuazione dell'accordo di surrogazione e delle prestazioni che questo prevede⁵¹. Si tratta, in particolare, dell'esecuzione delle prestazioni pattuite: non rileva, quindi, la stipulazione del mero accordo⁵², ma "l'attuazione del protocollo strettamente medico inserito in un programma di surrogazione che gli attribuisce valenza specifica"⁵³. A riprova di ciò, oltre al mero dato letterale, ossia l'utilizzo specificatamente del verbo "realizzare" piuttosto che di un termine come "stipulare", questa interpretazione sembra essere confermata anche dall'art. 12, co. 10 della stessa legge n. 40, che prevede la sospensione o la revoca dell'autorizzazione di svolgere interventi di procreazione medicalmente assistita per le strutture mediche presso cui viene eseguita la pratica vietata. La norma non specifica le pratiche a cui fa riferimento per cui non ci sono motivi per ritenerla inapplicabile in merito al divieto di maternità surrogata che appare, quindi, una pratica il cui disvalore si manifesta in fase di esecuzione⁵⁴.

Parlando di "realizzazione", inoltre, il legislatore sembra richiedere una condotta che va oltre la mera esecuzione del protocollo medico e che presenta la necessità di portarlo a compimento per il perfezionamento del reato: a parere di Vallini⁵⁵, la fattispecie criminosa si realizzerebbe con il trasferimento dell'embrione nell'utero della surrogata, nel caso sia utilizzata una tecnica di fecondazione extra-corporea, o con l'inseminazione, nel caso questa avvenga direttamente in vivo⁵⁶; secondo Rocchi⁵⁷, invece, portare a compimento il protocollo medico comprenderebbe anche lo svolgimento della gestazione con conseguente nascita del bambino e consegna di quest'ultimo ai genitori committenti⁵⁸.

prevedibilità - del locus commissi delicti: implicazioni teleologiche e profili critici di Corte Cass. N. 5198/2021, pag. 909.

⁵¹ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 144.

⁵² TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, III, 2021, pag. 1052, afferma che la sola stipulazione dell'accordo comporterebbe una frizione con il principio di materialità della condotta e definisce la fase dell'accordo come fase preparatoria.

⁵³ VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, cit., pag. 706.

⁵⁴ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 144.

⁵⁵ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 145.

⁵⁶ VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, cit., pag. 706, esclude dalla fattispecie le condotte successive come la consegna del nato, salvo che non costituiscano organizzazione o pubblicizzazione su larga scala.

⁵⁷ ROCCHI G., *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in BUCELLI A., *Produrre uomini*, Firenze, 2006, pag. 280.

⁵⁸ Di questo parere anche la Cass. pen., Sez. III, che nella sentenza n. 5198 del 10 febbraio 2021 conferma l'interpretazione della norma data nella sentenza del Tribunale di Pesaro impugnata.

A questo punto, si deve definire il confine delle condotte precedenti che vanno ad integrare la realizzazione della surrogazione di maternità. Come si è detto, la stipulazione dell'accordo si colloca in un momento preliminare rispetto alla condotta sanzionata, ma risulta essere necessaria per "orientare la pratica nel suo orientamento finalistico"⁵⁹ poiché, per considerare la vicenda procreativa come una sostituzione di maternità, è necessario che i soggetti interessati le abbiano di comune accordo attribuito quel determinato significato. L'accordo non sembra rilevare nemmeno in termini di tentativo, in quanto la configurabilità di quest'ultimo presuppone l'esecuzione di alcuni degli atti finalizzati alla definizione e allo svolgimento del protocollo di procreazione assistita e non il mero consenso dato dalle parti coinvolte all'avvio della pratica, da cui sarebbe difficile trarre un'effettiva idoneità alla realizzazione della pratica medica stessa⁶⁰.

Al fine di delimitare la rilevanza delle condotte antecedenti, si può citare la sentenza del 10 febbraio 2021, n. 5198, con cui la Corte di Cassazione, nel decidere circa una maternità surrogata compiuta da genitori committenti italiani in Ucraina, stabilisce quali delle condotte poste in essere si possono considerare parte della fattispecie della surrogazione di maternità⁶¹. Se il luogo di consumazione del reato viene facilmente identificato dal giudice come il luogo di nascita del neonato, più complessa è, invece, l'individuazione delle condotte rilevanti precedenti alla gestazione. Secondo la Cassazione, infatti, realizzano la maternità surrogata solo le condotte precedenti alla nascita "eziologicamente collegate ad essa e funzionali allo scopo"⁶², limitando in questo modo il contenuto della fattispecie tipica "entro i limiti della riconoscibilità della fattispecie e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie"⁶³.

Se corretto è il richiamo della prevedibilità da parte della Cassazione, che sottolinea la necessità di una norma penale sufficientemente chiara da permettere al cittadino di

⁵⁹ VALLINI, *Illecito concepimento, cit.*, pag. 144.

⁶⁰ VALLINI, *Illecito concepimento, cit.*, pag. 144, propone come esempio l'ipotesi in cui, dopo la fecondazione in vitro, l'embrione non può essere impiantato per ragioni indipendenti dalla volontà del medico.

⁶¹ Nel caso di specie la Corte deve decidere se la violazione del divieto di surrogazione di maternità è iniziata in Italia o se si è interamente realizzata all'estero e di conseguenza se il reato è perseguibile o meno ai sensi degli artt. 6 e 9 del c.p.

⁶² Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, *cit.*, nel caso di specie di esclude la rilevanza dei contatti iniziali che la coppia committente aveva avuto con la clinica ucraina in quanto prodromici a verificare la praticabilità della surrogazione in Ucraina e conoscere le modalità di svolgimento della pratica, condotte che non raggiungono la soglia di rilevanza penale perché "non ancora dimostrative della decisione di ricorrere a tale pratica".

⁶³ Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, *cit.*

conoscere, dalla lettura del testo legislativo, quali siano gli atti o le omissioni per cui gli viene attribuita la responsabilità penale, non è altrettanto corretta la valutazione che la Corte fa in merito alla fattispecie dell'art. 12 comma sesto⁶⁴. La Cassazione, infatti, non accoglie la ricostruzione della fattispecie fatta dalla Procura ricorrente che avrebbe esteso la condotta della realizzazione ad atti ben precedenti e successivi all'evento nascita⁶⁵, ma allo stesso tempo ritiene che la questione di legittimità dell'articolo sollevata dal ricorrente si debba considerare infondata in quanto l'interpretazione a cui è giunto il Tribunale di Pesaro, utilizzando gli strumenti ermeneutici, non viola i principi di tassatività e legalità⁶⁶.

Come si è visto fino ad ora, il concetto di “realizzazione della maternità surrogata” non è chiaro, preciso e determinato, ma anzi lascia spazio ad una molteplicità di interpretazioni e affievolisce la prevedibilità della condotta stessa.

Le altre due condotte sanzionate dall'art. 12, co. 6, sono l'organizzazione e la pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

L'organizzazione può essere definita come la coordinazione logistica dei mezzi, dei materiali e delle disponibilità umane per una più efficace attuazione di un protocollo di medicina riproduttiva attuativo di un progetto di maternità surrogata, mentre la pubblicizzazione come la promozione della pratica di surrogazione in modo da convincere potenziali interessati, senza la necessità di fornire un contributo logistico nelle fasi successive al parto⁶⁷.

Appare chiaro come le condotte di organizzazione e pubblicizzazione risultino cronologicamente e causalmente preliminari rispetto allo svolgimento della pratica di surrogazione, ma allo stesso tempo costituiscano condotte a sé stanti rispetto alla realizzazione, condotte che, al pari di quest'ultima, sono idonee ad integrare una fattispecie delittuosa e non, invece, un mero tentativo.

⁶⁴ NAPPI A., *Surrogazione di maternità ed individuazione - nei tracciati della prevedibilità - del locus commissi delicti: implicazioni teleologiche e profili critici di Corte Cass. N. 5198/2021*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 2021, pag. 911.

⁶⁵ Tra i motivi del ricorso si lamentava, infatti, un'erronea delimitazione della condotta delittuosa: secondo il ricorrente il momento iniziale della condotta corrisponde al momento di iniziativa dei committenti ossia la domanda iniziale che costituirebbe parte integrante del contratto, il pagamento da parte dei genitori committenti e la manifestazione di volontà dagli stessi più volte reiterata, atti che porterebbero a considerare la fattispecie criminosa come iniziata in Italia e perfezionata all'estero (caso in cui il reato sarebbe perseguibile in Italia senza necessità di rispettare le previsioni di cui all'art. 9 c.p.).

⁶⁶ Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, *cit.*

⁶⁷ VALLINI A., *Illecito concepimento*, *cit.*, pag. 146.

Ci si interroga, tuttavia, se sia necessario un disvalore supplementare per poterle distinguere da meri atti preparatori della realizzazione di maternità surrogata, quesito al quale alcuni rispondono positivamente. Parte della dottrina ritiene, infatti, che organizzazione e pubblicizzazione vadano intese “su larga scala”, cioè, debbano implicare la creazione e l’organizzazione di un sistema idoneo a realizzare una potenziale pluralità di maternità surrogate⁶⁸. Punti a carico e scarico di questa tesi sono rintracciabili da una lettura sistematica del testo dell’art. 12, co. 6, che affianca al divieto di surrogazione di maternità quello di commercializzazione di gameti e embrioni, fattispecie che implica concettualmente “atti lucrativi ripetuti ed estesi, di carattere imprenditoriale o para-imprenditoriale”⁶⁹. A favore di questa teoria fa propendere proprio l’accostamento nella stessa disposizione di queste due fattispecie, che va ad estendere le condotte di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione anche alla commercializzazione di gameti e embrioni, prevedendo per entrambe la stessa pena, che per una singola surrogazione di maternità risulterebbe estremamente pesante se posta a confronto con la sanzione meramente amministrativa prevista, invece, per il divieto di fecondazione eterologa⁷⁰. Un altro elemento a carico di questa tesi viene offerto da un dato meramente letterale ossia la sanzione che il divieto fa “della surrogazione di maternità”, apparentemente sanzionandola come pratica generale e non “di una surrogazione di maternità” intesa come svolgimento di una singola procedura di surrogazione⁷¹.

Chi si oppone a questo orientamento fa leva sulla clausola iniziale del sesto comma dell’art. 12 che punisce le condotte fin qui analizzate che vengano poste in essere “in qualsiasi forma”, formula che fa presupporre un sanzionamento generale di tali condotte, senza richiesta di rispettare requisiti quantitativi o qualitativi. Anche dal punto di vista qualitativo, infatti, le condotte di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione non sembrano dover soddisfare requisiti ulteriori: la norma punisce indiscriminatamente qualsiasi forma di surrogazione di maternità, sia essa compiuta a titolo oneroso con la

⁶⁸ VALLINI A., *Illecito concepimento, cit.*, pag. 146.

⁶⁹ VALLINI A., *Illecito concepimento, cit.*, pag. 147.

⁷⁰ Le tecniche di fecondazione eterologa, che implicano l’utilizzo di uno e entrambi i gameti di donatori esterni alla coppia, erano vietate dall’art. 12, co. 1, della legge del 19 febbraio 2004, n. 40, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza del 10 giugno 2014, n. 162.

⁷¹ Secondo VALLINI A., *Illecito concepimento, cit.*, pag. 147, se così fosse, il caso isolato troverebbe comunque sanzione o perché configurante alterazione di stato o per una violazione della disciplina di adozione.

previsione di un corrispettivo per la madre surrogata o a titolo gratuito in realizzazione di intenti solidaristici, limitando la necessità di un vantaggio economico alla sola fattispecie della commercializzazione di gameti e embrioni⁷².

3.2. *I soggetti attivi*

Si è visto, fino ad ora, come sia complesso definire e delimitare con precisione le condotte rilevanti ai fini della maternità surrogata. Con il divieto di cui all'art. 12 comma sesto, il legislatore sceglie di sanzionare, "più che un fatto determinato, un fenomeno medico e sociale che può essere scomposto in più segmenti temporali e comportamentali"⁷³. In ordine, viene prima stipulato l'accordo di surrogazione, poi la madre surrogata viene sottoposta alla pratica di P.M.A. per l'inseminazione, porta avanti la gravidanza fino a partorire il bambino che viene consegnato ai committenti⁷⁴ e, infine, questi ultimi ne acquisiscono lo *status* di genitori con l'elusione delle norme civilistiche italiane o in forza degli effetti civili legali previsti dallo Stato estero in cui la pratica viene eseguita⁷⁵. È interessante segmentare cronologicamente il fenomeno poiché si nota come i soggetti coinvolti mutino nelle varie fasi. L'accordo, infatti, può essere stipulato tra due, tre o più soggetti, a seconda che la surrogata pattuisca con un solo genitore committente, con una coppia o che venga coinvolto anche un mediatore che aiuti le parti coinvolte nella stipulazione e nell'organizzazione delle successive attività. La fase di svolgimento dell'effettivo protocollo medico, invece, richiede chiaramente la partecipazione del personale medico e paramedico che applichi le tecniche, oltre che la "partecipazione" di altri soggetti nella forma dei gameti che sono utilizzati nella fecondazione⁷⁶. Infine, anche

⁷² CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, cit.*, pag. 185 s., si esclude che il divieto riguardi la commercializzazione di surrogazione e si ritiene che le due fattispecie delittuose non vadano assimilate perché, sulla base di un dato meramente letterale, volendo sanzionare la commercializzazione della surrogazione, il legislatore avrebbe utilizzato una disgiunzione nella formulazione della norma che avrebbe punito "la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti e embrioni o della surrogazione", al posto di punire "la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti e embrioni e della surrogazione".

⁷³ TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis, cit.*, pag. 1050.

⁷⁴ Come già detto in precedenza, la dottrina non delimita in maniera univoca il perfezionamento della fattispecie criminosa: secondo alcuni sarebbe sufficiente la realizzazione del protocollo medico, mentre per altri la maternità surrogata si perfeziona anche con la successiva consegna del minore ai committenti.

⁷⁵ Di ciò se ne parlerà nel capitolo successivo dedicato al fenomeno del turismo procreativo.

⁷⁶ Nella realizzazione della surrogazione possono essere utilizzati i gameti di soggetti diversi: è possibile, infatti, che i soggetti già coinvolti nell'accordo di surrogazione, come la surrogata e i committenti, diano l'apporto genetico necessario per la formazione dell'embrione. Talvolta, però, la surrogazione si attua anche

la consegna coinvolge un ulteriore soggetto a tutti gli effetti, ossia il bambino nato che deve essere consegnato; oltre all'eventuale intermediario che aiuti nella consegna⁷⁷.

Sono, dunque, molteplici i soggetti coinvolti nel fenomeno della surrogazione di maternità e, per poter determinare quali tra questi sono autori del reato di cui all'art. 12, co. 6, si devono considerare le condotte che sono state poste in essere. Sulla base del significato più o meno ampio che si attribuisce alle condotte sanzionate dal legislatore, in particolare a quella di "realizzazione", infatti, si possono individuare diversamente i soggetti attivi del reato.

Se la condotta di realizzazione della maternità surrogata è intesa come attuazione del protocollo medico, ipotesi che sembrerebbe avallata dall'art. 12, co. 10, che fa riferimento alle strutture mediche presso cui la pratica è svolta, allora il soggetto attivo del reato è il solo medico che realizza l'intervento nella prospettiva di successiva cessione del nato⁷⁸. Gli altri soggetti coinvolti nella pratica, come ad esempio i genitori committenti e la madre surrogata, secondo questa interpretazione della norma, risponderebbero a titolo di concorso. Non sarebbero perseguibili, invece, eventuali soggetti coinvolti nelle fasi successive al delitto, che potranno eventualmente rispondere, come visto in precedenza, per il reato di alterazione di stato *ex art. 567, co. 2, c.p.*, o per violazione delle norme in materia di adozione ai sensi della legge n. 184 del 1983; lo stesso vale per gli eventuali coinvolgimenti in fasi preliminari che poi non sfociano nemmeno in un tentativo di reato, come nel caso di stipulazione di un accordo di surrogazione a cui poi non viene dato seguito, non risultando questi rilevanti a fini penali.

Se, invece, la realizzazione della surrogazione viene intesa in maniera più ampia, ricomprendendo anche fasi precedenti all'effettivo svolgimento della pratica procreativa, allora sono qualificabili come soggetti attivi anche i partecipanti alla pratica, come la

mediante ovodonazione da parte di donna terza o utilizzando il gamete maschile di un donatore, situazioni che introducono ulteriori figure nello svolgimento della pratica.

⁷⁷ TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., pag. 1051.

⁷⁸ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 145., l'autore esclude la responsabilità del medico nel caso in cui sia tenuto all'oscuro sulla vera finalità della pratica procreativa che deve svolgere e sull'accordo illecito tra le parti coinvolte, per esempio nel caso in cui la surrogata e il padre committente si rechino in una struttura sanitaria abilitata fingendosi una coppia per poter effettuare una fecondazione omologa e, a termine della gravidanza, la madre surrogata partorisca un bambino presso un'altra struttura mentendo sulla natura artificiale dell'inseminazione, in modo da avere la possibilità di non farsi nominare madre del nato, successivamente riconosciuto dal padre committente e dalla compagna.

madre surrogata, i genitori intenzionali e gli eventuali donatori e chi ha svolto attività prodromiche alla surrogazione. A favore di questa seconda ipotesi, anche se di fatto non esclude nemmeno la veridicità della prima, fa propendere la disposizione di cui all'art. 12, comma ottavo, della legge n. 40 del 2004, articolo che afferma che “non sono punibili l'uomo o la donna a cui sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5”: la disposizione, infatti, non indica il comma 6 all'interno di quelle disposizioni in cui si esclude la punibilità dei soggetti a cui viene applicata la pratica.

Lo stesso esito si ha anche nel caso in cui si amplia la portata dell'art. 12, co. 6, alle condotte successive allo svolgimento del protocollo medico, cioè, considerando parte della fattispecie anche la consegna del nato ai committenti. Anche in questa ipotesi, sono considerabili autori del reato i soggetti che hanno stipulato l'accordo di surrogazione, quindi madre surrogata e genitori committenti⁷⁹. È da specificare che, per qualificare la surrogata come soggetto attivo, non è necessario che sia ella stessa a consegnare il nato, ma è sufficiente che abbia dato “un contributo doloso al fatto tipico”⁸⁰, cioè che abbia dato il minore a terzo affinché costui lo consegnasse ai committenti.

In ogni caso, il delitto di surrogazione di maternità è un reato doloso per cui l'elemento soggettivo è essenziale per l'attribuzione di responsabilità: risponde del reato di cui all'art. 12, co. 6, solo chi sappia che quella in atto non è soltanto una pratica di medicina riproduttiva, bensì l'esecuzione di un disegno condiviso di surrogazione⁸¹.

3.3. *Il bene giuridico tutelato*

Il tema del bene giuridico che il divieto di surrogazione di maternità tutela è forse tra le questioni più dibattute in dottrina, date le numerose ipotesi che sono state avanzate dalla stessa con l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, ma anche già nel corso del Novecento con l'affiorare dei primi casi giurisprudenziali in materia. Tra le varie tesi avanzate, emerge sicuramente un contrasto del contratto di surrogazione con alcuni principi fondamentali sanciti dalla Costituzione Italiana, ma anche a livello internazionale

⁷⁹ Secondo TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., pag. 1052, in questo caso il personale medico potrebbe essere punito solo a titolo di concorso eventuale.

⁸⁰ TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., pag. 1052.

⁸¹ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 145.

dalla Carta di Nizza, in particolare relativi al rispetto della persona e il divieto di commercializzazione del corpo umano che nella fattispecie in questione si concretizzano in relazione a più figure coinvolte. L'attenzione della dottrina, di fatto, si focalizza principalmente su tre soggetti partecipanti direttamente o indirettamente alla surrogazione di maternità ossia il bambino nato da maternità surrogata, la gestante e la madre committente, tre individui la cui rilevanza emerge sotto profili diversi.

La prima figura da analizzare è quella del minore nato da surrogazione di maternità o, meglio, volendo diversificare il soggetto durante il corso della realizzazione della pratica di surrogazione, è necessario distinguere la figura del concepito durante la gestazione dall'effettivo bambino che nasce al termine di questa. È opportuno fare questa distinzione per comprendere al meglio la legge n. 40 in cui il divieto di surrogazione si colloca: uno degli obiettivi principali della legge in questione, infatti, è assicurare tutela al concepito fin dal momento della sua primissima formazione, in quanto risulta essere il soggetto più debole nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita, tra cui viene annoverata anche la surrogazione⁸², poiché esposto al pericolo di strumentalizzazione dall'esterno e inizialmente privo, almeno nel caso di fecondazione in vitro, dello scudo materno di cui godrebbe in una fecondazione naturale⁸³.

In realtà, la stessa figura del concepito offre diversi spunti di discussione, sia per quanto riguarda una sua possibile definizione, sia per quanto riguarda la tutela che il legislatore gli vuole assicurare.

Preliminare alla questione del grado di tutela da conferire al concepito, è capire se questo è qualificabile come soggetto giuridico e che tipo di *status* giuridico attribuirgli. Il concepito è una categoria generale che va a ricomprendere il “non nato” in tutte le fasi del suo sviluppo durante la gestazione: viene più specificatamente definito embrione a partire dalla fecondazione fino alla nona settimana di gestazione, momento a partire dal quale viene chiamato feto fino alla nascita⁸⁴. È proprio con la nascita⁸⁵ che viene segnato

⁸² A parere di VALLINI A., *Illecito concepimento, cit.*, pag. 144, la collocazione del divieto di surrogazione di maternità all'interno della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, sarebbe indicativo del fatto che la surrogazione vietata si riferisca all'utilizzo di pratiche di P.M.A. e che l'eventuale cessione del figlio nato da concepimento naturale sarebbe perseguito attraverso altre fattispecie di reato.

⁸³ FERRATO A., *La tutela penale del diritto nascere, cit.*, pag. 26.

⁸⁴ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere, cit.*, pag. 19.

⁸⁵ Questo momento di passaggio, in realtà, varia a seconda della branca del diritto a cui si fa riferimento: in diritto privato la nascita si ha con la fuoriuscita del feto dall'alveo materno e con il compimento di un atto respiratorio da parte del neonato (oggi si considerano in generale le funzioni vitali, come la presenza di

il passaggio da “essere” a uomo, persona dotata di capacità giuridica ai sensi dell’art. 1 c.c., soggetto in capo a cui vengono riconosciuti dall’ordinamento giuridico diritti e prerogative.

Sebbene non sia espressamente prevista una tutela prenatale a livello costituzionale, è chiaro come l’ordinamento italiano riconosca al concepito diversi diritti fondamentali come il diritto alla vita o il diritto alla salute, senza nemmeno distinguere tra le diverse fasi del suo sviluppo. A ciò, tuttavia, bisogna aggiungere che, da una parte, ai sensi dell’art. 1 secondo comma del c.c. tali diritti che la legge gli riconosce sono subordinati all’evento nascita⁸⁶ e, dall’altra, si tratta di diritti di un soggetto ancora *in fieri* che non può essere qualificato a tutti gli effetti “uomo”. Per questo motivo i diritti del concepito, seppur sussistenti e tutelati, devono essere bilanciati con quelli degli altri soggetti coinvolti nelle pratiche procreative, *in primis* quelli della madre.

Tale impostazione sembra trovare conferma anche nella disciplina dell’interruzione di gravidanza che, a partire dalla sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, con cui la Corte costituzionale dichiara la parziale illegittimità costituzionale del reato di procurato aborto, fa prevalere la salute della donna rispetto a quella dell’embrione: si privilegiano così il diritto alla salute e alla vita della madre che persona già è, a quella dell’embrione che persona ancora non è⁸⁷.

Detto ciò, è vero anche che la stessa tutela del concepito è una tutela in divenire che si rafforza nel corso dello sviluppo dell’embrione in feto e all’avvicinarsi dell’evento nascita, ragion per cui sarebbe forse opportuno scandire con più precisione le fasi di crescita del concepito. La legge n. 40, infatti, oltre a non prevedere una definizione precisa di embrione, aumentando il problema di indeterminatezza delle fattispecie penali, non

attività cardiaca o attività encefalica); secondo il diritto penale, invece, la nascita avviene con il passaggio dalla vita intra-uterina a quella extra-uterina, segnato dal momento del travaglio, poiché l’art. 578 c.p. equipara all’infanticidio il feticidio commesso durante il parto. FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere, cit.*, pag. 42.

⁸⁶ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere, cit.*, pag. 16, riporta che per taluni la previsione del secondo comma dell’art. 1 c.c. costituisce una prova del fatto che tali diritti “subordinati alla nascita” del soggetto esistono già prima della nascita stessa.

⁸⁷ Corte cost., 18 febbraio 1975 n. 27, in *One Legale*, pag. 4.

differenza nemmeno tra embrione e pre-embrione⁸⁸, distinzione che permetterebbe una scelta più ponderata sul grado di tutela da garantire in ogni fase della gestazione⁸⁹.

Tornando al divieto di surrogazione di maternità, secondo Vallini è da escludere che le prerogative del nascituro, del concepito, possano essere il bene che la disposizione di cui all'art. 12 comma sesto vuole tutelare, in quanto il divieto di surrogazione di maternità viene definito un illecito di concepimento⁹⁰. Quello che si sanziona e si vieta è già il concepimento del bambino e cioè una fase precedente al suo venir in essere: l'articolo che vieta la realizzazione della stessa fecondazione non può logicamente salvaguardare un bene giuridico che da quella fecondazione deriva la sua esistenza⁹¹. A parere di Rocchi, tuttavia, la pratica risulta essere lesiva per l'embrione nel caso in cui sia generato con i gameti di entrambi i genitori committenti, in quanto non si vede trasferito nell'utero della madre genetica e, quindi, nasce da una donna diversa e al di fuori della propria famiglia genetica⁹².

Per quanto riguarda, invece, il bambino successivamente alla nascita, si potrebbe individuare come bene giuridico la dignità dello stesso. Un primo obiettivo di tutela potrebbe essere quello di evitare che il nato diventi *res commerciabile*, ma il medesimo risultato della surrogazione si otterrebbe anche in caso di un accordo volto alla consegna del nato da concepimento naturale che, però, non gode nell'ordinamento italiano di una fattispecie di reato autonoma⁹³. Non rileva nemmeno che la condotta comporti una violazione delle norme in materia di adozione e affido o che venga sanzionata in luce del reato di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, co. 2, c.p., ipotesi che si avrebbe anche nel caso in cui le condotte fossero poste in essere da una surrogazione realizzata con l'uso delle tecniche di fecondazione artificiale. I reati enunciati concorrerebbero materialmente con la fattispecie di cui all'art. 12 comma sesto che sanziona la condotta di realizzazione

⁸⁸ Ovocita fecondato nei primi quattordici giorni dalla fusione dei gameti maschili e femminili, ma non ancora impiantato; alcuni ne evidenziano la qualità di cellula totipotente.

⁸⁹ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 123, distinguere tra embrione e pre-embrione permetterebbe di posticipare alcuni divieti al momento in cui l'embrione cessa di essere cellula totipotente sviluppando un'identità genetica unica e irripetibile.

⁹⁰ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 148.

⁹¹ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 148, specifica che la norma vieta la realizzazione della fecondazione non chiedendo anche la consegna del nato per il perfezionamento della fattispecie.

⁹² ROCCHI G., *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, cit., pag. 280.

⁹³ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 148.

del protocollo medico, preliminare alla consegna del nato, ma che viene per l'appunto punita solo in caso di utilizzo delle tecniche di P.M.A.

In ogni caso, vengono in gioco anche altri diritti del minore come quello alla vita privata e a conoscere la propria identità genetica, utile per la formazione della sua personalità, o ancora il diritto a non vedere interrotto il legame con la madre surrogata formatosi nel periodo di gestazione e che si fortifica nel caso in cui venga consegnato ai genitori committenti dopo mesi. Se questi sono i diritti alla cui tutela è diretta la fattispecie, tuttavia, la disciplina non riesce a realizzarla a pieno, in quanto, se rientrano tra i soggetti attivi del reato anche i genitori committenti e la madre surrogata, il divieto rischia di privare il bambino delle figure di riferimento con cui ha instaurato un rapporto affettivo, rendendolo oggetto di vittimizzazione secondaria⁹⁴.

Seconda figura centrale nella surrogazione di maternità è la madre surrogata, colei che si presta a portare a termine la gravidanza per conto di altri, divenendo protagonista della procedura e dello scopo stesso del divieto dell'art. 12, co. 6. Secondo gran parte della dottrina, infatti, la norma perseguirebbe come obiettivo la tutela della dignità della donna che, prestando sé e il proprio utero alla surrogazione, assumerebbe il ruolo di "incubatrice" dell'embrione altrui⁹⁵. Attraverso la surrogazione si realizzerebbe una espropriazione del corpo della donna che sarebbe ridotto a mezzo per realizzare uno scopo altrui, un progetto di genitorialità di cui la surrogata non farebbe parte dopo la nascita del bambino. In forza dell'accordo di surrogazione, si andrebbe così ad eliminare qualunque relazione tra il minore e la surrogata, escludendo la rilevanza dei legami che necessariamente si instaurano tra concepito e gestante durante la gravidanza. Non si può, infatti, negare che la gestazione abbia dei risvolti sulla surrogata⁹⁶: sicuramente la gravidanza ha un impatto sul fisico della donna che, anche se non comporta una riduzione permanente della sua integrità fisica, è comunque notevole, ma, allo stesso tempo, la gestazione la porta ad instaurare un rapporto con il feto che, oltre tutto, potrebbe portarla

⁹⁴ Lo stesso accade nel caso di surrogazione di maternità realizzata all'estero e di mancato riconoscimento in Italia dello *status filiationis* del minore nato.

⁹⁵ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 149, sostiene che è più difficile parlare della surrogata come mera incubatrice di embrione altrui nel caso di surrogazione parziale, in cui la gestante offre anche i suoi ovuli, anche se con l'intenzione di consegnare il bambino ad altri dopo il parto.

⁹⁶ Le stesse riflessioni non possono essere applicate al minore, in quanto poco si può sapere sulla sua vita uterina e sul rapporto che instaura con la gestante in quella fase.

al desiderio di tenere il bambino dopo la nascita, a dispetto dell'accordo di surrogazione stesso⁹⁷.

Chi sostiene l'illiceità di questa pratica, inoltre, riconosce una maggiore riprovevolezza della stessa nel caso di una surrogazione a titolo oneroso, caso in cui la donna farebbe uso del proprio corpo a fini di lucro esponendosi ai tentativi di sfruttamento economico da parte di soggetti terzi, *in primis* i genitori committenti. Accade spesso, di fatto, che ci sia un divario economico tra committenti e madre surrogata, sovente appartenente a classi meno abbienti e in condizione di disagio economico, che ne aumenta il grado di vulnerabilità allo sfruttamento⁹⁸, situazione molto ricorrente soprattutto all'interno del fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo" che permette di aggirare i divieti di surrogazione nazionale, ma allo stesso tempo di ottenere un figlio a basso costo⁹⁹.

Chi, invece, sostiene una possibile legalizzazione della maternità surrogata, individua nella surrogazione altruistica una forma di espressione della libertà di procreazione e del diritto della donna di fare ciò che vuole con il proprio corpo. Per di più, secondo alcuni sostenitori della liceità della surrogazione, equiparare la madre surrogata ad una incubatrice¹⁰⁰ significa dare rilevanza ad un profilo meramente materialistico della condotta, senza considerare il suo contenuto emotivo e l'insieme dei valori per cui la donna si presta¹⁰¹. Zatti, a sostegno di questa tesi, propone un confronto tra surrogazione e trapianto di organi tra vivi: trattando le due situazioni nel medesimo modo, secondo l'autore, si dovrebbe riconoscere una lesione della dignità anche per chi dà in donazione

⁹⁷ Secondo LUZZI C., *Dall'aborto alla surrogazione di maternità, cit.*, pag. 378, il rapporto che si instaura tra surrogata e minore durante la gravidanza è motivo per contestare la tesi di chi intravede nella possibilità di fecondazione eterologa, in opposizione al divieto di surrogazione, una forma di discriminazione di genere: l'Autrice ritiene che non si possa paragonare la fecondazione eterologa come metodo per realizzare il desiderio di paternità di un uomo infertile alla surrogazione come modo per porre rimedio all'infertilità della donna, in quanto, oltre alla relazione tra gestante e bambino, la prima tecnica non coinvolge direttamente nella procreazione soggetti esterni alla coppia, mentre nel secondo caso la pratica incide sulla madre surrogata e il minore che dalla surrogazione nasce.

⁹⁸ DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, III, 2015, pag. 924, nel caso Johnson v. Calvert del 1993, una delle primissime decisioni al mondo in materia di surrogazione di maternità, la Corte Suprema della California, invece, afferma che la surrogazione non comporta uno sfruttamento della gestante, in quanto ritiene non provabile che le condizioni economiche della surrogata possano spingerla ad accettare la surrogazione più di quanto lo farebbero di fronte ad un qualsiasi lavoro mal pagato o indesiderato. Questa è una tesi che l'Autore ritiene inaccettabile poiché l'esistenza di una forma di sfruttamento non ne giustifica una più grave e poiché la surrogazione non può essere definita come un lavoro.

⁹⁹ DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale, cit.*, pag. 929.

¹⁰⁰ Per VALLINI A., *Illecito concepimento, cit.*, pag. 150, sarebbe sufficiente utilizzare termini diversi come *babysitter* o *balia* che fanno percepire meno lo svilimento della persona.

¹⁰¹ ZATTI P., *Maternità e surrogazione, cit.*, pag. 201.

gli organi, trattando il proprio corpo come un “deposito di pezzi di ricambio”, cosa che invece non avviene poiché la dignità di una condotta non si stabilisce sulla base di aspetti materiali, ma dei valori che la stessa vuole esprimere e realizzare.

Appare chiaro come lo stesso concetto di dignità sia un concetto di per sé indeterminato, motivo per cui risulta opportuno provare a ricostruirne il significato per poter capire se effettivamente può rappresentare l’oggetto di tutela dell’art. 12 comma sesto della legge n. 40.

La dignità può essere intesa in senso soggettivo o oggettivo: nel primo caso si parla di dignità come “sostrato sul quale si edifica la personalità singolare di ogni individuo e come fonte del potere di autodeterminazione, inerente a ciascun essere umano”¹⁰², una forma di tutela dalle ingerenze esterne che lascia il soggetto libero di compiere le scelte che riguardano se stesso, senza vedersi limitato, se non in nome dell’interesse collettivo; dal punto di vista oggettivo, invece, la dignità “trascende il singolo e si riferisce all’umanità del suo complesso”¹⁰³, acquisendo valore meta-individuale a cui il singolo non si può sottrarre attraverso sue decisioni autonome perché rischierebbe di alterare interessi di natura sociale e, quindi, indisponibili. A seconda dell’interpretazione adottata, si giunge a delle conseguenze opposte e cioè si va, da una parte, ad esaltare la capacità di autodeterminazione del singolo, prevedendo per quest’ultimo una tutela da ingerenze esterne, e, dall’altra, a imporre la dignità come obbligo di non offendere l’ordine pubblico e la morale corrente. Passando da una concezione soggettiva a una concezione oggettiva della dignità, si sposta il *focus* dall’individuo alla collettività: la dignità diventa un bene collettivo che il soggetto può ledere, determinando così un arretrare della libertà di autodeterminazione dell’individuo, quando questa vada a scapito dell’interesse della maggioranza¹⁰⁴.

È proprio questa seconda accezione di dignità che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sembrano sposare nella sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162, in cui si afferma che la pratica della maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un’inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul

¹⁰² GIAIMO G., *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, II, 2023, pag. 730.

¹⁰³ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 731.

¹⁰⁴ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 731.

piano economico e sociale”¹⁰⁵. Secondo le Sezioni Unite il divieto di cui all’art. 12, co. 6, trova giustificazione nella necessità di tutelare la dignità della donna per evitare qualsiasi mercificazione del suo corpo, senza dare rilevanza alle condizioni che hanno portato la surrogata ad accettare e finendo per comprimere la sua libertà di autodeterminazione. Si vuole così tutelare una dignità in senso oggettivo, la dignità della donna come categoria di genere umano, rendendola un bene indisponibile per la donna stessa, anche in caso di scelta libera, informata e consapevole di mettere a disposizione il proprio utero per la surrogazione¹⁰⁶.

A parere di Giaimo, la Corte utilizza la dignità della surrogata come pretesto per non riconoscere che una condotta vietata possa comunque produrre effetti giuridici apprezzabili¹⁰⁷, a scapito, tuttavia, della libertà di autodeterminazione della donna stessa che vede le proprie scelte costrette. Chi sostiene la liceità della surrogazione, infatti, innesta le proprie motivazioni sulla capacità della donna di determinare in modo autonomo le proprie situazioni personali, anche procreative, e di assumersi la responsabilità delle stesse: riportando le riflessioni di Carmen Shalev, vietare la surrogazione per tutelare la donna dal pericolo della mercificazione del suo corpo sembra riconoscere un’impossibilità della stessa di pensiero razionale e di prendere decisioni in relazione alla sua funzione procreativa in modo avulso dalla sua sensibilità emotiva¹⁰⁸, anche se assunte senza alcun tipo di costrizione esterna e in modo informato¹⁰⁹.

Se effettivamente la tutela della dignità della donna fosse lo scopo del divieto di surrogazione di maternità, tra l’altro, la formulazione dell’articolo 12 osterebbe al raggiungimento di questo obiettivo poiché al comma ottavo non si esclude la punibilità della donna soggetta alla pratica di cui al comma sesto: la disposizione fa apparentemente

¹⁰⁵ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, in *DeJure*, pag. 33; stesso orientamento viene assunto anche in precedenti sentenze: Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193 e Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33 e 28 marzo 2022 n. 79 (sentenze che verranno analizzate nel prossimo capitolo).

¹⁰⁶ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 730.

¹⁰⁷ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 732, nel caso di specie si discute circa il riconoscimento del rapporto di filiazione tra i committenti e il minore nato da surrogazione.

¹⁰⁸ CORTI L., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 27.

¹⁰⁹ Secondo le Sezioni Unite non si deve verificare che la scelta della gestante sia stata libera e se questa abbia agito dietro compenso o per spirito solidale, perché in ogni caso la condotta risulta essere degradante per la donna stessa e quindi è legittimamente vietata nel nostro ordinamento: nel caso di specie si esclude a priori l’efficacia in Italia dell’atto di nascita straniero redatto in seguito ad una condotta vietata dall’ordinamento italiano e lesiva della dignità della donna in maniera tale da far divenire irrilevante il consenso precedentemente prestato dalla surrogata; GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 730.

rientrare la madre surrogata tra i soggetti attivi del reato trasformandola da vittima da proteggere ad autrice del delitto che si sanziona¹¹⁰.

La terza possibile *ratio* del divieto di maternità surrogata può essere rintracciata nella necessità di mantenere unitaria la figura materna. La surrogazione di maternità mette in crisi il principio “*mater semper certa est*” perché va a realizzare una dissociazione della figura normalmente unitaria della madre, scomposta a causa dell’inserimento di una terza persona nel progetto genitoriale. Ma cosa cambia rispetto ad una normale fecondazione eterologa? Anche in quel caso si vede introdotta nel processo procreativo una componente biologica terza rispetto alla coppia, ma la figura materna rimane unitaria: nel caso di fecondazione eterologa con donazione di ovuli, infatti, la donatrice conserva un legame meramente genetico con il bambino, legame non ritenuto sufficiente per avanzare una pretesa di maternità quando non sia accompagnato dal desiderio di instaurare un rapporto familiare¹¹¹. L’irrelevanza del solo legame biologico della donatrice col minore viene confermato dalla legge n. 40, anche prima della sentenza n. 162 del 2014, con cui la Corte costituzionale dichiara incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa, poiché all’art. 9, terzo comma, si va ad escludere che il donatore di gameti acquisisca alcuna relazione giuridica parentale con il nato nei confronti del quale non può far valere diritti, né essere titolare di obblighi¹¹².

È, invece, con la gestazione per altri che la maternità si scompone perché emerge, da una parte, la posizione della madre committente che, in forza del suo desiderio di genitorialità, mette in moto la procedura di surrogazione, talvolta prestando anche il suo patrimonio genetico per la formazione dell’embrione, e, dall’altra, la madre surrogata che affronta l’esperienza della gravidanza, impegnandosi a livello fisico, emotivo e biologico a portare a termine il progetto procreativo di altri. Se la committente, desiderosa di una relazione affettiva e intima con un figlio proprio, infatti, riveste sicuramente il ruolo di madre sociale, la surrogata è madre gestazionale che porta avanti la gravidanza, instaurando inevitabilmente un legame con il minore che poi partorisce¹¹³.

¹¹⁰ DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, cit., pag. 930.

¹¹¹ VALLINI A., *Surrogazione di normatività. L’impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pag. 28.

¹¹² VALLINI A., *Surrogazione di normatività*, cit., pag. 28.

¹¹³ Affianco a maternità sociale e maternità gestazionale, c’è poi la maternità biologica che viene attribuita sulla base del legame genetico e, quindi, sulla base di chi ha dato i propri gameti per la formazione

Le forme di maternità fin qui citate sono pienamente riconducibili al paradigma tutelato dagli articoli 30 e 31 Cost., sicché entrambe le “madri” coinvolte possono essere titolari di pretese egualmente valide e riconosciute dall’ordinamento, rendendo arduo stabilire chi tra queste è anche madre giuridica¹¹⁴. Ai sensi dell’art 269, co. 3, c.c., infatti, il legislatore fissa una presunzione di maternità stabilendo che è madre chi partorisce il bambino, che nel caso della surrogazione, quindi, rende la surrogata idonea a ricoprire questa posizione riconosciuta dall’ordinamento; d’altro canto, non si può negare che la maternità sia ormai slegata dalla gravidanza e dal parto, aspetto che la società odierna e l’ordinamento italiano riconoscono attribuendo lo stesso valore anche ad una maternità “non tradizionale” come quella realizzata attraverso l’istituto dell’adozione¹¹⁵. La difficoltà di attribuire la maternità giuridica aumenta quando si aggiunge il legame biologico vantato da una o dall’altra donna: nel caso di surrogazione totale, in cui la committente presta i suoi ovuli da impiantare nell’utero della surrogata, la maternità genetica spetterà alla committente, mentre nel caso di surrogazione parziale questa maternità sarà attribuita alla surrogata che ha offerto, oltre all’utero, anche i suoi gameti, o addirittura non spetterà a nessuna delle due nel caso di fecondazione eterologa con l’utilizzo dell’apporto genetico di una donna terza, estranea alla surrogazione¹¹⁶.

La disposizione di cui all’art. 12, co. 6, non va ad individuare a priori come definire i rapporti parentali a seguito della violazione del divieto di surrogazione: non sembrano esserci regole adeguate per attribuirli o soluzioni univoche a cui giungere¹¹⁷. Sebbene il problema emerga solo nel caso in cui effettivamente ci sia una controversia tra i

dell’embrione: nel caso di surrogazione totale, i gameti provengono dalla madre committente, rendendo quest’ultima anche madre biologica o genetica del minore, mentre nel caso di surrogazione parziale la maternità biologica può essere attribuita o alla surrogata, se ha offerto utero e ovuli, oppure non essere attribuita né alla committente e né alla surrogata, se gli ovuli sono stati donati da una donna terza.

¹¹⁴ VALLINI A., *Surrogazione di normatività*, cit., pag. 28-29.

¹¹⁵ ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, cit., pag. 200-201.

¹¹⁶ Secondo VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 154, non ci sarebbero dubbi sulla titolarità della maternità in caso di surrogazione parziale in cui la surrogata abbia messo a disposizione i propri ovuli, in quanto lei sarebbe la donna che ha partorito il bambino, a cui sarebbe legata anche a livello genetico, mentre la committente conserverebbe solo l’aspirazione ad avere in futuro un rapporto di maternità, socialmente riconosciuto, con il neonato. Per lo stesso motivo l’Autore ritiene anche che il divieto di surrogazione di maternità sia di fatto limitato alle ipotesi di surrogazione totale, poiché su un piano letterale utilizzare il termine surrogazione implica la necessità di una sostituzione di una maternità effettiva e attuale al posto di un’altra che nella surrogazione parziale non c’è, mentre a livello sistematico secondo Vallini limitare il divieto alla sola surrogazione totale spiegherebbe il suo inserimento all’interno della normativa sulla procreazione medicalmente assistita, in quanto questa pratica procreativa può avvenire solo mediante inseminazione artificiale (la surrogazione parziale non incontra questo limite).

¹¹⁷ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., pag. 151.

committenti e la gestante, cioè se la surrogata, al termine della gravidanza, cambia idea e vuole tenere il bambino vedendosi attribuita la genitorialità, situazione che, per un verso o per l'altro, viene risolta *ex post* dalla giurisprudenza, non sembra esserci una soluzione a livello giuridico che non vada a sacrificare il valore di una o dell'altra maternità. Ecco che la scelta del legislatore di vietare *in toto* la surrogazione di maternità si presenta come decisione opportunistica che cerca di evitare di dover risolvere tali controversie¹¹⁸, prevenendole *ex ante* con l'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004: la norma non vuole “affermare la *veritas* nella relazione madre-figlio, ma evitare l'insorgere di situazioni in cui, quella *veritas*, drammaticamente sfuma”¹¹⁹.

4. I profili problematici della surrogazione di maternità

Sottolineato il deficit di determinatezza che la fattispecie dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004 presenta, è opportuno precisare che sono altre le questioni ad oggi problematiche del divieto di surrogazione di maternità.

Le vicende giurisprudenziali che di recente hanno visto come protagonista la fattispecie della maternità surrogata, infatti, riguardano tutte episodi di surrogazione avvenuta all'estero. Ma perché sono così rilevanti per la giurisprudenza italiana? Data la sussistenza del divieto assoluto di eseguire tale pratica in Italia, sono molte le coppie che, nella speranza di realizzare il proprio progetto di genitorialità, si recano all'estero per ricorrere alla surrogazione in paesi in cui questa è lecita, dando vita al fenomeno del c.d. “turismo procreativo”. Gli ordinamenti che consentono la surrogazione, tendenzialmente, prevedono che, al termine della pratica procreativa venga riconosciuto il rapporto di filiazione tra il bambino nato da surrogazione ed entrambi i genitori committenti: anche il genitore solamente intenzionale¹²⁰ viene indicato nel certificato di nascita del minore come genitore “naturale”, come genitore effettivo. Ottenuto l'atto di nascita estero, la coppia ne chiede la trasmissione in Italia ai fini della trascrizione e se l'autorità consolare sospetta la surrogazione, le conseguenze possono essere molteplici.

Dal punto di vista penalistico, infatti, la coppia viene imputata per il delitto di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 12, co. 6, e più frequentemente per i reati di

¹¹⁸ VALLINI A., *Surrogazione di normatività, cit.*, pag. 30.

¹¹⁹ VALLINI A., *Surrogazione di normatività, cit.*, pag. 31.

¹²⁰ Viene detto genitore intenzionale o d'intenzione il genitore committente privo di legami biologici con il nato.

cui agli artt. 567, co. 2, e 495, co. 2, c.p., norme che rispettivamente sanzionano l'alterazione di stato e la falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri.

A livello civilistico, invece, si discute circa il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita redatto all'estero: sono diverse le sentenze che negano la possibilità di trascrizione dell'atto di nascita straniero per contrarietà all'ordine pubblico, non riconoscendo, dunque, il rapporto di filiazione tra il minore nato da surrogazione e il genitore d'intenzione.

Nei prossimi capitoli si cercherà di ricostruire in maggiore dettaglio le questioni qui solo accennate. Partendo da una serie di pronunce giurisprudenziali degli ultimi anni, *in primis*, si cercherà di illustrare il percorso giurisprudenziale fatto dalla Cassazione civile e dalla Corte costituzionale in merito al riconoscimento dell'atto di nascita redatto all'estero. Si vedrà, infatti, come le due corti discutono sul tema dello *status filiationis* del minore nato da surrogazione e sul rapporto che lo lega al genitore intenzionale: l'obiettivo è quello di individuare una soluzione giuridica che permetta un bilanciamento tra la finalità repressiva e dissuasiva della sanzione applicata¹²¹ e la tutela dell'interesse del minore, rispettando le indicazioni in merito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Allo stesso modo, si procederà poi ad analizzare gli esiti di alcuni casi relativi, in particolare, ai reati di alterazione di stato e falso documentale, connessi alla richiesta di trascrizione dell'atto del minore nato da surrogazione.

¹²¹ La mancata trascrizione dell'atto di nascita estero che attesta il rapporto di filiazione tra minore e genitore d'intenzione è uno dei modi che l'ordinamento ha individuato per sanzionare chi fa ricorso alla surrogazione di maternità: sebbene le coppie realizzino la maternità in Paesi in cui di per sé è lecita, non si può riconoscere automaticamente un atto espressivo di una pratica in Italia vietata e sanzionata penalmente. Nei prossimi capitoli si discuterà anche della natura di norma di ordine pubblico dell'art. 12, co. 6, norma che viene posta alla base del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita, appunto per contrarietà al limite di ordine pubblico, ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 "*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*".

**SURROGAZIONE ALL'ESTERO E CONSEGUENZE CIVILI IN
ITALIA: IL MANCATO RICONOSCIMENTO DELL'ATTO DI
NASCITA STRANIERO PER CONTRARIETÀ ALL'ORDINE
PUBBLICO**

1. Il fenomeno del turismo procreativo

L'esistenza dei divieti nazionali di surrogazione di maternità ha portato alla formazione e alimentazione del fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo", che vede singoli e coppie recarsi in Paesi esteri per realizzare il proprio progetto genitoriale. Spinte dal desiderio di genitorialità e di avere un figlio geneticamente proprio, infatti, sono molte le coppie che si recano all'estero, per lo più in Paesi extra-europei, per fare ricorso a procedure di fecondazione artificiale che in Italia non sono consentite.

L'ordinamento italiano, in particolare, presenta uno dei regimi più restrittivi, non solo in riferimento alla surrogazione di maternità, ma in generale sulle procedure di procreazione medicalmente assistita. È sufficiente leggere i primi articoli della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 per accorgersi della rigidità dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti per l'accesso alle pratiche di P.M.A. L'art. 4, infatti, va a consentire il ricorso alle tecniche solo a soggetti afflitti da sterilità o infertilità accertata e, comunque, solo nel caso in cui non sia possibile rimuovere tali cause che impediscono la procreazione naturale. L'art. 5, invece, prevede l'accesso alle pratiche mediche solo per le coppie di sesso diverso maggiorenni, coniugate o conviventi, che siano viventi e in età potenzialmente fertile¹²². Sono molti i soggetti che non rientrano in questi rigidi limiti che spingono le coppie a spostarsi verso Paesi con regimi più favorevoli¹²³ per iniziare il proprio progetto procreativo.

Con riferimento alla surrogazione, si tratta, solitamente, di vicende che si sviluppano quasi interamente nel Paese straniero, a partire dalla stipulazione dell'accordo di

¹²² Diverse volte la Corte costituzionale è stata investita di quesiti circa la legittimità costituzionale di questi requisiti, per esempio in merito all'esclusione del singolo o delle coppie *same sex* di accedere alle tecniche di procreazione assistita. La Corte ha, però, sempre dichiarato inammissibili le questioni confermando il testo dell'art. 5.

¹²³ Talvolta, si scelgono Paesi economicamente arretrati in cui i costi di tali pratiche si abbassano drasticamente. Il turismo procreativo diventa, in alcuni luoghi, un vero e proprio *business* che consente grandi guadagni attraverso lo sfruttamento di donne in condizioni di disagio economico e sociale.

surrogazione, fino alla realizzazione della pratica medica su donna terza e della conseguente gravidanza. Una volta portata a termine la gestazione, la surrogata consegna il bambino alla coppia, che ne registra la nascita presso l'autorità locale. In alcuni casi entrambi i committenti vengono iscritti come genitori del minore, in altri, invece, viene iscritto solo il genitore biologico e la coppia chiede alle autorità giudiziarie dello Stato ospitante di accertare il rapporto di filiazione anche a favore del genitore intenzionale non biologico. A questo punto, la coppia richiede il riconoscimento dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario all'ufficiale di stato civile italiano, per ottenere anche in Italia la legittimazione giuridica della famiglia già formata e riconosciuta all'estero.

La giurisprudenza che viene affrontata nel presente capitolo riporta due vicende che si sviluppano come appena descritto: due coppie omosessuali ricorrono alla maternità surrogata in Canada, ottengono un provvedimento giudiziale che attesta il legame di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale non biologico e ne chiedono il riconoscimento alle autorità italiane. In entrambi i casi, tuttavia, l'ufficiale di stato civile si rifiuta di trascrivere il provvedimento che viene giudicato contrario all'ordine pubblico. Ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995¹²⁴, infatti, i provvedimenti stranieri inerenti l'esistenza di rapporti di famiglia, anche se pronunciati dall'autorità di un altro Stato, hanno effetto in Italia purchè non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

In luce del rifiuto di trascrizione, le coppie ricorrono in Corte d'appello e, nell'ambito di questi giudizi di delibazione del provvedimento, emergono le conseguenze che la realizzazione della surrogazione di maternità all'estero comporta sul piano civilistico. Le tematiche affrontate vertono, da una parte, sulla natura del divieto di maternità surrogata, previsto all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, e, dall'altra, sul preminente interesse del minore, due aspetti che fanno sorgere diversi interrogativi. È possibile riconoscere il rapporto di filiazione che lega il minore, nato attraverso la surrogazione, e il genitore intenzionale? Il divieto del sesto comma dell'art. 12 costituisce una norma di ordine pubblico tale da ostacolare il riconoscimento del provvedimento straniero? Nel caso di risposta affermativa, come si può realizzare comunque il superiore interesse del minore, evitando che venga discriminato per la sola modalità della sua nascita?

¹²⁴ Legge del 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Normattiva*.

Nei successivi paragrafi si cercherà di dare risposta a queste domande.

2. Un'analisi della giurisprudenza: sentenza n. 12193/2019 Cass., sez. un.

La prima sentenza da analizzare è la n. 12193 dell'8 maggio 2019¹²⁵, riguardante una vicenda che ruota attorno ad un provvedimento emanato dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario il 12 gennaio 2011 in Canada. Il provvedimento attesta il rapporto di filiazione che lega due uomini, uniti civilmente in Canada nel 2008, e due gemelli, nati tramite maternità surrogata. I due bambini sono nati il 23 aprile del 2010 da una surrogazione totale, solidaristica, realizzata tramite ovodonazione da parte di donna terza rispetto alla gestante e con l'utilizzo dei gameti di uno dei due membri della coppia committente. A seguito della nascita, viene trascritto in Italia un primo provvedimento giudiziale canadese con cui si attesta, da una parte, che la gestante non è la genitrice dei minori e, dall'altra, che l'unico genitore è il padre committente che ha prestato i suoi gameti. A questo segue il provvedimento, discusso nel caso di specie, con cui il giudice canadese accerta anche la genitorialità dell'altro padre – non biologico, ma intenzionale – disponendo la modifica degli atti di nascita dei gemelli. Il 31 maggio del 2016, tuttavia, l'ufficiale di stato civile italiano si rifiuta di trascrivere l'atto per contrarietà all'ordine pubblico, nonostante la coppia abbia sottolineato l'efficacia, anche in Italia, dell'unione civile contratta in Canada e il possesso, da parte dei due bambini, sia della cittadinanza canadese, che di quella italiana. Oltre a ciò, viene valorizzato come entrambi i committenti abbiano assunto il ruolo di genitori fin dal momento della nascita dei gemelli, ruolo riconosciuto non solo dai figli, ma anche da amici, parenti e colleghi.

La coppia fa così ricorso presso la Corte d'appello di Trento: i ricorrenti chiedono il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giudiziale straniero anche in Italia, ex art. 67 della legge del 31 maggio 1995, n. 218, e l'emanazione dell'ordine di effettuare la trascrizione, negli atti di nascita italiani, del rapporto di genitorialità che il provvedimento attesta tra i minori e il genitore d'intenzione.

La Corte accoglie la domanda con l'ordinanza del 23 febbraio 2017¹²⁶. Il giudice fa prevalere, nel caso di specie, l'interesse dei minori, in particolare il loro diritto a conservare lo *status* di figli del genitore non biologico, già acquisito legittimamente nel

¹²⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, in *DeJure*.

¹²⁶ App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, in *OneLegale*.

Paese straniero. Impedendo il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese, infatti, si arrecherebbe un pregiudizio ai due gemelli nati da surrogazione: questi, indipendentemente dallo *status filiationis* riconosciuto nei confronti del padre biologico, non potrebbero godere di alcun diritto verso il genitore solo d'intenzione, che non potrebbe, a sua volta, assumere la responsabilità genitoriale. Ecco che, a parere della Corte, si realizzerebbe un esito contrario all'interesse dei minori, spogliando di rilievo giuridico l'identità e i legami familiari già acquisiti in Canada.

Non viene riscontrato, dunque, un contrasto con l'ordine pubblico da parte del provvedimento canadese che può essere così riconosciuto in Italia ai sensi dell'art. 65 della legge 218/1995. La Corte d'appello di Trento, per definire il concetto di ordine pubblico, si appoggia ad una precedente decisione della Corte di legittimità¹²⁷, che offre un'interpretazione restrittiva della nozione. La Corte, infatti, limita il contenuto del concetto di ordine pubblico ai soli principi fondamentali enunciati nella Costituzione, escludendo dal suo ambito, invece, le fonti di rango primario con cui il legislatore esercita la propria discrezionalità su una certa materia. Nel valutare la contrarietà all'ordine pubblico, quindi, non si considera la compatibilità del provvedimento alla norma interna, ma “alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU”¹²⁸. Utilizzando questa interpretazione dell'ordine pubblico, la surrogazione di maternità costituisce un limite al riconoscimento del provvedimento giudiziale straniero? Secondo la Corte, la maternità surrogata e, in generale, la disciplina della P.M.A. rappresentano una materia con risvolti fortemente etici che conferiscono al legislatore un ampio margine di apprezzamento, di discrezionalità. Non sono, dunque, espressive di principi fondamentali del nostro ordinamento sanciti dalla Carta costituzionale e nemmeno di valori universalmente riconosciuti e tutelati a livello internazionale, ma rappresentano il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco che il legislatore attuale ha raggiunto, in luce del momento storico e culturale. La previsione del divieto all'art. 12, comma 6, della legge 40/2004, non è tale da prevalere sul diritto dei minori a conservare lo *status filiationis* già legittimamente acquisito in un ordinamento straniero e di mantenere, così, intatta la loro identità, che dai

¹²⁷ App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, *cit.*, pag. 4, rinvia alla sentenza della Prima Sezione civile della Cassazione, n. 19599 del 30 settembre 2016.

¹²⁸ App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, *cit.*, pag. 5.

rapporti familiari dipende¹²⁹. Non riconoscendo il rapporto parentale che li lega anche al genitore non biologico, si andrebbe, altrimenti, a penalizzare i due minori che non scelgono di nascere tramite surrogazione, andando altresì a valorizzare un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame genetico che in Italia non esiste¹³⁰. La Corte esclude, infine, che l'utilizzo dell'istituto dell'adozione in casi particolari, strumento individuato come alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita così come formato all'estero, offra una tutela sufficiente per il minore: non è, infatti, pacifica la possibilità per le coppie omosessuali, come quella del caso di specie, di accedere a questa tipologia di adozione.

Avverso l'ordinanza della Corte d'appello di Trento ricorrono in Cassazione sia il Pubblico Ministero, sia il Ministero dell'interno e il Sindaco di Trento. Tralasciando i motivi adottati nel ricorso dal Pubblico Ministero, di cui la Corte di Cassazione esclude la titolarità del potere di impugnazione¹³¹, il Ministero dell'interno e il Sindaco presentano cinque motivi di doglianza¹³². Il primo motivo di impugnazione dell'ordinanza, unico a non essere accolto dalla successiva sentenza del 2019, è anche quello che porta la Prima Sezione a rimettere la causa alle Sezioni Unite. I ricorrenti, infatti, sostengono che l'ordinanza impugnata costituisca un tentativo di produzione normativa da parte della Corte di Trento, che esonda, così, dall'alveo delle sue competenze, invadendo quella sfera di potere propria del legislatore. Si lamenta un difetto assoluto di giurisdizione, in quanto l'ordinanza, riconoscendo l'efficacia del provvedimento canadese, ha permesso l'inserimento nei registri di stato civile di una doppia paternità, in assenza di una norma interna che lo consenta¹³³. Ai sensi dell'art. 374 c.p.c., con ordinanza del 22 febbraio

¹²⁹ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 702.

¹³⁰ La Corte sottolinea la rilevanza acquisita, anche a livello normativo, dall'assunzione di responsabilità da parte della figura genitoriale che sceglie di accudire il minore. L'ordinamento italiano, infatti, non solo riconosce paradigmi di genitorialità non connessi al dato genetico, ma li considera in maniera favorevole, dando importanza alla scelta della persona che decide di adottare un bambino o che ricorre alla fecondazione eterologa per realizzare il suo progetto procreativo. Inoltre, la stessa Corte EDU, nelle pronunce in cui non riconosce l'esistenza di un'effettiva vita familiare tra i soggetti coinvolti nella surrogazione, non fonda la sua decisione sull'assenza del legame biologico, quanto più sulla brevità del rapporto affettivo e di cura.

¹³¹ Le Sezioni Unite, quindi, dichiarano inammissibile il ricorso.

¹³² Oltre ai due motivi di impugnazione trattati nel presente paragrafo, infatti, viene lamentata anche la violazione dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 e la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 107 e 702-bis c.p.c. e dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, tutti e tre accolti dalla Corte.

¹³³ La Corte d'appello avrebbe equiparato l'intera disciplina del diritto di famiglia anche alle coppie omosessuali che, soprattutto in materia di filiazione, si vedono sottoposte a dei limiti più stringenti (il legislatore ha escluso l'operatività della legge n. 184 del 1983 a loro favore, salvo per quanto riguarda le

2018, la causa viene rimessa alle Sezioni Unite, anche in luce della complessità e delicatezza delle questioni affrontate.

Le Sezioni Unite, *in primis*, escludono che la Corte d'appello, riconoscendo l'efficacia del provvedimento straniero, abbia ecceduto i limiti della giurisdizione. Non sussiste, nel caso di specie, un'invasione della sfera di potere propria del legislatore: la Corte definisce l'eccesso di potere una "fattispecie teorica", che si configura quando il giudice procede a creare una norma giuridica nuova, non presente nell'ordinamento, esulando dall'ambito delle sue competenze. La Corte d'appello di Trento, invece, nel riconoscere l'efficacia del provvedimento attestante il rapporto di filiazione tra i minori e il genitore intenzionale, ha motivato la propria decisione, specificando gli indici normativi a cui si è agganciata e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte EDU sulla base della quale li ha interpretati¹³⁴. La Corte ha sottolineato come l'ordinamento italiano non prevede più solo un modello di genitorialità vincolato dal mero legame biologico, ma riconosce altre forme di famiglia, retta da rapporti affettivi e di cura, di fatto instauratisi tra i soggetti coinvolti, e dall'assunzione di responsabilità da parte di chi non può vantare un collegamento genetico con il minore. L'interpretazione attuata dalla Corte di merito non sembra essere finalizzata utilmente al raggiungimento di questa specifica soluzione, ma porta all'enunciazione di una *regula iuris* valevole per il caso concreto¹³⁵. La Corte definisce il caso concreto attraverso un'attività di ricostruzione della volontà del legislatore, così come emerge dalla coordinazione sistematica di più disposizioni. La Cassazione rigetta, quindi, il primo motivo del ricorso.

Accolti i motivi di ricorso relativi alla competenza e alla legittimazione a ricorrere del genitore intenzionale, del Pubblico Ministero e del Sindaco e Ministero dell'interno, le Sezioni Unite si occupano del concetto di ordine pubblico.

Nell'ultimo motivo di contestazione, il ricorrente lamenta una violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della legge 218/1995, dell'art. 18 del d.P.R. 396/2000 e degli artt. 5 e 12, commi 2 e 6, della legge n. 40 del 2004. La Corte d'appello di Trento avrebbe compiuto un'interpretazione eccessivamente ampia della nozione di ordine

norme già applicabili della disciplina delle adozioni). Si contesta, inoltre, anche l'utilizzo improprio che la Corte avrebbe fatto della giurisprudenza della Corte EDU, che non può essere applicata direttamente dal giudice nazionale.

¹³⁴ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 16.

¹³⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 17.

pubblico, snaturando la sua funzione di limite all'ingresso di provvedimenti stranieri in contrasto con l'insieme di principi e valori fondamentali dell'ordinamento italiano. Essendo posto a salvaguardia della coerenza interna dell'ordinamento nazionale, il concetto di ordine pubblico non può essere ricostruito facendo esclusivamente riferimento ai valori condivisi dalla comunità internazionale, ma deve ricomprendere anche principi interni considerati fondamentali e irrinunciabili¹³⁶. Tra questi, secondo il ricorrente, rientrerebbe anche quello che richiede la necessaria differenza di sesso tra i due genitori per il riconoscimento del rapporto di filiazione, principio che avrebbe influito sulla normativa nazionale in tema di P.M.A. che vieta l'accesso alle pratiche alle coppie *same sex*. La stessa legge n. 76 del 20 maggio 2016¹³⁷, che ha introdotto la possibilità di contrarre unione civile per le coppie omosessuali, ha esteso a queste un'ampia gamma dei diritti e doveri discendenti dal matrimonio, escludendo, invece, in questi casi, l'applicazione della legge n. 184 del 1983 in tema di adozione. Ai fini della valutazione di compatibilità del provvedimento straniero all'ordine pubblico, si dovrebbe, quindi, considerare anche la normativa interna sulla filiazione e il diritto familiare italiano: a detta del ricorrente, non ci sono così dubbi sulla contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento canadese, che porterebbe alla trascrizione di una doppia paternità, in Italia non consentita¹³⁸.

Le Sezioni Unite partono da una ricostruzione degli orientamenti che, nel corso del tempo, la Corte di Cassazione ha sposato in riferimento alla nozione di ordine pubblico. Inizialmente, infatti, la Corte preferiva una concezione difensiva del concetto: "l'ordine pubblico è il complesso dei principi fondamentali che costituiscono la struttura etico-sociale della comunità nazionale di un determinato periodo storico e dei principi inderogabili immanenti agli istituti giuridici"¹³⁹. Questa interpretazione vedeva l'ordine pubblico operare come limite all'ingresso nell'ordinamento di atti o norme straniere incompatibili con i valori insiti nella normativa italiana, in modo da salvaguardare la coerenza interna dell'ordinamento stesso. Pur distinguendo tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno, tuttavia, questo orientamento finiva per far

¹³⁶ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 8.

¹³⁷ Legge 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Normattiva*.

¹³⁸ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 8.

¹³⁹ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 18.

coincidere le due nozioni. L'ordine pubblico internazionale, riferito a vicende e rapporti transnazionali, infatti, veniva comunque considerato in relazione all'ordinamento nazionale, portando, quindi, a valutare la corrispondenza del provvedimento straniero alle norme interne, agli istituti nazionali, piuttosto che la sua compatibilità ai principi da cui questi sono retti. Sulla base di questo orientamento, infatti, il provvedimento straniero veniva ammesso solo nel caso in cui la disciplina straniera fosse uguale a quella italiana, chiudendo l'ordinamento a qualsiasi tipo di spunto innovativo esterno.

Ecco che negli ultimi tempi la Cassazione ha preferito un'altra concezione, definita "promozionale", poiché limita la valutazione della compatibilità dell'atto straniero "ai valori tutelati da norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale dei quali mira a favorire la diffusione per armonizzare gli ordinamenti"¹⁴⁰. È un'interpretazione del concetto di ordine pubblico che si apre all'internazionalità, dando sempre più considerazione ai valori che sono condivisi dalla comunità internazionale, a scapito, però, degli aspetti propri e caratterizzanti della disciplina interna. Si mantengono ben distinti, in questo caso, l'ordine pubblico internazionale da quello interno, per evitare che entrino nell'ordinamento giuridico nazionale solo le norme o gli atti stranieri con il medesimo contenuto di quelle italiane: si vuole così impedire l'eliminazione di ogni differenza tra gli ordinamenti, che renderebbe anche inutile l'esistenza del diritto internazionale privato¹⁴¹. Sebbene sia preminente, in questa concezione, l'attenzione ai principi enunciati dalla Costituzione o nelle fonti sovranazionali espressive di valori fondamentali condivisi universalmente, le Sezioni Unite restituiscono un ruolo importante anche alle fonti ordinarie interne. La normativa ordinaria, infatti, funge da strumento attuativo dei valori contenuti nella Costituzione che vengono, per suo mezzo, trasfusi nelle discipline degli istituti giuridici. È anche questo un profilo di cui si deve tenere conto nella valutazione della compatibilità del provvedimento straniero all'ordine pubblico, inteso come "insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato periodo storico"¹⁴². Oltre a ciò, secondo la Cassazione, l'ambito del giudizio di compatibilità va ampliato anche a ricomprendere le

¹⁴⁰ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 18.

¹⁴¹ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 19.

¹⁴² Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 22.

interpretazioni che sono fornite dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria che danno forma al diritto vivente¹⁴³.

Data questa definizione dell'ordine pubblico, il divieto di surrogazione di maternità, di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, costituisce un limite di ordine pubblico tale da impedire il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giudiziale straniero? Nella motivazione della Corte d'appello di Trento, si richiama la definizione di ordine pubblico presente in una precedente sentenza, la n. 19599 del 2016, che la Corte giudica assimilabile al caso di specie. Le Sezioni Unite, tuttavia, evidenziano come i due casi non siano esattamente identici: la sentenza del 2016, infatti, riguarda la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero che indica una coppia di donne, entrambe biologicamente legate al bambino, come madri del minore; inoltre, nel caso precedente, il bambino è nato tramite fecondazione eterologa che ha visto impiantare, nell'utero di una delle due donne, l'embrione formato con gli ovuli dell'altra¹⁴⁴ e i gameti di un donatore terzo, pratica lecita in Italia a talune condizioni. Le due vicende non sono, quindi, equiparabili, soprattutto perché è diversa la pratica che ha portato alla nascita del minore, così come il numero di soggetti esterni alla coppia coinvolti. Secondo la Cassazione, sarebbe più opportuno associare il caso di specie ad un altro affrontato dalla Corte stessa nella sentenza del 26 settembre 2014, n. 24001¹⁴⁵: la sentenza dichiara lo stato di adottabilità del minore nato da surrogazione di maternità all'estero, essendo egli privo di legami biologici con entrambi i genitori committenti¹⁴⁶. Utilizzando una simile nozione di ordine pubblico, anche la sentenza del 2014 qualifica il divieto di maternità surrogata come un limite alla trascrizione dell'atto di nascita, in quanto l'art. 12, comma 6, prevede una sanzione penale per le condotte di realizzazione, pubblicizzazione e

¹⁴³ MONTANARI A., *Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale*, in *Europa e diritto privato*, I, 2022, pag. 166, secondo l'Autore, dall'inserimento del diritto vivente nella nozione di ordine pubblico, si evince una certa autoreferenzialità da parte del giudice; come si vedrà di seguito, tuttavia, il giudice non è fonte del diritto e, nell'adattamento della regola al caso concreto, è sempre sottoposto alla legge (spetta al legislatore la concretizzazione dei principi fondamentali dell'ordinamento).

¹⁴⁴ La Corte definisce la pratica come una fecondazione eterologa dato l'utilizzo dei gameti di un uomo esterno alla coppia, contribuito senza il quale le due donne sarebbero state impossibilitate ad avere un figlio; allo stesso tempo, tuttavia, la pratica presenta anche le caratteristiche di una fecondazione omologa, in quanto entrambi i membri della coppia hanno prestato un contributo biologico alla procreazione, l'una con i propri ovuli, l'altra con il proprio utero.

¹⁴⁵ Cass., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, con commento di BENANTI C., *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, III, 2015, pag. 235-249.

¹⁴⁶ La surrogazione di maternità avviene, in questo caso, in violazione della normativa ucraina che richiede che il neonato sia geneticamente legato ad almeno uno dei genitori committenti.

commercializzazione della surrogazione di maternità. Normalmente la sanzione penale viene posta dal legislatore a tutela di beni fondamentali che in questo caso sono individuabili nella dignità della gestante, che viene ridotta a mezzo per la soddisfazione del desiderio altrui di genitorialità, e nell'istituto dell'adozione, che realizza progetti genitoriali in assenza di legami biologici con il minore¹⁴⁷. Le S.U. sottolineano come questo sia un pensiero consolidato anche nella giurisprudenza costituzionale che ha ribadito più volte la correttezza del bilanciamento effettuato dal legislatore in tema di gestazione per altri. È vero che l'ordinamento italiano non prevede come requisito per il rapporto di filiazione la presenza di un legame genetico tra genitore e figlio e, anzi, favorisce progetti familiari a prescindere da esso attraverso l'istituto dell'adozione. Allo stesso tempo, tuttavia, la libertà riconosciuta al singolo e alla coppia circa la procreazione può essere sottoposta a dei limiti quando concorre con altri interessi in gioco, che il legislatore deve bilanciare e tutelare¹⁴⁸. Nel caso della surrogazione di maternità, si sceglie di far prevalere, in tema di procreazione, il *favor veritatis*, piuttosto che il *favor filiationis* normalmente favorito¹⁴⁹. Si può dire, allora, che il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, ostacolando il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale non biologico, è contrario all'interesse del minore? La Cassazione lo esclude. La scelta del legislatore di vietare *in toto* la surrogazione di maternità, infatti, rientra nell'ambito della sua discrezionalità che gli permette di bilanciare gli interessi emergenti.

È opportuno fare ora una breve digressione sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che si è più volte pronunciata in tema di maternità surrogata, analizzando, in particolare, le sue conseguenze e l'impatto di queste sul superiore interesse del minore.

Con le sentenze *Mennesson c. Francia*¹⁵⁰ e *Labassee c. Francia*¹⁵¹ del 2014, la Corte riscontra una violazione dell'art. 8 CEDU nel mancato riconoscimento dello *status filiationis* che lega i minori nati da surrogazione al genitore committente biologico, stato legittimamente attribuito, invece, nel Paese di nascita. In questo caso, la violazione del

¹⁴⁷ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 24.

¹⁴⁸ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 26.

¹⁴⁹ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 27.

¹⁵⁰ Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014 n. 65192/11.

¹⁵¹ Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014 n. 65941/11.

diritto al rispetto della vita privata e familiare non si realizza nei confronti della coppia, ma nei confronti dei due bambini che non vedono riconosciuto a livello giuridico il rapporto, già di fatto instaurato, con il padre biologico. Si tratta di una relazione che incide fortemente sul processo di formazione della propria identità all'interno dell'ambito familiare e, più in generale, nella società, un interesse del minore che deve essere tutelato in quanto espressivo del più ampio principio del rispetto alla vita privata. A parere della Corte, allo Stato spetta un margine di apprezzamento che gli permette di adottare misure deflative della surrogazione di maternità, essendo questa una pratica considerata lesiva per la madre surrogata e vietata dall'ordinamento francese; allo stesso tempo, questo spazio di manovra non deve tradursi nell'impossibilità di riconoscere a livello giuridico la relazione che lega il minore al genitore biologico, in quanto questo determinerebbe una violazione della CEDU, a scapito del prevalente interesse del minore.

Esito diverso si ha, invece, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹⁵² in cui si discute del rifiuto, da parte delle autorità italiane, di trascrivere nei registri di stato civile l'atto di nascita di un bambino nato tramite maternità surrogata in Russia. A differenza dei due casi precedenti, il minore non condivide il suo patrimonio genetico con alcuno dei due genitori committenti, che non hanno prestatato i propri gameti per l'inseminazione artificiale. Le autorità italiane individuano nella condotta della coppia un tentativo di elusione del divieto di surrogazione di maternità, previsto all'art. 12, co. 6, della legge 40/2004, oltre che della disciplina delle adozioni internazionali: ciò giustificherebbe non solo la mancata trascrizione dell'atto di nascita estero per ragioni di ordine pubblico, ma anche l'allontanamento del bambino dai genitori committenti e il suo collocamento presso i servizi sociali. La prima pronuncia emessa dalla Corte EDU condanna l'Italia per la violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo che le ragioni addotte dalle autorità italiane non siano sufficienti per determinare un superamento dell'interesse del minore, nonostante quest'ultimo abbia vissuto solo sei mesi con i genitori committenti, con cui non condivide nemmeno una relazione biologica. La sottrazione del bambino dalla coppia, in assenza di un pericolo immediato per lo stesso, viene giudicata un rimedio sproporzionato che viola il diritto al rispetto della vita privata del minore e non considera il suo prevalente interesse. In un secondo momento, tuttavia, la Grande Chambre¹⁵³ ribalta il giudizio della

¹⁵² Corte EDU, sez. II, 27 gennaio 2015, n. 25358/12.

¹⁵³ Corte EDU, sez. Grande Camera, 24 gennaio 2017 n. 25358/12.

Corte affermando che l'Italia non ha di fatto violato l'art. 8 CEDU. In questa nuova decisione, si valorizza, da una parte, l'assenza di legame genetico con i genitori committenti e, dall'altra, la brevità del tempo in cui la coppia si è occupata del bambino, due elementi che non hanno permesso la formazione di un'effettiva vita familiare tra i soggetti coinvolti. Il rapporto instaurato tra il minore e i genitori committenti, infatti, si basa sulla violazione del divieto di surrogazione di maternità che lo rende di per sé instabile a livello giuridico, tanto da renderlo cedevole di fronte agli interessi dell'ordinamento. Il cambiamento nell'orientamento della Corte EDU ha, in questo caso, un doppio fine: torna la finalità di disincentivare una pratica considerata illecita nell'ordinamento interno, evitando, invece, di legittimare quel rapporto instaurato in maniera illecita e di creare, dunque, un precedente pericoloso per il diritto italiano¹⁵⁴.

Ecco che, all'esito di queste sentenze della Corte EDU, si riconosce agli Stati uno spazio di manovra in tema di maternità surrogata. La Corte, infatti, non esprimendosi sulla legittimità della pratica, lascia la possibilità di vietarla o meno agli ordinamenti nazionali, specificando, tuttavia, che l'eventuale divieto non deve tradursi nell'impossibilità di riconoscere il rapporto di filiazione che lega il minore al genitore committente biologico, onde evitare una violazione dell'art. 8 CEDU che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore.

In ogni caso, tornando alla sentenza n. 12193, il mancato riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese non impedisce al minore di conservare il rapporto con il genitore intenzionale. Si permette, in questi casi, il ricorso all'adozione in casi particolari: si tratta di una forma di adozione prevista in casi tassativi in cui, pur non essendoci un completo abbandono morale e materiale del minore, per realizzare il suo interesse, si ritiene opportuno e auspicabile rendere possibile l'adozione. La condizione per l'applicabilità di questo istituto è l'impossibilità, constatata, di affidamento preadottivo che, nel caso di specie, prende le forme di un'impossibilità di diritto, piuttosto che di fatto¹⁵⁵.

Le Sezioni Unite, dunque, accolgono il ricorso, negando il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese e non consentendone, quindi, la trascrizione nei registri di

¹⁵⁴ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere, cit.*, pag. 374.

¹⁵⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, *cit.*, pag. 28.

stato civile italiani. In questa prima sentenza, il divieto di surrogazione di maternità viene definito un limite di ordine pubblico, idoneo ad ostacolare la trascrizione di un atto estero ai sensi dell'art. 65 della legge 218/1995. La previsione dell'art. 12, comma 6, infatti, è posta a presidio di valori considerati fondamentali dall'ordinamento italiano, sanzionando una condotta giudicata pregiudizievole per la dignità della donna, per le relazioni umane e per l'istituto dell'adozione. Allo stesso tempo, però, la Corte riconosce la rilevanza del diritto del minore a conservare uno *status* di filiazione già acquisito in modo legittimo all'estero, permettendo il riconoscimento del suo legame con il genitore intenzionale attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, che raggiunge lo stesso scopo della trascrizione dell'atto estero, senza intaccare principi fondanti dell'ordinamento giuridico nazionale.

3. Segue: ordinanza n. 8325/2020 Cass., sez. I

Seconda tappa di questo esame della giurisprudenza civile in tema di surrogazione di maternità è rappresentata dall'ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020¹⁵⁶ della Prima Sezione della Corte di Cassazione. L'ordinanza riguarda un caso simile a quello analizzato nel paragrafo precedente: due uomini uniti civilmente ricorrono alla surrogazione di maternità in Canada per avere un figlio biologicamente legato ad uno dei due membri della coppia; il bambino viene indicato nell'atto di nascita come figlio del genitore committente che ha prestato i suoi gameti per la procreazione, non invece dell'altro genitore solo intenzionale. Anche in questo caso, la coppia ottiene, l'8 novembre 2017, una sentenza dalla *Supreme Court of British Columbia* che riconosce entrambi gli uomini come genitori del bambino, di cui viene conseguentemente modificato l'atto di nascita. Poiché in Italia è stato già trascritto l'atto di nascita precedente e poiché manca un dato normativo e giurisprudenziale certo sul tema, tuttavia, l'ufficiale di stato civile italiano non procede alla trascrizione richiesta dai genitori committenti.

La coppia, quindi, ricorre presso la Corte d'appello di Venezia per ottenere l'esecutorietà della sentenza straniera ai sensi dell'art. 67 della legge 218/1995 e la trascrizione del nuovo atto di nascita. I ricorrenti sostengono che la sentenza della Corte Suprema della Colombia Britannica, già passata in giudicato, non sia contraria all'ordine pubblico, in quanto la surrogazione di maternità è avvenuta nel rispetto della legislazione canadese.

¹⁵⁶ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, in *DeJure*.

La Corte veneziana accoglie il ricorso con ordinanza del 16 luglio 2018¹⁵⁷, ritenendo la sentenza straniera conforme alla nozione di ordine pubblico e, quindi, esecutiva anche in Italia. La Corte d'appello riconosce la sussistenza di una diversità tra le discipline sostanziali italiana e canadese: la seconda prevede la possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso e la conseguente attribuzione congiunta della responsabilità genitoriale in caso di nascita di un minore tramite P.M.A., situazione non ammessa, invece, in Italia. Secondo il Giudice, tuttavia, tale previsione non è espressiva di principi fondanti e irrinunciabili della Costituzione o del diritto europeo e non giustifica, dunque, il rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile¹⁵⁸. Come risolvere il caso? La Corte d'appello di Venezia ritiene che nel caso di specie debba emergere il superiore interesse del minore che concorre ad integrare la nozione di ordine pubblico internazionale: deve prevalere l'interesse del minore a conservare lo *status* già acquisito legittimamente all'estero e a godere dei diritti e delle tutele che ne derivano. Si esclude, invece, che rientrino nel concetto di ordine pubblico la previsione della necessità di avere due genitori di sesso diverso¹⁵⁹ e il divieto di maternità surrogata. Quest'ultimo, infatti, costituisce una scelta discrezionale del legislatore, ma non esprime principi o valori fondanti contenuti nella Costituzione e, quindi, idonei a qualificare il divieto come un limite di ordine pubblico; nemmeno la presenza della sanzione penale prevista dall'art. 12, comma sesto, è rilevante in questo senso¹⁶⁰. In ogni caso, secondo la Corte, deve prevalere il preminente interesse del minore a cui non si può sottrarre uno *status* già legittimamente acquisito in un altro Stato.

La decisione della Corte d'appello viene impugnata presso la Prima Sezione della Cassazione civile, tra i vari motivi¹⁶¹, anche per violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della l. 218/1995, dell'art. 18 d.P.R. 396/2000 e degli artt. 5 e 12, commi 2 e 6, della l. 40/2004. Secondo i ricorrenti l'ordinanza è in contrasto con dei principi fondanti

¹⁵⁷ App. Venezia, ord. 16 luglio 2018, in *OneLegale*.

¹⁵⁸ App. Venezia, ord. 16 luglio 2018, *cit.*, pag. 3.

¹⁵⁹ App. Venezia, ord. 16 luglio 2018, *cit.*, pag. 4, la Corte sottolinea come nell'ordinamento italiano sia già prevista la possibilità per un bambino di avere due genitori dello stesso sesso, ossia nell'ipotesi in cui uno dei due ottenga la rettificazione dell'attribuzione del sesso con gli effetti di cui all'art. 4 della legge n. 164 del 1982.

¹⁶⁰ App. Venezia, ord. 16 luglio 2018, *cit.*, pag. 4.

¹⁶¹ Come nel caso precedente, anche qui si lamenta il difetto assoluto di giurisdizione, la violazione dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 e la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 100 c.p.c. e dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, motivi però non rilevanti per l'analisi in corso.

dell'ordine pubblico: a differenza di quanto affermato dalla Corte veneziana, la stessa normativa in tema di procreazione medicalmente assistita esplicita la necessità di collegare il concetto di filiazione alla discendenza da due persone di sesso diverso; in secondo luogo, anche il divieto di maternità surrogata, sanzionata come reato in Italia, concorre a formare la nozione di ordine pubblico e giustifica il rifiuto di trascrivere l'atto ad esso contrario.

La Prima Sezione, tuttavia, non si adegua alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, ma solleva questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, all'art. 18 del d.P.R. del 2000, n. 396, e all'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 218 del 1995. La Cassazione si interroga, infatti, sulla corrispondenza alla Costituzione di tali norme, qualora vengano lette sulla base dell'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite nel 2019, secondo cui non sarebbe possibile riconoscere, per contrasto all'ordine pubblico, l'atto o il provvedimento giurisdizionale straniero attestante il rapporto di filiazione tra il minore, nato tramite surrogazione di maternità, e il genitore intenzionale, privo di un vincolo genetico che lo leghi al bambino. In particolare, la Corte individua un possibile contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10, 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: utilizzando l'orientamento proposto dalle S.U., non sembrerebbe possibile interpretare le norme sopracitate in linea né con il dettato costituzionale, né con le convenzioni internazionali.

La Prima Sezione arriva a tale conclusione partendo dall'analisi del parere consultivo della Grande Chambre della Corte EDU del 10 aprile 2019¹⁶², parere di per sé non vincolante, ma che sembra imporre delle scelte ermeneutiche diverse da quelle prospettate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Il parere viene rilasciato dalla Corte EDU in relazione alle già citate sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014, che condannano la Francia per la violazione dell'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In entrambi i casi, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra minore, nato tramite surrogazione, e padre biologico viene giudicato lesivo del diritto alla vita privata del figlio, in quanto pregiudizievole per il

¹⁶² Parere consultivo Corte EDU, sez. Grande Camera, 10 aprile 2019, n. 16.

processo di formazione della sua identità. A seguito delle due sentenze, la Cassazione francese viene investita del riesame del caso per la mancata trascrizione nei registri di stato civile del rapporto di filiazione anche in relazione alla madre intenzionale non biologica. La Corte di Cassazione francese chiede, quindi, alla Corte EDU se il rifiuto di trascrivere la maternità intenzionale vada oltre il limite della discrezionalità attribuita allo Stato, sulla base dell'art. 8 CEDU, e se si deve distinguere l'ipotesi di specie da quella che vede l'utilizzo dei gameti della madre committente per la fecondazione; si chiede, inoltre, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, se la previsione dell'adozione, come strumento alternativo per il riconoscimento del rapporto tra minore e madre d'intenzione, sia compatibile con la previsione del medesimo articolo. Nel parere del 2019, la Grande Camera risponde positivamente alla prima e all'ultima questione, non riscontrando, invece, la necessità di differenziare la situazione sulla base dell'utilizzo o meno dei gameti della madre intenzionale per la procreazione. La Corte EDU, infatti, afferma che il rifiuto netto di trascrizione fuoriesce dal margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, ma, allo stesso tempo, la Corte dà la possibilità di utilizzare strumenti diversi per la realizzazione dell'interesse del minore e per tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU. Si ritiene utilizzabile anche l'istituto dell'adozione, proposto dalla Cassazione francese, purchè questo risponda ad alcuni parametri: il procedimento di adozione previsto dall'ordinamento nazionale deve assicurare l'effettività e rapidità del riconoscimento, che deve realizzare il migliore interesse del minore.

Attraverso questa statuizione, la Corte EDU restringe il margine di apprezzamento degli Stati contraenti, che devono rendere sempre possibile il riconoscimento del rapporto di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico. La previsione di un divieto generale e astratto del riconoscimento a favore del genitore d'intenzione, sebbene utile a scoraggiare il ricorso alla surrogazione di maternità, finirebbe per essere pregiudizievole per l'identità del minore e per il suo diritto a vedere conservato uno *status* già legittimamente formato, compromettendo il suo inserimento nella famiglia e nella società¹⁶³. Un divieto generale appare non conciliabile con il supremo interesse del minore che richiede, di contro, una valutazione caso per caso: la Grande Camera prevede la necessità di garantire la possibilità del riconoscimento, ma allo stesso tempo sottolinea

¹⁶³ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 10.

l'ammissibilità dello stesso solo nel caso di rispondenza al prevalente interesse del minore. Se da una parte la Corte restringe la discrezionalità degli Stati, dall'altra, tuttavia, attribuisce un ampio margine di apprezzamento nell'individuazione della misura adatta alla realizzazione del riconoscimento, purchè questa garantisca effettività e rapidità dello stesso, evitando di esporre il minore ad una situazione di incertezza giuridica sul proprio stato.

In forza di quanto sancito dalla Corte EDU, secondo la Prima Sezione della Cassazione, non sembra possibile l'applicazione del diritto vivente della sentenza del 2019 senza creare dei punti di frizione con il dettato costituzionale e con le convenzioni internazionali. Un primo problema viene individuato nella qualificazione del divieto di surrogazione di maternità come un limite di ordine pubblico, che permette di giustificare il rifiuto di trascrivere il provvedimento giudiziale canadese nei registri di stato civile. Utilizzando la definizione, prospettata da una autorevole dottrina, di ordine pubblico internazionale inteso come "criterio di ragionevolezza sulla base del quale si istituisce la gerarchia assiologica tra le norme"¹⁶⁴, si rende possibile l'applicazione di norme o di provvedimenti stranieri che si distanziano dall'ordinamento interno, ma non in maniera tale da incidere su "principi fondanti e irrinunciabili dell'ordinamento" stesso, in particolare quelli "ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità"¹⁶⁵. Ecco che l'interesse pubblico, garantito da quei limiti di ordine pubblico sopracitati, cede il passo ai diritti fondamentali dell'individuo: l'ordine pubblico non può recare danno ai diritti inviolabili dell'uomo¹⁶⁶. Siccome l'interesse del minore concerne i diritti fondamentali dello stesso, ecco che non si presenta come valore da contrapporre alla nozione di ordine pubblico, ma che concorre alla sua formazione. Secondo il giudice rimettente, quindi, individuare nel divieto di surrogazione un limite di ordine pubblico, che impedisce in via generale il riconoscimento del rapporto di filiazione, va a ledere l'interesse del minore. Anche se si riserva agli Stati la possibilità di introdurre misure per dissuadere dall'utilizzo della maternità surrogata, un divieto generale e astratto di riconoscimento dello *status* non è compatibile con il preminente interesse del minore che necessita di una valutazione caso per caso: è ammesso il mancato riconoscimento del

¹⁶⁴ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 14.

¹⁶⁵ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 14.

¹⁶⁶ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 15.

rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore intenzionale, ma deve essere frutto di un controllo, in sede giurisdizionale, del concreto interesse del minore.

In un divieto di trascrizione generale, la Corte ravvisa una violazione degli artt. 2 e 3 Cost.¹⁶⁷ e dei principi di uguaglianza e non discriminazione, che, nell'ultimo ventennio, sono stati valorizzati in tema di filiazione dal legislatore e dalla giurisprudenza. *In primis*, infatti, è stato unificato lo *status* di figlio, eliminando la distinzione tra figlio legittimo e figlio naturale basata sulla circostanza della nascita; dopo di che, si è depotenziato il ruolo del contributo biologico per la costituzione del rapporto genitore-figlio, come evidenzia l'istituto dell'adozione e la più recentemente lecita pratica della fecondazione artificiale eterologa; infine, la presenza del legame biologico con il minore non è nemmeno necessariamente causa di un legame giuridico, data la possibilità, riconosciuta alla madre del bambino, di non essere nominata nel suo atto di nascita¹⁶⁸. Sulla base di queste previsioni, quindi, non sembra giustificato il mancato riconoscimento tra il minore nato tramite maternità surrogata e il genitore intenzionale non biologico. Esso, infatti, porta, da una parte, ad una discriminazione del bambino per le circostanze e per le modalità della sua nascita¹⁶⁹ e, dall'altra, ad un declassamento del genitore d'intenzione rispetto a quello biologico, per il solo fatto di non aver partecipato alla procreazione, anche se ha già acquisito il titolo di genitore effettivo all'estero. Ancora una volta, è vero che lo Stato ha la possibilità e l'esigenza di sanzionare il compimento di una condotta illecita in Italia con finalità dissuasiva, ma così fa ricadere le conseguenze negative su soggetti che non sono, almeno direttamente, gli autori della condotta stessa¹⁷⁰. L'unico soggetto che rimane illeso è, in questo caso, il genitore biologico, che vede riconosciuto il proprio rapporto con il minore anche a livello giuridico, pur essendo l'unico diretto autore della condotta sanzionata. Si finisce, quindi, per negare il riconoscimento di un rapporto già di fatto costruito tra il bambino e il genitore d'intenzione, in forza di una condotta che, seppur illecita in Italia, risulta essere riferibile ad un soggetto terzo rispetto a questi. Non si può nemmeno giustificare questa lesione dell'interesse del minore con la necessità di tutelare la dignità della madre surrogata coinvolta nella gestazione¹⁷¹. La donna, infatti,

¹⁶⁷ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 16.

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 30, co. 1, del d.P.R. n. 396 del 3 novembre 2000.

¹⁶⁹ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 16.

¹⁷⁰ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 16.

¹⁷¹ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 15.

non può essere tutelata per quella logica del “fatto compiuto” che caratterizza questi progetti di genitorialità¹⁷²: il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione non previene una lesione che ormai c’è già stata, ma fa ricadere le conseguenze dell’illecito sul minore che diventa strumento ritorsivo nei confronti dei committenti. Sotto questi profili, dunque, il bilanciamento attuato dalle Sezioni Unite non sembra funzionare.

Gli stessi aspetti emergono anche in relazione all’art. 8 CEDU, che sancisce che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. La Corte intende la nozione di vita privata e familiare in maniera ampia, facendovi rientrare “ogni espressione della personalità e dignità della persona e del diritto all’identità dell’individuo”¹⁷³. Si vuole così garantire al minore di godere pienamente delle relazioni genitoriali già instaurate, ma anche ad entrambi i genitori di “partecipare a pieno titolo alla cura e all’educazione dei figli”¹⁷⁴, adottando insieme le decisioni che li riguardano. Per questo motivo la Grande Camera restringe il margine di discrezionalità dei Paesi, che devono garantire la piena tutela del diritto all’identità personale del minore, permettendogli di fruire della sua vita familiare. La Corte EDU parla di uno stato “concretizzato”¹⁷⁵, uno *status* di figlio ormai già formato e consolidato: disconoscere un rapporto familiare legittimamente formato all’estero comporterebbe conseguenze negative per il minore che vedrebbe negata l’unicità e l’inscindibilità della sua relazione con il genitore, generando una situazione di disparità tra il genitore biologico e quello non biologico.

Come si è già affermato, la Corte EDU, se da una parte restringe il margine di apprezzamento dei Paesi contraenti per quanto riguarda il riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il minore nato da surrogazione e il genitore intenzionale, dall’altra attribuisce un’ampia discrezionalità in relazione all’individuazione di misure alternative che permettano il conseguimento dello stesso risultato. Nel parere consultivo del 2019, infatti, la Grande Camera richiede che gli Stati rendano sempre possibile il riconoscimento dello *status filiationis*, salvo che, nel caso concreto, si dimostri incompatibile con il migliore interesse del minore. Come ciò debba avvenire, tuttavia, rientra nell’ambito decisionale di ciascun ordinamento nazionale, purchè lo strumento

¹⁷² GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 737-738.

¹⁷³ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, cit., pag. 18.

¹⁷⁴ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, cit., pag. 18.

¹⁷⁵ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, cit., pag. 19.

scelto in via alternativa realizzi i due obiettivi di effettività e celerità del riconoscimento. Si può dire che l'istituto dell'adozione in casi particolari, disciplinato dall'art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, e indicato dalle Sezioni Unite della Cassazione come rimedio alternativo alla trascrizione del provvedimento estero statuente il legame giuridico tra minore e genitore intenzionale, soddisfi i requisiti indicati dalla Corte EDU? Secondo la Prima Sezione l'istituto non è idoneo a garantire l'effettività e la rapidità del riconoscimento¹⁷⁶. Il problema principale sta nella diversa disciplina che la legge 184/1983 prevede per l'adozione in casi particolari, rispetto a quella ordinaria: non si riconosce, nel primo caso, un rapporto di filiazione pieno come nell'adozione classica, ma solo una situazione affettiva di fatto già creata. Ciò ha conseguenze negative, *in primis*, per il minore che, non essendo a tutti gli effetti figlio del genitore intenzionale adottante, non si vede attribuito a livello giuridico nemmeno un legame familiare con i suoi parenti, venendo escluso, dunque, dal godimento di qualsiasi diritto successorio nei loro confronti. In secondo luogo, l'adozione in casi particolari non comporta un'equiparazione delle due figure genitoriali coinvolte: è prevista l'attribuzione di diritti e di doveri legati alla responsabilità genitoriale, ma non "piena" come nel caso dell'adozione ordinaria, determinando uno squilibrio tra i ruoli genitoriali all'interno del nucleo familiare. Il genitore non biologico, dal punto di vista giuridico, si posiziona ad un livello inferiore rispetto al genitore biologico, aspetto dimostrato anche dalla previsione, da un lato, della necessità di istanza da parte dell'adottante di utilizzare questo istituto e, dall'altro, della necessità del *placet* del genitore biologico che potrebbe, dando adito ad una dinamica conflittuale, non prestare il proprio consenso all'adozione. In questa ipotesi, si priverebbe il genitore intenzionale e il minore della facoltà di conservare, anche a livello giuridico, una relazione affettiva già costruita¹⁷⁷. L'adozione in casi particolari, inoltre, a parere della Prima Sezione, non risponde nemmeno alle esigenze di tempestività e rapidità richieste dalla Grande Chambre. L'*iter* previsto dalla normativa in materia di adozione, infatti, si presenta di per sé lungo e complesso, in quanto, a differenza della trascrizione dell'atto straniero, che si limita a riconoscere l'efficacia di un rapporto di filiazione già costituito all'estero, l'adozione in casi particolari porta alla formazione di una situazione peculiare nell'ordinamento italiano. Si tratta, per l'appunto, di un istituto

¹⁷⁶ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 20.

¹⁷⁷ Questo sia che la coppia committente sia eterosessuale, che omosessuale.

che viene utilizzato in assenza di un vero e proprio stato di abbandono materiale e morale del bambino, ma in casi in cui è comunque opportuno e auspicabile procedere all'adozione¹⁷⁸. Appare, dunque, giustificata la durata di tale processo, ma allo stesso tempo non rende l'istituto un rimedio idoneo ad evitare situazioni in cui lo *status* giuridico del minore non è certo e la responsabilità genitoriale non è pienamente attribuita al genitore d'intenzione¹⁷⁹.

Nella visione della Prima Sezione, in definitiva, il rimedio proposto dalle Sezioni Unite nel 2019 non risponde alle esigenze individuate dalla Corte EDU, così come non appare adeguato alcun altro istituto previsto dall'ordinamento italiano. Questo costituisce un altro motivo per cui la Corte ritiene opportuno sollevare questione di legittimità costituzionale, non individuando un'interpretazione del dettato costituzionale e della Convenzione EDU che consenta di leggere gli articoli discussi in maniera conforme alla precedente pronuncia delle Sezioni Unite.

4. Segue: sentenza n. 33/2021 Corte cost.

Con la sentenza del 9 marzo 2021, n. 33¹⁸⁰, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Prima Sezione civile della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020. La Prima Sezione della Cassazione ha, infatti, riscontrato un contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10, 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, da parte dell'art. 64, co. 1, della legge 218/1995, dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 e dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004. Queste disposizioni entrerebbero in contrasto con i parametri indicati “nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le

¹⁷⁸ TATTINI S., *Operatività ex post del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattito tema del riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2023, pag. 77.

¹⁷⁹ Secondo la Corte potrebbe fungere da strumento per tutelare la relazione nel caso in cui il riconoscimento pieno non costituisca il migliore interesse per il minore: ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, *cit.*, pag. 22.

¹⁸⁰ Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, in *DeJure*.

modalità della maternità surrogata del c.d. genitore d'intenzione non biologico”¹⁸¹. La decisione della Corte costituzionale si occupa, dunque, del tema dello stato civile del minore, in particolare del riconoscimento in Italia degli effetti dell'atto straniero che attesta il rapporto di filiazione, non solo tra il minore e il genitore biologico, ma anche con il genitore intenzionale che non ha contribuito, a livello genetico, alla procreazione.

La Corte inizia procedendo a dichiarare l'inammissibilità di alcune eccezioni proposte dall'Avvocatura generale dello Stato. Quest'ultima lamenta, *in primis*, l'errato utilizzo, come parametro interposto, del parere della Grande Camera del 2019, che non solo non è di per sé vincolante, ma è stato reso sulla base di un protocollo – il n. 16 della CEDU – non ratificato dall'Italia¹⁸². Sebbene le affermazioni sul parere siano vere, il giudice costituzionale non ritiene che la Prima Sezione ne abbia fatto un uso sbagliato in quanto si è limitata a richiamarlo, per poi incardinare le sue motivazioni direttamente sull'art. 8 CEDU. Altra eccezione di inammissibilità proposta verte, invece, sul mancato esperimento dell'interpretazione conforme. Anche questa viene giudicata infondata dalla Corte costituzionale poiché nell'ordinanza di rimessione è stata sufficientemente motivata l'impossibilità di rendere un'interpretazione conforme alle norme, proprio a causa della sentenza del 2019 delle Sezioni Unite, sulla base della quale viene prospettato il giudizio di legittimità costituzionale. La Prima Sezione, inoltre, non avrebbe dovuto necessariamente rimettere la questione alle Sezioni Unite della Cassazione¹⁸³: ogni autorità giudiziaria è sollecitata ad individuare le possibili incompatibilità con la Costituzione e a promuovere il giudizio davanti alla Corte costituzionale, senza passare per l'eventuale vaglio preliminare delle Sezioni Unite. Infine, la Corte dichiara d'ufficio l'inammissibilità della questione relativa al contrasto con l'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 24 CDFUE che non è stata oggetto di una specifica motivazione da parte del giudice *a quo*¹⁸⁴.

¹⁸¹ Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, *cit.*, pag. 2.

¹⁸² L'art. 5 di tale protocollo afferma che i pareri consultivi non sono vincolanti per cui, se il parere della Grande Camera del 2019 non è vincolante per i Paesi che hanno ratificato il Protocollo n. 16, a maggior ragione non lo è per l'Italia.

¹⁸³ Secondo l'Avvocatura era necessario, in quanto il parere della Corte EDU del 10 aprile 2019, di poco successivo alla sentenza 12193/2019 (depositata l'8 maggio 2019, ma risalente al 6 novembre 2018), costituiva un *novum* tale da giustificare una nuova decisione delle Sezioni Unite sulla questione.

¹⁸⁴ Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, *cit.*, pag. 14, non è stata motivata la possibilità di ricondurre la norma all'ambito di applicazione del diritto europeo.

Affrontate queste questioni preliminari, la Corte entra nel cuore del *thema decidendum*. La Prima Sezione sostiene che non sia possibile una lettura compatibile con la Costituzione e le norme internazionali degli articoli oggetto della domanda, nel caso si vada ad applicare il diritto vivente contenuto nella sentenza 12193/2019 della Cassazione. La pronuncia delle Sezioni Unite individua nel divieto di maternità surrogata un principio di ordine pubblico che giustifica la mancata trascrizione del rapporto di filiazione, attestato da un provvedimento giudiziario estero, tra minore nato attraverso la surrogazione di maternità e il genitore intenzionale. La Cassazione si aggancia qui ad un aspetto formale¹⁸⁵: la disposizione dell'art. 12, co. 6, è posta a tutela di valori fondamentali quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione che, sulla base di una valutazione del legislatore, prevalgono a priori sull'interesse del minore.

Anche la Corte costituzionale riconosce il disvalore della surrogazione di maternità¹⁸⁶ ed evidenzia il pericolo, che soggiace a tale pratica, dello sfruttamento della donna e delle sue eventuali condizioni di disagio sociale ed economico, che possono influire sulla libertà delle sue scelte. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte procede ad individuare i confini della questione di legittimità prospettata dall'ordinanza n. 8325: non si discute della legittimità della maternità surrogata e nemmeno della possibilità di qualificare il divieto dell'art. 12, co. 6, come limite di ordine pubblico, ma dell'idoneità del diritto vivente a garantire la salvaguardia dell'interesse del minore e dei suoi diritti, così come sanciti dalla Costituzione e dalle norme sovranazionali.

Nelle decisioni adottate dalle autorità pubbliche riguardanti i minori, secondo la Corte, si deve perseguire come obiettivo la realizzazione dei *best interests of the child* o dell'*intérêt supérieur*. Queste sono due formule, rispettivamente in inglese e in francese, che riassumono un principio confluito nei parametri interposti fino a qui citati: si ritrova all'interno dell'art. 3, co. 1, della Convenzione di New York delle 1989, al secondo comma dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e viene considerato, dalla giurisprudenza della Corte EDU, come una declinazione del diritto alla vita privata e familiare previsto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In delle precedenti sentenze, in riferimento agli artt. 30 e 31 Cost., anche la

¹⁸⁵ TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., pag. 1049.

¹⁸⁶ Anche in sentenze precedenti, come la n. 272 del 2017, la Corte costituzionale ha affermato che la maternità surrogata "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Corte costituzionale italiana recepisce il contenuto di tale principio, che si esplica nella necessità di ricercare la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, "quella che garantisca, soprattutto da un punto di vista morale, la miglior cura della persona"¹⁸⁷. Si chiede, quindi, una valutazione del caso concreto per la realizzazione effettiva del miglior interesse del minore. Prendendo in considerazione il caso di specie, il bambino nato tramite maternità surrogata in Canada, è stato accudito fin dalla nascita¹⁸⁸ dalla coppia committente, che ha deciso di fare ricorso a tale pratica determinando il concepimento e la venuta al mondo del minore. Non c'è dubbio, dunque, che risponda all'interesse del minore vedere riconosciuti a livello giuridico i rapporti che, già di fatto, ha instaurato con i due genitori. Il riconoscimento del suo *status filiationis*, infatti, incide sull'identità del bambino, che si forma all'interno del contesto familiare in cui vive e cresce e di cui ha interesse ad essere riconosciuto membro¹⁸⁹. Allo stesso tempo, il riconoscimento del rapporto di filiazione comporta l'attribuzione della responsabilità genitoriale in capo ai due committenti, aspetto che non rileva tanto dal punto di vista di un presunto diritto alla genitorialità dei due, ma dal punto di vista del "fascio di doveri funzionali agli interessi del minore" che le sono collegati¹⁹⁰.

Ecco perché gli Stati, pur vietando la pratica della surrogazione, devono consentire il riconoscimento dei rapporti che si creano in seguito alla stessa: il mancato riconoscimento produce effetti negativi nei confronti del minore che subisce una diminuzione dei suoi diritti in forza di una condotta illecita altrui. Si vuole così evitare la strumentalizzazione del figlio per punire una condotta dei genitori, la cui antigiuridicità non è tale da giustificare una discriminazione del minore per la sola modalità con cui è venuto al mondo. Allo stesso modo, tuttavia, evitare la strumentalizzazione del minore non può avere l'effetto contrario di legittimare l'illecito della coppia committente che nasconde la propria condotta antigiuridica dietro l'interesse del figlio.

Per questo motivo non può esserci una prevalenza automatica dell'interesse del minore: si usano spesso termini come "preminente" o "superiore" interesse per evidenziarne il

¹⁸⁷ Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, *cit.*, pag. 15.

¹⁸⁸ Dalla nascita sono passati circa sei anni.

¹⁸⁹ Lo stesso vale anche nel caso di una coppia omosessuale e, quindi, di una famiglia omogenitoriale, perché l'orientamento sessuale non è indicativo dell'idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale.

¹⁹⁰ Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, *cit.*, pag. 16. Assieme ai doveri di cui sono titolari i genitori, discendono anche una serie di diritti connessi alla responsabilità genitoriale, come, per esempio, quelli patrimoniali o successori.

peso e l'importanza, ma è comunque un valore da bilanciare con gli altri interessi in gioco, egualmente tutelati dalla Costituzione. Nello specifico, l'interesse del minore va bilanciato, applicando il principio di proporzionalità, con la necessità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata, che rimane una pratica vietata in Italia. È proprio questo che hanno fatto le Sezioni Unite vietando la trascrizione del provvedimento straniero, ragione per cui la Corte costituzionale non può dichiarare ammissibile la questione di legittimità promossa dalla Prima Sezione. Del resto, la stessa giurisprudenza della Corte EDU dà la possibilità agli Stati di rifiutare la trascrizione dei provvedimenti giudiziari o degli atti di nascita stranieri attestanti il legame di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale non biologico, purchè venga previsto uno strumento alternativo che lo permetta.

Per quanto concerne quest'ultimo profilo, invece, la Corte costituzionale si trova d'accordo con la Prima Sezione, reputando l'adozione in casi particolari uno strumento che, per quanto offra una tutela significativa al minore, non è del tutto adeguato sulla base dei parametri indicati dalla Corte EDU. Come si è già detto in precedenza, infatti, l'adozione in casi particolari, disciplinata dall'art. 44, co. 1, lett. d), della legge 184/1983, non attribuisce la genitorialità all'adottante e non permette la costituzione di vincoli giuridici di parentela tra i familiari di costui e il minore, oltre a necessitare del consenso del genitore biologico per l'avvio del procedimento, previsione che comporta problemi in eventuali situazioni di crisi della coppia. La Corte, tuttavia, pur riconoscendo l'esistenza di molte soluzioni possibili, rinvia al legislatore l'individuazione di quella migliore, in luce della complessità sistematica del tema.

Con questa decisione, in definitiva, la Corte costituzionale riesce a salvaguardare la discrezionalità del legislatore¹⁹¹, lasciandogli spazio di manovra in temi eticamente sensibili come quello della surrogazione di maternità, e, allo stesso tempo, chiarisce il ruolo della giurisprudenza che, di fronte a temi socialmente divisivi su cui il legislatore non si esprime, comunque deve fare un passo indietro¹⁹².

¹⁹¹ FERRARI F., *"La giurisprudenza non è fonte del diritto". Nota a SS.UU. N. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *Federalismi.it*, VI, 2023, pag. 104.

¹⁹² GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 719.

5. Segue: ordinanza 1842/2022 Cass., sez. I

Restituita la causa alla Prima Sezione della Corte di Cassazione, questa decide di investire nuovamente le Sezioni Unite della questione con l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022¹⁹³. La Prima Sezione ritiene che la sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale abbia determinato il superamento del diritto vivente costituito dalla sentenza delle S.U. del 2019, essendo venuti meno due assunti su cui quest'ultima si fondava: da una parte, il bilanciamento aprioristico compiuto dal legislatore secondo cui, in via generale, il divieto di surrogazione di maternità prevale sull'interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione¹⁹⁴; dall'altra, la possibilità, per il genitore intenzionale, di fare ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari come strumento alternativo alla delibazione della sentenza o alla trascrizione dell'atto di nascita¹⁹⁵. L'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, che, a parere del giudice delle leggi, non risponde esattamente ai requisiti indicati dalla Corte EDU, comporta un vuoto normativo poiché manca lo strumento alternativo alla trascrizione dell'atto straniero che permetta il riconoscimento del rapporto di filiazione a favore del genitore intenzionale. Per questo motivo la Corte costituzionale emana una sentenza che viene definita "monitoria" ossia una pronuncia di rigetto che, tuttavia, individuando un profilo di incostituzionalità nella materia oggetto d'esame, richiede un intervento del legislatore sul merito. Come si è già affermato nel paragrafo precedente, la Corte ritiene opportuno che sia il legislatore ad intervenire in una questione eticamente sensibile come quella della surrogazione di maternità e del riconoscimento dei suoi effetti, esplicitando la necessità per la giurisprudenza di cedere il passo. Nonostante il monito della Corte costituzionale, però, non c'è ancora stato un intervento del legislatore, in mancanza del quale, secondo la Prima Sezione, si aprono due possibilità: applicare la soluzione precedente o introdurre una nuova. Entrambe le strade si espongono a profili di criticità perché, utilizzando la pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, si rischia un contrasto con le previsioni della Corte EDU; nel secondo caso, invece, si permette al giudice di scavalcare il legislatore inerte al fine di individuare un'interpretazione adeguatrice che, sulla base di quanto affermato dalla Corte costituzionale, permetta un nuovo

¹⁹³ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, in *DeJure*.

¹⁹⁴ Di conseguenza cade anche la qualificazione del divieto dell'art. 12, co. 6, della legge 40/2004, come un limite di ordine pubblico.

¹⁹⁵ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, *cit.*, pag. 12.

bilanciamento tra l'interesse del minore e lo scopo di dissuasione dal ricorso alla surrogazione. Secondo la Prima Sezione deve prevalere la seconda soluzione, soprattutto perché il tema della maternità surrogata e del riconoscimento dei suoi effetti, coinvolgono diritti inviolabili che non possono godere di una tutela lacunosa in attesa di un intervento normativo che tarda ad arrivare. Il collegio, inoltre, ritiene sia opportuno che ad individuare la soluzione ermeneutica in una materia così sensibile siano le Sezioni Unite nell'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

La prima questione che viene rivolta alle Sezioni Unite, quindi, riguarda il superamento del diritto vivente sancito nel 2019 che avrebbe causato, in assenza di un intervento del legislatore, un vuoto normativo. La Prima Sezione chiede poi se questo vuoto sia colmabile dalla giurisprudenza stessa con un'interpretazione adeguatrice e propone una possibile soluzione al problema, analizzando gli strumenti normativi già esistenti nell'ordinamento italiano. Secondo la Corte il principale ostacolo all'utilizzo della trascrizione dell'atto è costituito dal carattere automatico che progressivamente questo istituto ha assunto, caratteristica che stona con una materia sensibile come quella del caso, che tende a prediligere un approccio concreto, piuttosto che astratto. Il giudice *a quo*, dunque, propone di svolgere la valutazione di compatibilità all'ordine pubblico della sentenza o dell'atto straniero in relazione al caso concreto. Ciò non legittimerebbe in Italia l'accordo di maternità surrogata, che rimane pratica sanzionata penalmente: le Sezioni Unite nel 2019, infatti, sanciscono che l'ingresso nell'ordinamento italiano di atti o provvedimenti stranieri non comporta l'applicazione degli istituti di altri ordinamenti, ma la produzione dei loro effetti in quanto compatibili con l'ordine pubblico. Verrebbe legittimata, invece, l'assunzione di responsabilità da parte del genitore intenzionale che fin dalla nascita del minore lo ha accudito, pur non avendo direttamente partecipato al processo procreativo. Una verifica caso per caso, inoltre, escluderebbe quella valutazione aprioristica della compatibilità del riconoscimento all'ordine pubblico, che finirebbe per utilizzare il minore come strumento per penalizzare i genitori committenti¹⁹⁶.

Pur richiedendo una valutazione concreta del caso da parte del giudice, tuttavia, la Corte ritiene opportuno applicare nella stessa dei criteri generali: è necessario utilizzare il criterio di inerenza per l'individuazione dei valori costituzionali che potenzialmente

¹⁹⁶ CALDIRONI M., *Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione*, in *Biolaw Journal*, I, 2023, pag. 135.

entrano in conflitto tra loro e i principi di proporzionalità e ragionevolezza per l'effettuazione del bilanciamento tra gli stessi¹⁹⁷.

Quali sono, dunque, i valori costituzionali che emergono e che devono essere presi in considerazione? *In primis*, viene in gioco l'interesse del minore che non può essere discriminato per le circostanze e le modalità della sua nascita: si tratta di consentire un'equiparazione del figlio di sangue e del figlio di scelta¹⁹⁸. Anche il bambino nato tramite maternità surrogata, infatti, ha diritto a vedere riconosciuto il suo stato di figlio, non solo nei confronti del genitore biologico, ma anche di quello solo intenzionale, in quanto essenziale per la formazione della sua identità e, allo stesso tempo, per tutelare la sua dignità in quanto essere umano. Bisogna sottolineare come, in questo caso, non è una questione di garantire un presunto diritto alla genitorialità dei committenti, ma il diritto del minore ad avere entrambi i genitori perché da entrambi è stato accudito fin dalla nascita.

In secondo luogo, si devono prendere in considerazione i due beni oggetto di tutela del divieto di surrogazione di maternità ossia la dignità della donna e la preservazione dell'istituto dell'adozione. Partendo dalla tutela della dignità della gestante, secondo la Prima Sezione della Cassazione, si devono valutare le condizioni in cui versa la madre surrogata quando si presta a condurre la gravidanza per conto di terzi. La delibazione del provvedimento giudiziale straniero sarebbe da escludere nel caso in cui l'accordo di surrogazione comportasse uno sfruttamento della gestante e realizzasse, quindi, uno stato di soggezione lesivo per la sua dignità. Se, invece, la scelta della madre surrogata di prestare il proprio utero per la gravidanza fosse libera, consapevole e sempre revocabile fino al momento della nascita e non condizionata dalla presenza di contropartite economiche, sarebbe irragionevole impedire a priori la trascrizione dell'atto. La dignità della donna sembrerebbe essere già tutelata dalle modalità previste per la surrogazione dall'ordinamento straniero in cui tale pratica è lecita: si riconosce alla donna "la libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale"¹⁹⁹, evitando di effettuare una imposizione di valori al singolo²⁰⁰. Anche perché, in ogni caso, impedire il riconoscimento dello *status filiationis* del minore, nato

¹⁹⁷ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, *cit.*, pag. 17.

¹⁹⁸ FERRANDO G., *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 2022, pag. 12.

¹⁹⁹ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, *cit.*, pag. 18.

²⁰⁰ TATTINI S., *Operatività ex post del divieto di maternità surrogata*, *cit.*, pag. 84.

attraverso la surrogazione di maternità, nei confronti del genitore d'intenzione, non permetterebbe di tutelare la dignità della donna, già lesa dallo svolgimento della pratica. La soluzione fino a qui proposta dalla Prima Sezione, tuttavia, presenta un profilo problematico poiché si esclude il riconoscimento dello *status filiationis* nel caso venga accertata, o sia dubbia, la presenza di una violazione della libertà di autodeterminazione della madre surrogata²⁰¹. In questo modo, infatti, la decisione di permettere o meno il riconoscimento del rapporto di filiazione viene fondata su un aspetto che non incide in alcun modo sull'interesse del minore, ossia la lesione della dignità della gestante. È un approccio che, dunque, comporta una strumentalizzazione del minore per disincentivare il ricorso alla maternità surrogata, un effetto che la Corte, però, si prefigge di evitare. Per quanto riguarda, invece, la finalità di preservare l'istituto dell'adozione dalle possibili interferenze operate dagli accordi di surrogazione di maternità, si intende proteggere il minore da “pratiche illusorie e illegali intese a vanificare le norme che lo garantiscono, specificamente nei procedimenti di adozione internazionale, da qualsiasi forma di mercificazione”²⁰². Il giudice *a quo* cita, a tal proposito, tre sentenze che permettono l'individuazione di tre ipotesi in cui non si ammette il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. La prima è la già citata sentenza n. 24001 del 2014 in cui si impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione a causa della violazione, da parte della coppia committente, della normativa ucraina in tema di surrogazione di maternità. La procreazione nel caso di specie, infatti, avviene senza il contributo genetico di alcuno dei committenti, nonostante questo rappresenti una delle condizioni di legittimità dell'accordo di surrogazione ai sensi del diritto ucraino. Viene sanzionata, quindi, “la strumentalizzazione fraudolenta della liceità della surrogazione di maternità”²⁰³ con la mancata trascrizione dell'atto di nascita, che viene considerato inefficace in Italia, e con la dichiarazione di adottabilità del minore. Una prima ipotesi in cui non si legittima il riconoscimento del rapporto di filiazione si ha, dunque, nel caso di maternità surrogata posta in essere in violazione della normativa straniera. Una seconda ipotesi, invece, riconducibile alla sentenza n. 9006 del 2021, si ha nel caso in cui l'adozione celi, in realtà, un accordo di surrogazione. In questa occasione, le Sezioni Unite consentono, non riscontrando un contrasto con l'ordine pubblico, la trascrizione

²⁰¹ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 723.

²⁰² Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, cit., pag. 19.

²⁰³ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, cit., pag. 19.

dell'atto di adozione straniero che attesta la piena adozione di un minore a favore di una coppia omosessuale: la Corte specifica che l'omogenitorialità non costituisce un elemento impeditivo dell'adozione, purchè la filiazione non sia basata su un contratto di maternità surrogata. L'ultima ipotesi, in cui si giustifica il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione, si ha nel caso in cui la surrogazione avvenga in assenza di un contributo genetico da parte dei genitori committenti e, quindi, il neonato non abbia alcun legame biologico con questi. La Corte richiama qui il caso *Valdis Glodis Fjolnisdottir ed Eydis Ros Glodis Agnarsdottir c. Islanda* del 2021 in cui la Corte EDU si occupa di una maternità surrogata in cui la coppia committente, composta da due donne, non offre i propri gameti per la fecondazione²⁰⁴. Le due donne, dopo il divorzio, si vedono preclusa dall'ordinamento finlandese la possibilità di adottare, con adozione piena, il minore, pur essendo questo lo strumento precedentemente indicato come alternativa al riconoscimento²⁰⁵. La Corte EDU, in questo caso, legittima la possibilità di adozione a favore delle due donne, in modo da evitare una violazione dell'art. 8 CEDU: la Corte fa prevalere il rapporto familiare già in concreto costituito e riconosciuto all'estero, ma non legittima in via generale il riconoscimento del rapporto di filiazione in assenza di un legame genetico tra il minore e almeno uno dei genitori committenti²⁰⁶.

Ultimo profilo da analizzare circa l'interpretazione proposta dal giudice *a quo* riguarda, infine, l'obiettivo, perseguito dall'ordinamento, di dissuadere i cittadini dal ricorso alla surrogazione di maternità. Riassumendo la soluzione prospettata dalla Prima Sezione, questa chiede una valutazione del caso concreto da parte del giudice, tenendo in considerazione le modalità con cui la surrogata ha prestato il suo consenso, la presenza o meno di un legame biologico tra il minore e i genitori committenti e l'interesse effettivo del bambino a vedere riconosciuto il rapporto familiare con questi instaurato. È idonea a realizzare lo scopo deflativo? Secondo la Prima Sezione ha ampia efficacia dissuasiva nel momento in cui si esclude il riconoscimento del rapporto di filiazione nel caso concreto sulla base di criteri generali, senza, però, realizzare una strumentalizzazione del

²⁰⁴ Ipotesi ammessa dalla normativa californiana.

²⁰⁵ Prima del divorzio, alla coppia era stata concessa l'adozione piena come strumento alternativo al riconoscimento dell'atto di nascita straniero, previsto solamente per la madre gestazionale e, eventualmente, il *partner* genitore intenzionale.

²⁰⁶ Per questo motivo la pronuncia non rappresenta un'inversione di tendenza della Corte EDU, ma, anzi, conferma quanto precedentemente affermato nei casi *Mennesson*, *Labassee* e *Paradiso Campanelli*.

minore²⁰⁷. Il bilanciamento tra la finalità dissuasiva e l'interesse del minore al riconoscimento, infatti, deve avvenire secondo una logica di prevenzione, piuttosto che di ritorsione: quest'ultima vanificherebbe l'effetto di disincentivazione della maternità surrogata, rendendolo sproporzionato e irragionevole, a fronte di una compressione dei diritti del minore che non è in alcun modo responsabile per la condotta illecita. Certo è che più significativo sarebbe un intervento del legislatore che, attraverso l'utilizzo degli strumenti pattizi di diritto internazionale²⁰⁸, dovrebbe, da una parte, limitare l'accesso a queste pratiche procreative da parte dei cittadini italiani all'estero e, dall'altra, cercare di uniformare nei vari Stati la disciplina di questa materia particolarmente sensibile²⁰⁹.

6. Segue: sentenza 38162/2022 Cass., sez. un.

La sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022²¹⁰, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione rispondono alle questioni presentate dalla Prima Sezione civile, va a chiudere la vicenda giurisprudenziale iniziata nel 2017, offrendo una soluzione al problema del riconoscimento in Italia degli effetti della surrogazione di maternità eseguita all'estero.

Da un punto di vista tematico, la sentenza può essere scomposta in due parti. La prima si occupa dell'adozione in casi particolari, istituto che, secondo il diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193 del 2022, funge da rimedio alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita straniero ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il minore nato tramite maternità surrogata e il genitore intenzionale non biologico. Questo istituto, disciplinato dal Titolo IV della legge n. 184 del 1983 in materia di adozione e affidamento dei minori, per l'appunto, viene introdotto dal legislatore negli anni '80 proprio per rendere possibile l'adozione anche per i minori che non presentano i requisiti previsti all'art. 6 della stessa legge, in modo da riconoscere sul piano giuridico dei rapporti che nella realtà di fatto si sono già formati²¹¹. La *ratio* dell'istituto, quindi, trova sicuramente riscontro nelle ipotesi di surrogazione di maternità viste fino ad ora, dato che, nei casi di specie, si discute circa la possibilità di attribuire

²⁰⁷ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, *cit.*, pag. 21.

²⁰⁸ Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, *cit.*, pag. 21.

²⁰⁹ Anche a fronte delle conseguenze che si produrrebbero a livello europeo sui diritti del minore, in particolare quelli di circolazione e di soggiorno.

²¹⁰ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*

²¹¹ FERRANDO G., *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, *cit.*, pag. 3.

rilevanza giuridica a dei rapporti affettivi e di cura che fin dalla nascita il minore ha costituito e sviluppato con il genitore committente non biologico. Come si è visto nei paragrafi precedenti, tuttavia, la Corte costituzionale, pur classificando l'adozione in casi particolari come una potenziale soluzione al problema, ne ha evidenziato anche i profili critici, definendolo strumento non completamente idoneo allo scopo perseguito e non adeguato rispetto ai criteri indicati dalla Corte EDU. Come disciplinato fino al 2022, infatti, l'istituto non sembra rispondere, *in primis*, al requisito di effettività del riconoscimento richiesto dalla Corte europea, poiché non produce gli effetti pieni dell'adozione ordinaria: l'adottato non acquista lo stato di figlio dell'adottante e, allo stesso modo, sul piano giuridico non viene nemmeno considerato parente dei suoi familiari. L'adozione in casi particolari presenta, inoltre, delle problematiche in termini di procedimento, in quanto quest'ultimo risulta essere subordinato, da una parte, al consenso del genitore biologico e, dall'altra, all'iniziativa del genitore intenzionale. Oltre a ciò, infine, il procedimento tende a richiedere delle tempistiche molto dilatate, determinando il venir meno anche del carattere celere richiesto dalla Corte EDU. Per questi motivi, la Prima Sezione della Cassazione chiede alle Sezioni Unite se, dato il *deficit* di adeguatezza dell'istituto indicato nel 2019 e la mancanza dell'intervento del legislatore richiesto dalla Corte costituzionale, si sia realizzato un vuoto normativo. Le Sezioni Unite lo escludono²¹² e ribadiscono la soluzione prospettata nel 2019.

A fondamento della propria decisione, la Corte cita la sentenza n. 79 del 28 marzo 2022²¹³ con cui la Corte costituzionale dichiara la parziale incostituzionalità dell'art. 55 della legge 184 del 1983, comportando una modifica della disciplina dell'adozione in casi particolari che pone rimedio ad alcuni dei problemi fino a qui emersi. Il caso in questione è nuovamente simile a quelli precedenti, trattandosi anche qui del rapporto di filiazione tra una bambina nata tramite surrogazione di maternità all'estero e il genitore intenzionale, unito civilmente al genitore committente biologico: il genitore intenzionale

²¹² La sentenza n. 33 del 2021 non ha comportato un vuoto normativo perché la Corte costituzionale, pur individuando delle criticità nell'istituto dell'adozione in casi particolari, non ha pronunciato una sentenza di accoglimento, ma ha dichiarato la questione inammissibile. La pronuncia costituisce sì una sentenza monito, che invita il legislatore ad intervenire sul tema, ma non una sentenza di illegittimità accertata e non dichiarata come aveva invece prospettato la Prima Sezione: il giudice delle leggi non interviene direttamente, riconoscendo che la materia, di natura particolarmente sensibile, necessita di una valutazione discrezionale del legislatore, interprete e portavoce del sentire sociale di questo determinato periodo storico.

²¹³ Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, in *DeJure*.

chiede al giudice italiano l'adozione della bambina ex art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, e il riconoscimento, per effetto della sentenza di adozione, dei rapporti della minore con i propri parenti. Il giudice *a quo* ritiene di poter accogliere la domanda di adozione²¹⁴, ma non la seconda domanda, per cui solleva questione di legittimità costituzionale con oggetto l'art. 55 della legge 184/1983. Il giudice costituzionale, riscontrando un contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, dichiara l'articolo illegittimo nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 300, comma secondo, c.c., esclude che l'adozione comporti rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La previsione giudicata incostituzionale, infatti, "priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali"²¹⁵ con i familiari dell'adottante, tutele che il legislatore, riformando il diritto di famiglia in tema di filiazione, ha voluto garantire a tutti i figli, di modo che godano di un "ambiente solido e protetto da vincoli familiari"²¹⁶. In secondo luogo, la Corte vuole così assicurare al minore la tutela del suo diritto di identità, su cui influiscono le relazioni che lui crea e mantiene stabilmente anche all'interno della famiglia dell'adottante.

La dichiarazione di incostituzionalità, quindi, ha reso di fatto omogenei gli effetti dell'adozione ordinaria e dell'adozione in casi particolari (conservando, invece, i differenti requisiti d'accesso e le diverse procedure d'adozione)²¹⁷. Anche per la seconda, infatti, si producono gli effetti pieni dell'adozione: il bambino acquista lo stato di figlio dell'adottante e i diritti che ne conseguono, come quelli patrimoniali e successori; l'adottante si vede attribuita la responsabilità genitoriale e i doveri che ne discendono; infine, l'ordinamento riconosce anche le relazioni parentali tra il minore e i familiari dell'adottante e i diritti connessi²¹⁸. Ecco che viene rimosso un primo elemento critico

²¹⁴ Per orientamento giurisprudenziale ormai consolidato con la sentenza del 2019, l'impossibilità di affidamento preadottivo richiesta dalla disciplina dell'adozione in casi particolari, nell'ipotesi del genitore intenzionale, viene interpretata come un'impossibilità non di fatto, ma di diritto.

²¹⁵ Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, *cit.*, pag. 16.

²¹⁶ Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, *cit.*, pag. 16.

²¹⁷ Nella sentenza n. 38162 del 2022, la Cassazione sottolinea la ricerca un'unicità sempre più rafforzata dello stato di figlio e, allo stesso tempo, una tendenza a considerare in maniera unitaria le materie della filiazione e dell'adozione.

²¹⁸ FERRANDO G., *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, *cit.*, pag. 5 e ss., sottolinea come non si debbano limitare i diritti del minore in forza di un "dogma dell'esclusività della famiglia" secondo cui si può appartenere ad una sola famiglia, perché l'identità stessa del minore è caratterizzata dalla doppia appartenenza a due nuclei familiari, quello biologico e quello intenzionale.

della disciplina, dando soluzione al problema dell'effettività del riconoscimento e riallineando l'istituto alle esigenze evidenziate dalla Corte EDU.

La Corte di Cassazione si concentra poi sulla previsione, da parte dell'art. 46 della legge 184 del 1983, della necessità dell'assenso da parte del genitore biologico per la conclusione del procedimento di adozione. La norma prosegue poi affermando che “quando è negato l'assenso, il tribunale, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale”. Il secondo comma prevede la possibilità di andare oltre la mancanza di assenso da parte del genitore, ma sembra limitarla ai casi in cui lo stesso non eserciti la responsabilità genitoriale e cioè, non solo manchi l'esercizio in concreto di tale responsabilità da anni, ma non ci sia nemmeno un rapporto affettivo e di cura tra il minore e il genitore. Si tratta di un'ipotesi molto stringente che escluderebbe la possibilità, nel caso di specie, di superare il dissenso del genitore biologico che, fin dalla nascita del minore, ha esercitato la responsabilità genitoriale. Le Sezioni Unite, tuttavia, ritengono che sia qui possibile realizzare un'interpretazione costituzionalmente conforme della disciplina, introducendo due ipotesi ulteriori in cui permettere l'adozione in assenza del consenso del genitore biologico. La Corte, infatti, richiamando l'art. 57 della legge n. 184, che chiede al giudice una verifica circa l'idoneità dell'adozione a realizzare il miglior interesse del minore, esclude l'efficacia del dissenso del genitore biologico qualora sia sostenuto da ragioni puramente egoistiche: non può trattarsi di un'espressione di volontà meramente potestativa, ma deve essere, ancora una volta, funzionale all'interesse del minore²¹⁹. Nel caso in esame, il genitore intenzionale ha partecipato al progetto procreativo che ha portato alla nascita del minore, momento a partire dal quale si è sviluppato un rapporto affettivo e di cura tutt'ora esistente. È nell'interesse del minore, quindi, evitare la perdita di una relazione già formata e di un contesto familiare all'interno del quale è cresciuto e che ha inciso sullo sviluppo della sua identità²²⁰. Per questo motivo si dà la possibilità al giudice di superare il dissenso del genitore biologico per garantire al minore la continuità della relazione già instaurata con il genitore intenzionale che di lui si è preso cura fin dalla nascita, non, invece, nel caso in cui il genitore d'intenzione non

²¹⁹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 22-23.

²²⁰ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 23.

abbia mai sviluppato un rapporto affettivo e di cura con il bambino o nel caso in cui, dopo la partecipazione al progetto procreativo, abbia abbandonato il compagno e il neonato²²¹.

Se la sentenza della Corte costituzionale in tema di adozione, da una parte, e l'interpretazione adeguatrice delle Sezioni Unite, dall'altra, permettono l'accomodamento dell'adozione in casi particolari all'esigenza di assicurare un riconoscimento effettivo del rapporto di filiazione, continuano ad esserci aspetti critici non superabili. *In primis*, infatti, l'avvio della procedura di adozione rimane subordinato all'iniziativa del solo genitore intenzionale, mentre è esclusa la possibilità per il minore di richiedere il procedimento, non essendogli riconosciuto il diritto ad instaurare un rapporto attraverso l'adozione. Ciò espone il minore ad un "pericolo di fuga": la necessità di una domanda giudiziale da parte del genitore d'intenzione gli dà la possibilità di sottrarsi ai doveri genitoriali nei confronti del minore che, però, è venuto al mondo in forza di una sua scelta. Secondo la Corte "chi, con un suo comportamento lecito o illecito, ha determinato la nascita del bambino, dovrebbe assumersene la responsabilità e assicurargli tutti i diritti riconosciuti ad un minore nato lecitamente"²²². In ogni caso, questo *deficit* della disciplina dell'adozione in casi particolari non viene giudicato tale da giustificare la trascrizione automatica dell'atto di nascita estero o la delibazione del provvedimento giudiziale straniero, essendo preferibile, per assicurare la tutela del minore, una valutazione in concreto della relazione tra il minore e il genitore intenzionale. Allo stesso modo, la Corte non trova soluzione nemmeno al difetto di velocità della procedura di adozione che, secondo quanto affermato dalla Corte EDU, dovrebbe essere celere, in modo da evitare prolungate situazioni di incertezza giuridica per il minore, permettendo il riconoscimento del legame di filiazione al più tardi quando lo stesso si è concretizzato.

La seconda parte della sentenza verte sulla qualificazione del divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, come norma di ordine pubblico che può giustificare il rifiuto, da parte dell'ufficiale di stato civile, di trascrivere l'atto straniero.

²²¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 23.

²²² Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 24.

Ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995, che riforma il sistema italiano di diritto internazionale privato, si esclude il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero che sia contrario all'ordine pubblico. Ma che cos'è l'ordine pubblico? Come già evidenziato nei paragrafi precedenti, si tratta di una clausola che viene posta a salvaguardia della coerenza interna dell'ordinamento giuridico, in quanto rappresenta una valvola che limita l'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi fondanti; allo stesso tempo, però, ricopre anche una funzione promozionale perché favorisce la diffusione dei valori, alla cui tutela è predisposta, anche negli altri ordinamenti, ricercando una progressiva armonizzazione con quest'ultimi. L'ordine pubblico svolge, dunque, una duplice funzione: è una nozione in continua evoluzione che permette all'ordinamento di recepire l'evoluzione dei valori sociali e culturali che avviene al suo interno, ma anche all'esterno, conservando, però, la sua “radice identitaria in una cornice costituzionale”²²³.

Si parla di concetto valvola proprio perché consente o impedisce l'ingresso di atti stranieri, ma con riferimento agli effetti di questi e non alla loro disciplina. Non si discute, infatti, della compatibilità all'ordine pubblico della normativa straniera applicata, ma delle conseguenze che tale disciplina è idonea a produrre all'interno dell'ordinamento italiano. Se la valutazione di corrispondenza all'ordine pubblico riguardasse le norme applicate all'estero – adottando, quindi, un'interpretazione restrittiva della nozione – si finirebbe per aprire l'ordinamento ai soli atti compatibili con la disciplina italiana, chiedendo una totale corrispondenza tra la normativa interna e quella estera e rendendo inutili le norme di diritto internazionale privato²²⁴. Per il riconoscimento dell'atto straniero, quindi, si chiede la compatibilità dei suoi effetti all'ordine pubblico.

Ma quali sono i valori che costituiscono tale nozione? Le Sezioni Unite ripropongono l'orientamento presentato nella sentenza n. 12193 del 2019, poiché fanno rientrare nel concetto di ordine pubblico i principi fondamentali dell'ordinamento statale che trovano collocazione e tutela all'interno della Costituzione, ma anche nelle fonti di rango primario che attuano i principi costituzionali o che esprimono principi generali del sistema²²⁵. Valutare la compatibilità all'ordine pubblico dell'atto straniero significa verificarne la corrispondenza ai principi costituzionali, ai principi contenuti nelle fonti internazionali e

²²³ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 27.

²²⁴ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 26.

²²⁵ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 26.

sovranazionali e al modo in cui questi principi sono incardinati nella disciplina ordinaria e in cui sono interpretati dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale²²⁶.

Alla luce di questa ricostruzione, le Sezioni Unite si chiedono se il divieto di surrogazione di maternità possa costituire una norma di ordine pubblico tale da giustificare il rifiuto della trascrizione dell'atto straniero. La Cassazione risponde in maniera positiva, in forza della natura penale della sanzione prevista dall'art. 12, comma sesto, che, vietando l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione della surrogazione di maternità, tutela la dignità della persona umana²²⁷. Ma cosa distingue questa pratica procreativa dalle altre? Il legislatore stesso, all'interno della legge n. 40, attribuisce alla maternità surrogata un disvalore peculiare, diversificandola rispetto alle altre tipologie di fecondazione medicalmente assistita. Differentemente da quest'ultime, la surrogazione di maternità, infatti, coinvolge nel progetto procreativo una donna terza alla coppia che presta il proprio corpo per realizzare l'altrui desiderio di avere un figlio, risultato altrimenti irraggiungibile²²⁸. La madre surrogata diventa così un "mero supporto materiale"²²⁹ alla procreazione: portare a termine una gravidanza, per poi consegnare il bambino ad altri, elimina qualsiasi legame biologico o psicologico formato tra la gestante e il neonato rendendo "la prima un mero servizio gestazionale e il secondo un atto conclusivo di tale prestazione"²³⁰. Per questo motivo, riportando quanto già affermato dalla Corte costituzionale, "la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"²³¹.

Ma è possibile, come ha suggerito l'ordinanza di rimessione, differenziare tra le varie tipologie di surrogazione? Escludere una lesione della dignità della donna nel caso in cui siano rispettate delle condizioni che assicurino la libertà di autodeterminazione della stessa? Secondo la Corte di Cassazione non è possibile perché il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, è posto a presidio della dignità nella sua accezione oggettiva, che, quindi, si ritiene lesa indipendentemente dalle modalità con cui la pratica viene svolta,

²²⁶ La giurisprudenza forma il c.d. diritto vivente che permette di individuare i valori fondamentali in un determinato momento storico.

²²⁷ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 28.

²²⁸ Nel caso di specie la coppia committente, formata da due uomini, è fisiologicamente sterile.

²²⁹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 29.

²³⁰ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 28, inoltre, la Corte riporta come, durante la gravidanza, la madre surrogata si veda limitata su diversi piani, per esempio dovendo necessariamente mantenere una dieta e uno stile di vita sani in funzione della gravidanza.

²³¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 29, ma già precedentemente affermato nelle sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022 dalla Corte costituzionale.

dall'assenza di una condizione di bisogno della gestante e dalla presenza di una scelta libera e consapevole della madre surrogata²³². La tutela della dignità della donna diventa la tutela della dignità dell'intero genere umano, valore assoluto che si sottrae alla facoltà di scelta dell'individuo e prevale sulla libertà di autodeterminazione della gestante. Pur riconoscendo che l'orientamento in questione non trova consenso in ogni ordinamento vicino, anche di tradizione costituzionale, e in parte nella dottrina, la Cassazione ritiene che il divieto assoluto di surrogazione di maternità svolga una funzione precauzionale: il legislatore vuole, infatti, evitare qualsiasi forma di abuso di eventuali situazioni di difficoltà economica o sociale che possano spingere la donna a commercializzare il proprio corpo²³³. Ecco che, a differenza di quanto sostenuto dalla Prima Sezione, non c'è uno spazio di manovra per il giudice che non può, in via interpretativa, sottrarre dal divieto alcune modalità di surrogazione che ritiene non lesive della dignità della donna nel caso concreto e, di conseguenza, considerare l'atto straniero conforme all'ordine pubblico. La Corte sottolinea come la giurisprudenza non sia fonte del diritto, come non possa introdurre delle regole nuove in sostituzione del legislatore, soprattutto in materie sensibili come quella in oggetto²³⁴. La soluzione prospettata nell'ordinanza n. 1842, quindi, non è praticabile e non solo perché il giudice non può escludere di volta in volta le ipotesi di maternità surrogata che in concreto non reputa lesive: di fatto, se questa fosse la prassi, la valutazione caso per caso verrebbe sottratta al controllo giurisdizionale e affidata, invece, all'ufficiale di stato civile che, però, ha poteri e cognizione limitati²³⁵.

La sentenza straniera e, a maggior ragione, l'atto di nascita straniero, in conclusione, non sono trascrivibili per tre ragioni²³⁶. In primo luogo, non consentire la trascrizione realizza la finalità di dissuasione dallo svolgimento della pratica della maternità surrogata all'estero. Ammettere la trascrizione *ab origine* dell'atto di nascita, infatti, finirebbe, da una parte, per legittimare una condotta illecita, dando adito alla logica del fatto compiuto, e, dall'altra, per attuare l'interesse dei genitori ad avere un figlio, piuttosto che del minore ad avere dei genitori idonei a ricoprire il ruolo. Comporterebbe, inoltre, un automatismo nel riconoscimento degli effetti dell'atto che poco si addice alla disciplina della filiazione

²³² Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 30.

²³³ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 31.

²³⁴ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 19.

²³⁵ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 32.

²³⁶ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 33.

e all'interesse del minore che, da contro, richiede una valutazione del caso in concreto. La stessa disciplina delle adozioni evidenzia la necessità di verificare di fatto l'interesse del minore a continuare le relazioni instaurate e l'idoneità dell'adottante ad assumere il ruolo di genitore, in modo da assicurare un rapporto affettivo e di cura che sia stabile ed effettivo²³⁷. La trascrizione automatica, invece, sposta il *focus* dall'interesse del minore alla volontà dei genitori committenti: sembra fondare l'acquisizione a livello giuridico del ruolo genitoriale sulla scelta dei due genitori, a prescindere da un'effettiva idoneità di questi e da ciò che è meglio per il bambino. Tale impostazione non può essere giustificata dall'esistenza di un presunto diritto alla genitorialità che attribuisca la facoltà di scegliere, non solo se e quando avere un figlio, ma anche in che modalità²³⁸. È vero che non esiste più solo un modello di filiazione ancorato al dato genetico, ma la filiazione derivante da maternità surrogata non può essere legittimata sulla base della volontà dei genitori. Anche il paradigma della filiazione adottiva e quello più recente basato sull'utilizzo della P.M.A. danno rilevanza alla scelta, ma non presentano il disvalore che l'ordinamento individua nella surrogazione. La Corte, infatti, ritiene che non sia possibile paragonare questa pratica alla fecondazione eterologa: anche nel secondo caso il genitore intenzionale non presenta un legame genetico con il figlio, ma presta il suo consenso e si assume la responsabilità della procreazione, senza la possibilità di tornare sui suoi passi circa il rapporto di filiazione. Gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, infatti, disciplinano lo *status* del bambino nato mediante fecondazione eterologa, prevedendo l'impossibilità, una volta dato il proprio consenso alla pratica, di esercitare l'azione di disconoscimento, cristallizzando l'assunzione di responsabilità da parte del genitore non genetico. Secondo la Corte, tuttavia, queste disposizioni non sono estendibili anche all'ipotesi della maternità surrogata, che, quindi, non può costituire uno dei casi in cui il consenso alla pratica procreativa è sufficiente per l'attribuzione del rapporto di filiazione²³⁹.

Alla luce di questi motivi, le Sezioni Unite cassano l'ordinanza impugnata e rigettano la domanda di riconoscimento del provvedimento giudiziale canadese. L'automatico riconoscimento della sentenza, infatti, è ostacolato dal divieto di surrogazione di maternità che costituisce limite di ordine pubblico idoneo a giustificare il rifiuto, da parte

²³⁷ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 37.

²³⁸ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 34.

²³⁹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, *cit.*, pag. 35.

dell'ufficiale di stato civile, di trascrivere. Allo stesso tempo, però, l'ordinamento dà la possibilità al genitore intenzionale di ricorrere all'adozione in casi particolari, disciplinata all'art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, quale strumento alternativo alla trascrizione che permette l'attribuzione di rilevanza giuridica al legame affettivo e di cura instaurato con il minore, in linea con le previsioni della Corte EDU²⁴⁰.

7. Conclusioni

Al termine di questa analisi della giurisprudenza civile italiana, è possibile dare risposta ai quesiti presentati all'inizio del capitolo. La sentenza n. 38162 del 2022 offre la soluzione finale a cui è giunta la Corte di Cassazione, che individua gli strumenti necessari per tutelare gli interessi coinvolti nell'ipotesi di surrogazione di maternità già realizzata all'estero, in linea con le previsioni della Corte EDU. La Corte di Strasburgo, infatti, davanti alle vicende di maternità surrogata, impone agli Stati il riconoscimento del rapporto di filiazione non solo tra il minore e il genitore biologico, ma anche tra il minore e il genitore d'intenzione, attribuendo, tuttavia, un margine di discrezionalità circa l'individuazione dello strumento per farlo.

Lo Stato italiano, di fatto, permette la trascrizione degli atti di nascita esteri che attestano lo *status filiationis* che lega il minore al genitore biologico, rispettando la prima previsione. In riferimento al genitore intenzionale non biologico, invece, l'Italia esclude la possibilità di trascrivere automaticamente l'atto o il provvedimento straniero che ne accerta la genitorialità nei confronti del minore: la statuizione della Corte di Cassazione individua nel divieto di surrogazione di maternità, di cui all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, un limite di ordine pubblico tale da ostacolare un automatico riconoscimento del rapporto di filiazione instaurato all'estero²⁴¹. Seguendo la nozione di ordine pubblico adottata dalla Cassazione, che annovera in questo concetto tutti i principi fondamentali dell'ordinamento, il divieto in questione, infatti, è qualificabile come una norma di ordine pubblico poiché, considerato il forte disvalore attribuito alla pratica della maternità surrogata, viene posto a presidio di valori quali la dignità della donna e l'istituto

²⁴⁰ Le S.U. specificano anche che l'orientamento sessuale dei due genitori non influisce sulla valutazione del migliore interesse del minore e della loro idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale, affermazione valevole anche in riferimento all'adozione in casi particolari, già utilizzata a favore di coppie omosessuali.

²⁴¹ Ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995.

dell'adozione. La Corte parla di principi che trovano espressione non solo all'interno della Costituzione, ma anche nelle fonti di rango primario: l'art. 12, comma sesto, trova collocazione nel Capo V della legge n. 40 del 19 febbraio del 2004, una legge ordinaria che, dopo vent'anni di attività legislativa, va a riassumere e mettere su carta il sentire sociale, su un tema particolarmente delicato, in un determinato periodo storico. La norma in questione, dunque, ostacolando la produzione di effetti non compatibili con l'ordinamento italiano, realizza quella prima funzione di garanzia della coerenza interna che l'ordine pubblico persegue. La definizione data dalla Cassazione, inoltre, richiama anche i principi contenuti nelle fonti internazionali e sovranazionali. Si può dire che il divieto di surrogazione di maternità esprima un principio o un valore riconosciuto a quei livelli? La comunità internazionale non presenta un approccio omogeneo in riferimento alla maternità surrogata: diversi sono gli Stati che consentono questa pratica, ma sono anche molti i Paesi vicini all'Italia, geograficamente e per tradizione giuridica, che vietano la surrogazione di maternità in ogni sua forma. A livello sovranazionale, invece, l'Unione europea, pur non vietandola esplicitamente, guarda con sfavore questa pratica procreativa²⁴², condannandola espressamente nella sua forma commerciale²⁴³. Ecco che il divieto contenuto nell'art. 12, comma sesto, viene posto a tutela di valori che sono fondamentali nell'ordinamento interno, ma trova anche riscontro a livello internazionale e sovranazionale²⁴⁴.

²⁴² D'altra parte, l'Unione europea, per mezzo della Commissione europea e della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, cerca di garantire la massima tutela ai minori nati da surrogazione di maternità, in particolare per assicurare loro il godimento di diritti come quello all'identità personale, alla vita familiare, alla conservazione dello *status*, ma anche dei diritti di circolazione e soggiorno. Diverse sentenze della Corte di giustizia europea, infatti, statuiscano che, nelle vicende di maternità surrogata realizzata all'estero, l'atto di nascita, che indica entrambi i genitori committenti come effettivi genitori del minore, emesso da uno Stato membro, deve essere riconosciuto in tutti gli altri Stati membri (indipendentemente dall'esistenza di un divieto nazionale di surrogazione di maternità). Si vuole così assicurare al minore almeno l'esercizio delle prerogative derivanti dal diritto europeo: si tratta di un riconoscimento del rapporto di filiazione che risulta essere limitato all'esercizio dei diritti europei e che non comporta, invece, il riconoscimento della pratica procreativa eventualmente vietata. La stessa Commissione europea, inoltre, ha presentato diverse proposte, tra cui una del 7 dicembre 2022: la proposta di regolamento riguarda, tra le altre cose, la creazione di una sorta di certificato di genitorialità europeo, in forza di cui il rapporto di filiazione riconosciuto in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto anche in tutti gli altri Stati membri, senza necessità di procedimenti speciali. In questo modo si amplierebbe la tutela del minore che potrebbe vedersi automaticamente attribuiti i diritti che discendono dal suo *status filiationis* in ogni Stato membro dell'Unione europea. CALDIRONI M., *Surrogacy as a public order limit: is it compatible with the jurisprudence of the European Courts?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2023, pag. 3163-3164; CALDIRONI M., *Lo status giuridico del minore*, cit., pag. 139 e ss.

²⁴³ Nella Risoluzione del 13 dicembre 2016 del Parlamento Europeo (2016/2009 INI).

²⁴⁴ Si realizza, quindi, anche la funzione promozionale dell'ordine pubblico richiamata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Se l'ordine pubblico funge da valvola per limitare l'ingresso di effetti incompatibili con l'ordinamento italiano, il divieto di surrogazione di maternità è classificabile come una norma di ordine pubblico, perché impedisce una trascrizione automatica che porterebbe, senza un previo controllo di ciò che, in concreto, è meglio per il minore, al riconoscimento degli effetti di una pratica che in Italia è illecita e sanzionata penalmente. Si evita, quindi, di favorire in maniera immediata i genitori committenti, che, comunque, hanno dato luogo all'estero ad una condotta che in Italia costituisce reato. Allo stesso tempo, in questo modo, non si legittima in maniera indiretta la pratica sanzionata, dando attuazione a quel bilanciamento tra interesse del minore e dissuasione dal ricorso alla maternità surrogata che, da un lato, persegue la riduzione del fenomeno del turismo procreativo.

Dall'altro lato del bilanciamento, invece, si trova l'interesse del minore, che viene comunque garantito, pur in assenza di un riconoscimento automatico. Nonostante la mancata trascrizione dell'atto o del provvedimento giudiziale straniero, infatti, l'ordinamento prevede una modalità alternativa per assicurare la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento: si utilizza in queste ipotesi l'istituto dell'adozione in casi particolari, *ex art. 44, co.1, lett. d)*, della legge n. 184 del 1983, che, in luce delle modifiche apportate a seguito della sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale, appare idoneo a rispettare i requisiti di effettività e celerità richiesti dalla Corte europea. Di fatto, si dà la possibilità al genitore intenzionale, partner del genitore biologico, che con quest'ultimo ha partecipato al progetto procreativo, di richiedere l'adozione del minore con cui ha già creato una relazione affettiva e di cura e nei cui confronti ha assunto in concreto la responsabilità genitoriale. In questo modo, si rende possibile svolgere una valutazione concreta dell'interesse del minore che si presenta come requisito peculiare della disciplina della filiazione, ma anche come elemento costante nella giurisprudenza analizzata.

Questo orientamento della Cassazione si è consolidato e cristallizzato anche nelle successive sentenze che si sono susseguite a partire dal 2022 e che hanno confermato più volte la soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

L'ordinamento italiano, quindi, realizza così il superiore interesse del minore, permettendogli di conservare uno stato di fatto già acquisito e giuridicamente riconosciuto all'estero ed evitando di strumentalizzarlo per punire una condotta illecita di

cui non è responsabile. Allo stesso tempo, però, adotta una soluzione che rimane coerente con il sistema preesistente, cercando di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità all'estero e, quindi, restituire efficacia al divieto che tale pratica sanziona penalmente.

RISVOLTI PENALI DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ ALL'ESTERO

1. Il fenomeno del turismo procreativo e le conseguenze penali in Italia

Il fenomeno del turismo procreativo, oltre ai risvolti civilistici già analizzati, produce conseguenze importanti anche sul piano penale. Le vicende sono sempre le stesse e vedono la coppia sterile recarsi all'estero per realizzare il desiderio di avere un figlio geneticamente proprio. La coppia italiana, consapevole dell'impossibilità di ricorrere alla maternità surrogata in Italia, in forza del divieto contenuto nella legge n. 40 del 2004, sceglie un Paese che consente tale pratica per attuare il proprio progetto procreativo nel rispetto della *lex loci*. Come si è già detto, queste vicende si sviluppano quasi interamente all'estero, a partire dai primi contatti con le cliniche specializzate straniere e la successiva stipulazione di un accordo, fino all'attuazione della pratica di P.M.A, lo svolgimento della gravidanza e la conseguente consegna del neonato. Il bambino in questione, sulla base del diritto straniero, viene poi registrato come figlio di entrambi i genitori committenti: non solo, quindi, del genitore biologico, che ha prestato i suoi gameti per la fecondazione, ma anche del genitore sociale che non ha partecipato alla procreazione. Formato l'atto di nascita estero, la coppia ne richiede all'autorità consolare la trasmissione all'ufficiale di stato civile italiano per vedersi riconosciuti come genitori del minore anche in Italia²⁴⁵. Spesso l'autorità consolare richiede ai genitori committenti informazioni ulteriori per verificare la veridicità dell'atto di nascita che attesta lo *status filiationis*: nel caso in cui sospetti che il minore sia nato tramite surrogazione di maternità, informa con nota separata non solo l'ufficiale di stato civile, ma anche la procura, gli organi di polizia giudiziaria o il Ministero, affinché vengano svolti dei controlli sul merito.

Ecco che vengono instaurati procedimenti nei confronti delle coppie, con rilevanti conseguenze penali, rese più complicate dalla dimensione transfrontaliera che le vicende in questione assumono. In particolare, i processi penali si concentrano tendenzialmente su tre tematiche: si valuta, *in primis*, la possibile integrazione e punibilità in Italia della

²⁴⁵ Ai sensi degli artt. 15, co. 2, e 17 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.*

fattispecie di maternità surrogata, sanzionata dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, a partire, però, da una vicenda sviluppatasi integralmente all'estero; in secondo luogo e più frequentemente, la giurisprudenza italiana ipotizza la consumazione di altre fattispecie delittuose, quali l'alterazione di stato, ex art. 567, co. 2, c.p., o le due ipotesi di falsità personali previste dagli artt. 495 e 496 c.p.

Nei seguenti paragrafi, dopo una breve analisi delle fattispecie qui sopra richiamate, si presenteranno alcune sentenze della Corte di Cassazione degli ultimi anni, per illustrare l'approccio adottato dalla giurisprudenza penale italiana in tema di maternità surrogata.

2. Il delitto di surrogazione di maternità

Sebbene la maternità surrogata sia di per sé la pratica attorno a cui ruota il fenomeno del turismo procreativo, la fattispecie tende ad essere richiamata più come riferimento argomentativo che come capo d'imputazione²⁴⁶. O meglio, alcune delle più recenti sentenze in tema di surrogazione di maternità realizzata all'estero, vedono addotta tra i capi d'imputazione a carico delle coppie committenti anche la fattispecie di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, terminando, tuttavia, sempre con l'assoluzione degli imputati con riferimento a questo delitto.

2.1. Sentenza n. 13525/2016, Cass. pen., sez. V

Da citare a proposito è la sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525²⁴⁷, con cui la Corte di Cassazione decide il ricorso presentato dalla pubblica accusa avverso la sentenza del GIP del Tribunale di Napoli del 17 luglio 2015, n. 7635, il primo caso in cui si prospetta tra i capi d'accusa anche il delitto di surrogazione di maternità.

La causa verte sulla nascita di un minore in Ucraina tramite surrogazione e sul conseguente atto di nascita, redatto presso l'anagrafe di Kiev, in cui vengono indicati i committenti come genitori biologici del neonato. Oltre all'imputazione ai sensi degli artt. 567, co. 2, 476 e 495 c.p., la coppia viene accusata anche della violazione del divieto di cui all'art. 12, co. 6, della legge 40, venendo poi assolta in primo grado rispetto a tutti i capi d'accusa.

²⁴⁶ VALLINI A., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, VII, 2017, pag. 902.

²⁴⁷ Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016 n. 13525, in *OneLegale*.

Nella sentenza del 2015, con riferimento alla surrogazione di maternità, il Giudice dell'udienza preliminare ritiene che il fatto non costituisca reato in quanto esclude la volontà degli imputati di commettere il fatto illecito e ritiene configurabile la scriminante dell'esercizio putativo del diritto. Il giudice fa leva sul fatto che la coppia si è consapevolmente recata in uno Stato in cui la surrogazione è pratica lecita e consentita, rispettando la normativa ucraina sul tema. Secondo l'accusa ricorrente, tuttavia, il giudice avrebbe confuso la maternità surrogata con la pratica della fecondazione eterologa, il cui divieto era stato da poco dichiarato costituzionalmente illegittimo²⁴⁸, errando, inoltre, nella valutazione circa la sussistenza della scriminante dell'esercizio putativo del diritto. Secondo la Cassazione questi sono errori di diritto che in ogni caso non incidono sulla decisione finale e, quindi, non sono tali da determinare l'annullamento della sentenza. In particolare, in relazione alla presenza o meno della scriminante, la Corte sottolinea come la stessa giurisprudenza italiana non sia unanime nella previsione del requisito della "doppia incriminabilità"²⁴⁹ per la punibilità in Italia dei reati commessi all'estero. Si discute, infatti, circa la necessità che il fatto previsto come reato nello Stato italiano, in questo caso la surrogazione di maternità, lo sia anche nello Stato in cui viene commesso: nel caso di specie la coppia si è recata in Ucraina dove la pratica è consentita e ha rispettato i requisiti d'accesso previsti dalla normativa ucraina, manifestando la volontà di non commettere un illecito. È configurabile, dunque, un errore di diritto? Secondo la Cassazione è presente un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'art. 9 c.p. che disciplina il delitto comune del cittadino all'estero²⁵⁰. Si tratta in questo caso di un errore

²⁴⁸ Il divieto di fecondazione eterologa viene dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 162 del 10 giugno 2014. Con questa sentenza, la Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 4, co. 3, 9, commi 1 e 3, e 12, co. 1, della l. 40/2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 e 117 Cost., quest'ultimo per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Più precisamente, la Corte afferma che il divieto non è giustificato con riferimento a coppie che, per una patologia certificata, sono assolutamente sterili o infertili in maniera irreversibile. FERRATO A., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., pag. 348 e ss.

²⁴⁹ La Corte spiega come in alcune sentenze la doppia incriminabilità venga considerata requisito esclusivamente applicabile all'estradizione, rilevando solo la qualificazione del fatto operata dalla legge italiana per i reati commessi all'estero; in altre sentenze, invece, al di fuori dei casi dell'art. 7 c.p., si ritiene sia necessaria la previsione della condotta come illecito penale sia nello Stato italiano che in quello estero per la persecuzione del reato.

²⁵⁰ La Cassazione cita una precedente sentenza del 1988 in cui si afferma che l'errore inevitabile si ha in caso di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte dei consociati, situazione che si presenta per lo più in caso di oggettiva mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa o di incertezza di interpretazione giurisprudenziale. Il cittadino, infatti, deve poter prevedere, attraverso il testo della disposizione e nel caso tramite l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, per quali condotte gli viene attribuita la responsabilità penale, nel rispetto quindi del principio di prevedibilità della legge.

di diritto che esclude la perseguibilità della condotta posta in essere dalla coppia all'estero, poiché si presenta come un'ignoranza inevitabile per errore scusabile dovuto alla controversa interpretazione dell'art. 9, che non permette alla giurisprudenza di stabilire se sia necessario il requisito della "doppia incriminabilità".

2.2. Sentenza n. 5198/2021, Cass. pen., sez. III

Altro profilo che concerne la punibilità della surrogazione di maternità effettuata all'estero può essere analizzato con l'ausilio della sentenza del 10 febbraio 2021, n. 5198²⁵¹. Nella sentenza la Corte di Cassazione traccia i confini della condotta sanzionata dall'art. 12, sesto comma, e offre una presentazione generale sulla disciplina dei reati commessi all'estero da cittadino italiano.

Il caso di specie riguarda una coppia italiana che, recatasi in Ucraina, stipula un accordo di surrogazione di maternità: a seguito della gravidanza, realizzata attraverso una ovodonazione da parte di donna terza e con i gameti del committente, i due neonati gemelli vengono registrati all'anagrafe di Kiev come figli di entrambi i genitori committenti, i quali poi procedono a richiedere la trascrizione dell'atto di nascita in Italia. In primo grado, la coppia viene accusata del delitto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004. Il giudice del Tribunale di Pesaro ritiene, tuttavia, che il reato sia stato interamente commesso in territorio estero. Esclude, infatti, la rilevanza dei contatti avuti con la clinica per conoscere le modalità della pratica prima di recarsi in Ucraina, ma anche delle condotte successive alla nascita del bambino, volte ad ottenere l'atto di nascita e la sua trascrizione in Italia. Poiché la surrogazione di maternità è punita con la reclusione da tre mesi a due anni, ai sensi del secondo comma dell'art. 9 c.p.²⁵², il colpevole di delitto commesso all'estero può essere punito solo su richiesta del Ministro della giustizia, richiesta che in questo caso manca, determinando l'emanazione di una sentenza di non doversi a procedere da parte del Tribunale.

Nel ricorso presentato alla Cassazione, tuttavia, si lamenta un'errata delimitazione della condotta della coppia. Il ricorrente ritiene che, sebbene il reato sia stato commesso in territorio ucraino, il fatto sia iniziato da una condotta precedentemente messa in atto in

²⁵¹ Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2021 n. 5198, *cit.*

²⁵² L'art. 9, co. 2, c.p., prevede che per i delitti per cui è stabilita una pena restrittiva della libertà personale inferiore a quella prevista dal primo comma, ossia la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia o a istanza o querela della persona offesa.

Italia e che questa, allo stesso modo, sia in parte proseguita in territorio italiano. Il momento iniziale della condotta, secondo l'accusa ricorrente, sarebbe da rintracciare nel momento di iniziativa della coppia. Dunque, si dovrebbero far rientrare nella "realizzazione della surrogazione di maternità": la domanda iniziale alla clinica, che costituisce parte integrante e necessaria del contratto di surrogazione; il pagamento rateale per la pratica; la reiterata espressione di volontà da parte dei committenti di vedere eseguito il contratto.

La Cassazione, nei motivi della decisione, invece, fa una valutazione diversa rispetto al Procuratore della Repubblica, restringendo il confine della fattispecie tipica da lui delineato. Secondo la Corte, infatti, il perimetro della condotta di "realizzazione" può essere facilmente individuato, a valle, nella conclusione della gravidanza e nella conseguente nascita del bambino. Questi momenti comportano l'esclusione, dall'ambito dei comportamenti penalmente rilevanti, dell'attività di registrazione della nascita e della successiva richiesta di trascrizione dell'atto nei registri di stato civile italiani²⁵³. In merito alle condotte antecedenti, invece, la Cassazione richiama i requisiti di riconoscibilità della fattispecie e di prevedibilità delle conseguenze della condotta: sono qualificabili come condotte antecedenti, che integrano la realizzazione di maternità surrogata, quelle condotte "eziologicamente collegate alla nascita e funzionali allo scopo"²⁵⁴. Così come ha affermato il Tribunale in primo grado, gli iniziali contatti che i committenti hanno avuto con la clinica non rilevano ai fini del delitto di surrogazione di maternità, in quanto non dimostrano di per sé la volontà della coppia di ricorrere alla pratica. Si escludono, quindi, le condotte che non sono "direttamente e inequivocabilmente funzionali alla realizzazione della maternità surrogata"²⁵⁵.

Così delimitata la fattispecie tipica, la Cassazione ribadisce che, ai sensi dell'art. 6, co. 2, c.p., la condotta deve essere realizzata in tutto o in parte nel territorio italiano, ma deve comunque essere "significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla restante parte realizzata in territorio estero"²⁵⁶. Tale caratteristica non può essere, tuttavia, riconosciuta

²⁵³ Queste rappresentano condotte successive alla surrogazione che secondo la Corte di Cassazione non possono determinare l'esercizio di un'azione penale per la fattispecie di alterazione di stato mediante falsità ex art. 567, comma secondo, c.p., in quanto manca la richiesta del Ministro della giustizia necessaria per procedere.

²⁵⁴ Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2021 n. 5198, *cit.*

²⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2021 n. 5198, *cit.*

²⁵⁶ Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2021 n. 5198, *cit.*

ad un mero proposito che sia privo di concretezza e specificità, escludendo così la rilevanza delle condotte antecedenti citate nell'impugnazione²⁵⁷. Il delitto di surrogazione di maternità, dunque, si è integralmente consumato in territorio ucraino, motivo per cui i genitori committenti possono essere perseguiti solo a seguito di una richiesta da parte del Ministro della giustizia ex art. 9, secondo comma, c.p., in assenza della quale manca una condizione di procedibilità così come accertato dal giudice di primo grado. La Corte di Cassazione, quindi, ha rigettato il ricorso.

3. L'alterazione di stato e le false dichiarazioni

3.1. L'alterazione di stato mediante falsità

La fattispecie maggiormente richiamata nei processi penali, che hanno ad oggetto una surrogazione di maternità realizzata all'estero, è l'alterazione di stato mediante falsità di cui all'art. 567, co. 2, c.p. La norma trova collocazione all'interno del Libro II, Titolo XI del Codice penale, dedicato ai delitti contro la famiglia, più specificamente nel Capo III che racchiude i delitti contro lo stato di famiglia. Il Capo III, infatti, contiene la disciplina delle fattispecie di supposizione o soppressione di stato all'art. 566, dell'alterazione di stato all'art. 567, dell'occultamento di stato di un figlio all'art. 568 e, infine, all'art. 569 si prevede, come pena accessoria, la perdita della responsabilità genitoriale²⁵⁸.

Queste fattispecie, nel codice precedente, erano trattate in maniera unitaria dalla stessa norma²⁵⁹; il legislatore del 1930, invece, sceglie di separarle per graduare la diversa gravità del mezzo impiegato nell'alterazione dello stato, nonostante il bene tutelato rimanga sempre lo stesso. Le disposizioni del capo III, infatti, sono dirette alla tutela dell'integrità dello *status filiationis*, inteso come modo di essere al secondo comma dell'art. 566 e dell'art. 567, e come titolo dagli articoli 567, co. 1, e 568 c.p.

Ma cosa significa tutelare l'integrità dello *status filiationis*? Se lo *status* in generale può essere definito come "la qualificazione attribuita dall'ordinamento sulla base di una

²⁵⁷ Tra queste anche le *e-mail* che la coppia aveva scambiato con la clinica ucraina nel 2015 allegando la propria documentazione medica, che, secondo la Cassazione, sono state correttamente escluse dalla fattispecie da parte del giudice.

²⁵⁸ Nel testo originario si prevedeva anche la perdita della tutela legale del minore.

²⁵⁹ L'art. 361 del codice Zanardelli del 1889 puniva chiunque, occultando o cambiando infante, ne sopprimeva o ne alterava lo stato civile, ovvero faceva figurare nei registri dello stato civile un infante che non esisteva; l'art. 279, invece, disciplinava le false attestazioni rilasciate al pubblico ufficiale in atto pubblico o in atti dello stato civile, fattispecie che oggi trova collocamento negli artt. 283 e 495 c.p.

determinata funzione o posizione che l'uomo ricopre nella società”²⁶⁰, lo *status filiationis* è lo *status*, la componente della personalità giuridica, che esprime un certo rapporto di procreazione²⁶¹. Tale stato non deve essere alterato, soppresso o occultato, ma mantenuto integro al fine di tutelare l'interesse del minore alla verità e fedeltà dell'attestazione della propria ascendenza: la certezza nell'attribuzione della propria paternità e maternità rientra tra i diritti fondamentali dell'individuo, in quanto elemento che concorre alla formazione e allo sviluppo della propria identità²⁶². Le disposizioni qui citate tutelano un bene che rientra, quindi, in ambito privatistico e vedono come unico soggetto passivo del reato il neonato che vede lesa il suo *status*. Lo stato di filiazione, tuttavia, è presupposto per l'instaurazione di una serie di relazioni familiari che allo stesso modo non devono essere alterate: dallo *status filiationis* deriva lo stato di famiglia che introduce un interesse collettivo alla veridicità dell'atto di nascita e, quindi, dello stato di filiazione. Emerge così l'obiettivo di natura pubblicistica che sorregge le disposizioni degli artt. 566 e ss., ossia tutelare l'interesse collettivo statale all'intangibilità dell'ordinamento familiare²⁶³.

Entrando nel dettaglio, l'art. 567 c.p. punisce con la reclusione da tre a dieci anni chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile; al secondo comma l'articolo prosegue punendo con la reclusione da tre a dieci anni²⁶⁴ chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

Le fattispecie presentate dal primo e dal secondo comma sono entrambe dolose, ossia richiedono entrambe la coscienza e volontà, da parte del soggetto agente, di alterare lo stato civile del neonato, ma differiscono per le modalità con cui l'alterazione avviene. Il

²⁶⁰ BRICOLA F., *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964, pag. 58.

²⁶¹ BRICOLA F., *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., pag. 58.

²⁶² Corte cost., 10 novembre 2016 n. 236, in *OneLegale*.

²⁶³ BRICOLA F., *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., pag. 58.

²⁶⁴ La reclusione da tre a dieci anni, uguale a quella prevista dal primo comma, è stata introdotta a seguito della sentenza n. 236 del 10 novembre 2016, con cui la Corte costituzionale rileva la parziale incostituzionalità dell'art. 567, co. 2, c.p. La Corte dichiara la norma costituzionalmente illegittima nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, rilevando un contrasto col principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. e col principio della finalità rieducativa della pena previsto all'art. 27 Cost. Il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie delittuose, previste al primo e al secondo comma dell'art. 567, viene così parificato: sebbene non siano identiche, sono comunque fattispecie omogenee, in quanto volte alla protezione dello stesso bene giuridico e descrittive dello stesso evento delittuoso. In entrambi i casi, infatti, si realizza un'alterazione di stato, da una parte con sostituzione di neonato, dall'altra mediante falsità. Secondo la Corte costituzionale, le diverse modalità esecutive, tuttavia, non sono espressive di disvalori talmente diversi da giustificare un trattamento sanzionatorio differente per il primo e per il secondo comma, che vedono, dunque, prevista la stessa pena.

primo comma dell'art. 567, che disciplina l'alterazione di stato in senso tecnico, infatti, richiede lo scambio materiale, la sostituzione di due neonati già iscritti nel registro di stato civile. Diversamente, l'alterazione di stato mediante falsità, disciplinata al secondo comma, si realizza con la sostituzione ideologica di due neonati. L'alterazione dello *status*, in questo secondo caso, avviene attraverso falsi ideologici che comportano uno spostamento del rapporto naturale di procreazione, attribuendo al neonato una diversa discendenza: le “false attestazioni, false certificazioni o altre falsità” hanno carattere plurioffensivo perché contemporaneamente ledono l'integrità dello *status filiationis*, ma anche la fede pubblica (sempre che incidano su dati idonei a determinare uno spostamento del rapporto di procreazione)²⁶⁵.

Il reato di cui all'art. 567, co. 2, si consuma quando, una volta resa la falsa attestazione o certificazione, si forma l'atto di nascita. Per il perfezionamento della fattispecie delittuosa non è sufficiente la presentazione di dichiarazioni false, che possono rilevare, invece, come tentativo, qualora, per cause indipendenti dalla volontà del reo, non segua la formazione dell'atto di nascita. È necessaria, dunque, la contestualità delle dichiarazioni mendaci e della redazione dell'atto di nascita, condizione che permette di distinguere la fattispecie di alterazione di stato da quella, disciplinata all'art. 495, co. 2, n. 1, di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri²⁶⁶. Anche quest'ultima è una fattispecie richiamata dalla giurisprudenza nei casi di surrogazione all'estero.

3.2. *Le falsità personali*

Altre norme che la giurisprudenza richiama in diverse sentenze sono l'art. 495 c.p., rubricato “falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri”, e l'art. 496 c.p., intitolato “false dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri”. Le due disposizioni, situate al Capo IV, Titolo VII del secondo Libro del Codice penale, rientrano nella categoria dei delitti contro la fede pubblica, più specificatamente nel capo dedicato alle falsità personali. Questa classificazione riconduce nella medesima categoria più fattispecie giudicate di per sé eterogenee, anche in luce della precedente collocazione nel Codice penale del 1889 che,

²⁶⁵ BRICOLA F., *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., pag. 64.

²⁶⁶ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 363.

in particolare, tendeva a distribuirle tra la categoria delle falsità in atti e quella dei delitti contro la Pubblica Amministrazione²⁶⁷. Di fatto la sistematizzazione precedente si ripresenta anche in termini di bene giuridico tutelato dalle norme del presente capo. Sebbene le fattispecie in questione vengano tendenzialmente ricondotte alla tutela della fede pubblica²⁶⁸, infatti, l'indeterminatezza di tale concetto ha portato taluni a individuare come obiettivo di tutela altri interessi della Pubblica Amministrazione.

Il problema sta nella difficoltà di realizzare una raccolta razionale delle ipotesi di delitto di falso. La categoria delle "falsità personali", infatti, raggruppa una serie di reati che comportano una lesione della fede pubblica attraverso l'alterazione di un contrassegno personale, cioè di quei simboli che permettono l'identificazione e la qualificazione del soggetto, condizionando l'individuazione del suo posto nella società civile²⁶⁹. Le falsità personali, dunque, riguardano il contenuto del pensiero che il soggetto agente dichiara o fa apparire, un contenuto che è suscettibile di essere manifestato in una vasta varietà di modi²⁷⁰. Ecco che si presenta una grande pluralità di fattispecie di reati di falso che, pur essendo tra loro eterogenee, vengono inserite nel medesimo capo. Alle ipotesi di vera e propria falsità, se ne affiancano alcune che appaiono solamente simili per struttura ed effetti²⁷¹: sembrano essere volte più alla tutela della Pubblica Amministrazione, che della fede pubblica. A queste si devono affiancare anche le fattispecie disciplinate agli artt. 566 e ss., che sanzionano sempre l'alterazione di contrassegni personali quali lo stato civile, ma sono inserite nel Titolo dedicato ai delitti contro la famiglia. Il panorama dei delitti di falso non presenta, quindi, una trattazione lineare all'interno del Codice penale, data la grande quantità di eventi riconducibili alla categoria.

²⁶⁷ Per esempio, era collocato nel capo dedicato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione la fattispecie dell'usurpazione di titoli e oneri, oggi prevista all'art. 498 c.p.

²⁶⁸ Secondo le tesi tradizionali, la fede pubblica corrisponde alla "fiducia che il pubblico ripone in determinati oggetti o simboli sulla cui genuinità o autenticità si può fare affidamento, al fine di rendere certo e sollecito lo svolgimento del traffico economico e giuridico". Viene definito un concetto a contenuto prettamente normativo perché si tratta della fiducia riposta in oggetti e simboli esteriori a cui lo Stato attribuisce efficacia probante. BISACCI M. C., *Falsità personali*, in *Digesto penale*, I, Torino, 2010, pag. 3.

²⁶⁹ PAGLIARO A., *Falsità personale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, pag. 646. I contrassegni possono distinguersi in contrassegni di identità, che comprendono gli elementi grazie ai quali il soggetto viene individuato rispetto agli altri (per esempio, il nome e cognome o la data e il luogo di nascita), e contrassegni di qualità, a loro volta divisibili tra contrassegni nominali o emblematici (nei primi rientra il titolo professionale, nei secondi le eventuali decorazioni).

²⁷⁰ MALINVERNI A., *Fede pubblica (delitti contro la) (dir. Pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milano, 1969, pag. 70.

²⁷¹ PAGLIARO A., *Falsità personale, cit.*, pag. 646.

3.2.1. *La falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*

L'art. 495 c.p. punisce con la reclusione da uno a sei anni chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona. Al secondo comma, l'articolo prevede che la reclusione non sia inferiore a due anni se le dichiarazioni riguardano atti dello stato civile o "se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa all'autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini, ovvero se, per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziale una decisione penale viene iscritta sotto falso nome". Nella formulazione originaria, le dichiarazioni o attestazioni dovevano essere rese al pubblico ufficiale mediante atto pubblico, elemento che viene eliminato nel 2008 dal decreto-legge n. 92 del 23 maggio, poi convertito nella legge n. 125 del 24 luglio 2008. Con questo intervento, il legislatore fa venir meno la somiglianza con l'art. 483, che punisce il "falso ideologico in atto pubblico"²⁷², modificando il rapporto tra le due fattispecie: se prima del 2008 l'art. 495 introduceva un'ipotesi speciale di falso ideologico in atto pubblico, dopo la riforma, anche il 483 realizza una falsa dichiarazione, inserita, tuttavia, all'interno di un atto pubblico, che diventa quindi un elemento aggiuntivo rispetto all'art. 495. Questo rapporto di specialità reciproca comporta, dunque, l'applicazione del regime sanzionatorio più severo, ossia quello previsto dall'art. 495 c.p.

La norma in questione, oggi, si limita a sanzionare il rilascio di dichiarazioni o attestazioni false al pubblico ufficiale, senza richiedere che queste siano inserite all'interno di uno specifico atto. La dottrina, tuttavia, non fornisce un'interpretazione unitaria circa le due condotte, in quanto, secondo alcuni, non ci sarebbe un'effettiva differenza tra l'azione del "dichiarare" e dell'"attestare", mentre per altri la prima condotta sarebbe riferita all'alterazione di contrassegni personali propri e la seconda di contrassegni personali altrui²⁷³. Si escludono dall'ambito di applicazione del 495, invece, eventuali comportamenti reticenti o il mero silenzio, oltre che il rifiuto espresso, che viene

²⁷² L'art. 483 c.p. punisce con la reclusione fino a due anni chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità. Al secondo comma specifica che la reclusione non può essere inferiore a tre mesi se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile.

²⁷³ BISACCI M. C., *Falsità personali, cit.*, pag. 7.

ricondotto alla contravvenzione di “rifiuto di indicazione sulla propria identità personale” sanzionata all’art. 651 c.p.²⁷⁴.

Il reato si consuma nel momento in cui viene resa la dichiarazione o attestazione che deve avere ad oggetto l’identità, lo stato o altre qualità della persona. Si tratta, per quanto riguarda l’identità, degli elementi grazie ai quali un soggetto viene individuato e distinto rispetto agli altri; allo stato attengono gli elementi che permettono di determinare la posizione della persona nella società domestica, civile e politica²⁷⁵; mentre per “altre qualità delle persone” si intendono tutte le altre caratteristiche e attributi che permettono di identificare ulteriormente il soggetto nella sua individualità²⁷⁶. Per la configurazione dell’elemento soggettivo, inoltre, è necessario che il soggetto attivo sia cosciente della falsità delle dichiarazioni e del fatto che le sta rendendo ad un pubblico ufficiale: un eventuale errore sulla legge che attribuisce tale qualifica al destinatario delle dichiarazioni potrebbe configurare un errore sulla legge extra-penale²⁷⁷.

La riforma del 2008 procede poi anche ad inasprire il regime sanzionatorio del primo e del secondo comma. L’art. 495, co. 2, infatti, prevedeva precedentemente una reclusione non inferiore ad un anno, poi aumentata a due anni, per le dichiarazioni riguardanti atti dello stato civile o per le false dichiarazioni sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali rese all’autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini o, ancora, per le false dichiarazioni che comportano l’iscrizione, sotto falso nome, di una decisione penale nel casellario giudiziale. Il legislatore, non solo scegliendo di alzare il limite edittale, ma anche prevedendo in generale una pena più severa per le fattispecie di cui al secondo comma, riconosce anche un maggiore disvalore alla condotta enunciata nella seconda parte della norma.

Nell’ambito dei processi sulla maternità surrogata commessa all’estero rilevano, in particolare, le dichiarazioni che riguardano gli atti di stato civile, fattispecie spesso richiamata a fianco al 567, co. 2, c.p. I due delitti sono distinguibili, *in primis*, a livello

²⁷⁴ L’articolo afferma che chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre, è punito con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda fino a euro duecento sei.

²⁷⁵ PAGLIARO A., *Falsità personale*, cit., pag. 647.

²⁷⁶ BISACCI M. C., *Falsità personali*, cit., pag. 7. A differenza dell’art. 494, che per la sostituzione della persona richiede che la qualità falsamente attribuita abbia effetti giuridici, l’art. 495 non contiene tale specificazione: per la seconda fattispecie è sufficiente una mera potenzialità degli effetti giuridici. PAGLIARO A., *Falsità personale*, cit., pag. 649.

²⁷⁷ Lo stesso vale anche per l’art. 496 c.p.

temporale, in quanto l'art. 567, secondo comma, richiede la contestualità della falsità alla formazione dell'atto di nascita. Ciò rende possibile ricondurre le dichiarazioni false rese al pubblico ufficiale, dopo la formazione di tale atto, nell'ambito dell'art. 495, co. 2, n. 1. Altra distinzione riguarda, invece, la finalità della dichiarazione mendace: mentre l'art. 495, co. 2, n. 1, punisce l'immutazione del vero in quanto tale, l'art. 567, co. 2, punisce l'alterazione del vero che comporta la perdita dello stato civile da parte del nato²⁷⁸.

3.2.2. *False dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*

L'eliminazione del riferimento all'atto pubblico nell'art. 495 ha determinato una certa sovrapposizione con l'articolo seguente. L'art. 496, infatti, punisce con la reclusione da uno a cinque anni chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli precedenti, interrogato sulla identità, sullo stato o su altre qualità della propria o dell'altrui persona, fa mendaci dichiarazioni a un pubblico ufficiale o a persona incaricata di un pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio.

Le due fattispecie presentano delle similitudini, ma anche due elementi, in particolare, che ne permettono la distinzione: si tratta, da una parte, della rilevanza che viene data anche alle dichiarazioni rilasciate all'ufficiale di pubblici servizi, oltre che al pubblico ufficiale, e, dall'altra, il fatto che le dichiarazioni siano rese a seguito di un'interrogazione da parte del pubblico ufficiale²⁷⁹. La dichiarazione mendace, infatti, deve rispondere ad un'interrogazione con oggetto gli stessi contrassegni personali su cui il soggetto va a mentire e può prendere la forma sia della risposta ad una richiesta orale, sia della compilazione di questionari o di modelli precompilati²⁸⁰. L'art. 496 contiene, infine, una clausola sussidiaria che prevede l'applicazione della norma solo nei casi non riconducibili alle fattispecie precedenti, clausola che riduce ulteriormente l'ambito applicativo della disposizione, rendendo le "false dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri" una fattispecie residuale.

²⁷⁸ BISACCI M. C., *Falsità personali, cit.*, pag. 8.

²⁷⁹ BISACCI M. C., *Falsità personali, cit.*, pag. 8.

²⁸⁰ BISACCI M. C., *Falsità personali, cit.*, pag. 7. Sono, invece, escluse dall'ambito della fattispecie le dichiarazioni spontanee.

3.3. Sentenza n. 8060/2016 Cass. pen., sez. VI

Una prima sentenza che si occupa della fattispecie di alterazione di stato mediante falsità è la sentenza del 26 febbraio 2016, n. 8060²⁸¹, con cui la Corte di Cassazione fornisce una ricostruzione del momento di consumazione del delitto in questione.

Il caso di specie riguarda la registrazione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato da surrogazione in Ucraina. Il bambino è figlio biologico del padre committente e della surrogata, mentre la madre committente risulta essere solo madre sociale. L'atto di nascita formato in Ucraina, tuttavia, registra come genitori del minore entrambi i committenti, che procedono, così, a presentare la richiesta di trasmissione in Italia all'autorità consolare. A seguito dell'accertamento svolto dai funzionari del consolato e l'ammonimento reso ai due committenti circa le possibili conseguenze penali della trasmissione dell'atto, la coppia richiede la sospensione e l'annullamento della prima richiesta di trasmissione, presentandone una nuova con allegato un nuovo atto di nascita. Viene, quindi, indicato il solo padre committente come genitore biologico, specificando il ruolo della madre surrogata e l'assenza di coinvolgimento a livello genetico della moglie del committente. Sulla base di questa seconda richiesta, viene così trascritto l'atto di nascita in cui, tuttavia, l'ufficiale di stato civile indica entrambi i coniugi come genitori del neonato, pur essendo consapevole della non corrispondenza di tale indicazione alla realtà dei fatti.

In primo grado il processo si chiude con una sentenza di non doversi a procedere in quanto il fatto contestato non costituisce reato. In sede di udienza preliminare, si scompone la condotta oggetto d'esame in due fasi, corrispondenti alle due richieste avanzate dai coniugi: solo la seconda rileva nel caso di specie. Tuttavia, data la corrispondenza dell'atto di nascita alla *lex loci*, si esclude la possibile contestabilità della condotta per innocuità del falso, tesi avvallata dalla documentazione presentata contestualmente alla richiesta. La Procura, al contrario, sottolinea come la sospensione e l'annullamento della prima richiesta di trasmissione dell'atto di nascita sia stata chiesta dai coniugi solo dopo l'accertamento dell'autorità consolare, con la conseguente convocazione della coppia e l'avviso della possibilità di incorrere nella responsabilità penale per l'eventuale falsa

²⁸¹ Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016 n. 8060, in *OneLegale*.

dichiarazione²⁸². Il Tribunale sostiene poi che l'ufficiale di stato civile avrebbe dovuto in ogni caso procedere alla trascrizione dell'atto indicando entrambi i committenti come genitori, in forza di quanto affermato dalla Corte EDU nelle sentenze *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014, in merito al rispetto dell'art. 8 CEDU²⁸³.

Quest'ultimo è uno dei profili contestati nel ricorso poiché la Procura ritiene che le sopracitate sentenze della Corte EDU perseguano l'obiettivo di tutelare l'interesse del minore e non i diritti dei genitori. Oltre a ciò, l'ufficiale di stato civile applica direttamente i principi contenuti in queste pronunce, ma in contrasto con il dettato costituzionale, svolgendo una valutazione riservata alla Corte costituzionale. Tra i motivi del ricorso, inoltre, si lamenta un mancato rispetto della *lex loci* nella redazione dell'atto di nascita in Ucraina, nella parte in cui la madre committente viene registrata come madre effettiva pur in assenza di un legame biologico. Se questo è vero, anche la prima fase di condotta, svolta in Ucraina, potrebbe integrare o un tentativo di alterazione di stato ex art. 567, co. 2, c.p., oppure una falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali di altri ai sensi dell'art. 495 c.p. Secondo la difesa, tuttavia, il primo atto di nascita sarebbe conforme al diritto ucraino che dà la possibilità di registrare la committente, priva di legami genetici con il minore, come madre effettiva al pari del padre biologico, purchè sia stato dato il consenso dalla madre surrogata.

La Corte di Cassazione, per decidere il ricorso va ad analizzare la fattispecie dell'art. 567, co. 2, c.p., in modo da inquadrarla nel caso concreto.

Ancora una volta la condotta viene divisa in due componenti. Nella prima rientra la formazione dell'atto di nascita in Ucraina, poi allegato alla prima richiesta, che viene qualificata come una "condotta decettiva strumentale all'alterazione dello stato civile del minore"²⁸⁴. Nella seconda, invece, viene ricondotta la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, che porta al perfezionamento dell'alterazione di stato. Si tratta, in questo caso, di

²⁸² La difesa sosterrà, invece, che fin dall'istruttoria svolta dal consolato i due committenti avevano reso nota la realtà della gestazione, fornendo anche il nome della madre biologica del bambino.

²⁸³ Le due sentenze si occupano di un caso di surrogazione di maternità uguale a quello trattato dalla Cassazione: in riferimento alla mancata trascrizione dell'atto di nascita da parte delle autorità francesi, la Corte EDU non ritiene sussistente una violazione dell'art. 8 nei confronti della coppia committente, in quanto non aveva determinato un'interferenza sproporzionata nel loro diritto alla vita privata e familiare. Viene, tuttavia, riscontrata una violazione del medesimo articolo nei confronti del minore: la mancata trascrizione comporta una lesione del diritto all'identità del minore e un possibile pericolo per l'esercizio dei suoi diritti ereditari.

²⁸⁴ Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016 n. 8060, *cit.*

un “falso ideologico funzionale ad una alterazione dello *status* di filiazione ascrivibile al neonato”²⁸⁵, falso per mezzo del quale si è verificata una distorsione del naturale rapporto di procreazione.

L'accusa sostiene che l'alterazione di stato mediante falsità si sia consumata in Italia. È corretta questa ricostruzione? Per il perfezionamento dell'alterazione di stato, ai sensi dell'art. 567, co. 2, la falsità deve riguardare il momento di formazione dell'atto, che nel caso di specie si concretizza con la registrazione all'anagrafe dell'atto di nascita con cui si cementa lo *status* del minore. Il momento della registrazione dell'atto di nascita viene definito come uno spartiacque: permette, infatti, di distinguere l'alterazione di stato vera e propria, dalle condotte antecedenti, che potrebbero, al massimo, costituire un tentativo di alterazione, e dalle condotte successive, che potrebbero integrare la diversa fattispecie prevista all'art. 495, co. 2. È certo che determinare l'esatto momento di consumazione del reato si complica quando diventa più complessa la procedura prevista per la registrazione dell'atto di nascita. In questo caso, ai sensi degli artt. 15, co. 2, e 17 del d.P.R. n. 396 del 2000²⁸⁶, l'atto di nascita, formato all'estero nel rispetto della *lex loci*, su sollecitazione del dichiarante deve essere trasmesso dall'autorità consolare all'ufficiale di stato civile del comune territorialmente competente per la trascrizione nei registri italiani. Se l'alterazione di stato, quindi, è collegata alla registrazione in Italia dell'atto di nascita, allora la ricostruzione avanzata dall'accusa è corretta: il reato di alterazione di stato si è consumato in Italia.

Non rilevano ai fini dell'alterazione, invece, la formazione dell'atto di nascita viziato da falsità in Ucraina e le altre condotte decettive poste in essere nel Paese estero. Quest'ultime, secondo la Corte, potrebbero integrare un tentativo di alterazione di stato qualora la mancata trascrizione dell'atto di nascita non dipendesse dalla volontà del dichiarante; si esclude, invece, la possibile configurazione della fattispecie di cui all'art. 495 c.p., poiché, data la loro finalità di alterare lo stato civile del minore, verrebbero comunque ricondotte nell'ambito del tentativo di alterazione.

Tornando ai motivi del ricorso, effettuata questa delimitazione della condotta di alterazione di stato, la Corte esclude la rilevanza del rispetto o meno della *lex loci* nella

²⁸⁵ Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016 n. 8060, *cit.*

²⁸⁶ *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.*

formazione dell'atto di nascita. È indubbio che il contenuto dell'atto di nascita ucraino, che individua entrambi i committenti come genitori del minore, non sia corrispondente alla situazione di fatto, alla reale procreazione. Ma, mentre nella valutazione dell'atto estero, in vista della trascrizione in Italia, si considera il rispetto dell'atto alla normativa del paese di provenienza, nel caso di una valutazione circa la sussistenza della responsabilità penale, si va a valutare l'effettiva corrispondenza tra il dato reale e il contenuto dell'atto. Nel primo caso prevale la coerenza con quanto previsto dall'ordinamento straniero, salvo la contrarietà dell'atto all'ordine pubblico; nel secondo caso, invece, anche rispettando la normativa estera, sussiste l'alterazione dello stato civile del minore *ex art. 567, co. 2*, perché la falsità ha comportato uno spostamento del naturale rapporto di procreazione e della discendenza del bambino.

In ogni caso, la Corte condivide la soluzione adottata dal giudice di primo grado. L'ufficiale di stato civile ha proceduto alla trascrizione dell'atto di nascita in forza della seconda richiesta avanzata dal solo padre biologico, a cui erano state allegate la documentazione e le dichiarazioni che spiegavano l'assenza di legami biologici tra il minore e la madre committente. Nonostante questo, l'ufficiale di stato civile ha trascritto l'atto indicando entrambi i coniugi come genitori del bambino, pur essendo consapevole della non corrispondenza di tale trascrizione alla realtà dei fatti. La Corte ritiene che si depotenzi così la condotta di falso, rendendola un falso innocuo: la falsità non viene valutata tale da essere in grado di incidere sulla scelta dell'organo di trascrivere l'atto di nascita²⁸⁷.

La Corte rigetta così il ricorso circa l'imputazione ai sensi dell'*art. 567, co. 2, c.p.*²⁸⁸.

3.4. Ancora sentenza n. 13525/2016 Cass. pen., sez. V

Vicenda simile si presenta anche nella sopracitata sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525²⁸⁹, con cui la Cassazione decide su un simile caso di surrogazione: anche qui il minore nasce in Ucraina grazie ad una surrogazione, questa volta totale, con ovulo donato da donna

²⁸⁷ La sentenza precisa anche che la scelta autonomamente fatta dall'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto, in luce di una propria interpretazione del dato normativo, non può ricadere sui coniugi resistenti a livello di responsabilità penale.

²⁸⁸ Si esclude anche l'imputazione ai sensi dell'*art. 495* perchè manca la condizione di procedibilità rappresentata dalla richiesta del Ministro della giustizia *ex art. 9, co. 2, c.p.*

²⁸⁹ Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016 n. 13525, *cit.*

terza e gameti del padre committente. A seguito della nascita, il 2 settembre 2014 viene rilasciato il certificato n. 359 a cui segue, il giorno successivo, una dichiarazione da parte della madre surrogata, di cittadinanza ucraina, in cui acconsente alla registrazione dei due committenti come genitori del neonato. Il 4 settembre 2014 si procede alla registrazione della nascita del minore presso l'anagrafe di Kiev, iscrivendo, così come previsto dalla normativa ucraina, entrambi i genitori committenti nell'atto di nascita, di cui poi viene chiesta la trascrizione in Italia.

In questo caso, però, a differenza del precedente, i genitori committenti si vedono imputati anche per la violazione del divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, co. 6, della legge 40/2004²⁹⁰, oltre che per i reati di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, co. 2, c.p., e di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri *ex art. 495 c.p.*²⁹¹.

In primo grado, i due imputati vengono assolti perché il fatto non sussiste, in quanto si erano limitati a chiedere la trascrizione di un atto di nascita redatto in Ucraina nel rispetto della *lex loci*, senza aggiungere dichiarazioni o attestazioni ulteriori.

La sentenza viene impugnata per erronea applicazione della legge penale e per illogicità della motivazione. Secondo il ricorrente, la coppia avrebbe dovuto presentare all'autorità consolare il primo certificato del 2 settembre in cui risultava l'effettiva natura della gestazione e conseguente nascita del bambino; la coppia, invece, ha esibito l'ultimo certificato in cui figuravano entrambi come genitori naturali del bambino, nonostante la madre committente non fosse biologicamente legata a quest'ultimo. Allo stesso tempo, il giudice non ha considerato che i due committenti non avevano fatto menzione, all'autorità consolare, di aver fatto ricorso a maternità surrogata, rimanendo in silenzio di fronte alle domande poste in merito.

Anche in questa sentenza, la Cassazione ricostruisce la fattispecie dell'art. 567, comma secondo, c.p., specificando che per integrare un'alterazione di stato deve esserci una "materiale alterazione", cioè la presentazione di una dichiarazione falsa che sia idonea, in quanto contenente l'indicazione di un genitore diverso da quello naturale, a creare una

²⁹⁰ Questo punto è trattato nel *paragrafo 2.1* del presente capitolo.

²⁹¹ Tra i capi d'accusa figurano anche la falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici, disciplinata all'art. 476 c.p., e l'errore causato da altrui inganno, *ex art. 48 c.p.* La Cassazione, però, esclude che siano configurabili le due fattispecie, in quanto l'ufficiale di stato non ha formato un atto falso, ma si è limitato a trascrivere nel registro di stato civile italiano quello già formatosi all'estero.

falsa attestazione che attribuisca al minore una discendenza diversa da quella effettiva²⁹². La Corte sottolinea, ancora una volta, che la falsità deve incidere sulla formazione dell'atto, escludendo dall'ambito del 567, co. 2, le condotte che incidono sullo stato civile successivamente a questo momento²⁹³. La Corte, sulla base di questa analisi, nega la sussistenza dell'alterazione di stato poiché l'atto di nascita formatosi in Ucraina risulta legittimo ai sensi del diritto sulla base del quale si è formato. La disciplina contenuta nel d.P.R. n. 396 del 2000 prevede che, nel caso di cittadino italiano nato all'estero, la dichiarazione di nascita deve essere resa alle autorità locali competenti secondo quanto stabilito dalla normativa locale; a questo punto, una copia dell'atto di nascita formato all'estero deve essere inviata senza indugio all'autorità consolare per la trasmissione all'ufficiale di stato civile italiano ai fini della trascrizione. Il ricorrente lamenta che i coniugi avrebbero dovuto presentare all'autorità consolare, non il certificato ultimo del 4 settembre, ma il primo del 2 settembre in cui non figuravano entrambi come genitori del minore: questo, tuttavia, oltre a non essere quanto previsto dalla normativa ucraina, non dimostra la presenza di falsificazioni, in quanto sono entrambi documenti legittimi ai sensi della *lex loci* che permette il riconoscimento dei due committenti come genitori effettivi del minore.

La Cassazione esclude poi anche la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 495 c.p. che il ricorrente sosteneva prendesse forma nelle mancate risposte, da parte dei committenti, alle domande circa l'avvenuta surrogazione di maternità. Questa sezione di condotta, tuttavia, non fa parte di quella contestata nel ricorso poiché si discute circa le possibili falsità contenute nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia. Oltre a ciò, in ogni caso, l'art. 495 sanziona le false dichiarazioni o attestazioni: non hanno valore, ai fini di questo delitto, i comportamenti reticenti o i meri silenzi come quelli discussi nel caso di specie.

²⁹² Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016 n. 13525, *cit.* La stessa ricostruzione viene riproposta anche dalla Sezione VI della Corte di Cassazione nella sentenza n. 31409 del 10 novembre 2020 con cui la Corte giudica l'impugnazione di un'ordinanza con cui era stata annullato, in sede di riesame, un decreto di perquisizione e sequestro. Le misure cautelari in questione servivano per accertare la sussistenza dell'alterazione di stato ex art. 567, co. 2, c.p., in relazione ad una surrogazione di maternità effettuata in Ucraina. Anche in questo caso si valuta l'atto di nascita redatto all'estero legittimo in quanto conforme alla *lex loci*: la bambina nata da surrogazione, infatti, condivide il proprio patrimonio genetico con il padre committente, consentendo, ai sensi della legge ucraina, la formazione di un atto di nascita in cui entrambi i genitori intenzionali vengono indicati come genitori naturali della minore.

²⁹³ In quanto condotte successive alla formazione dell'atto, queste potrebbero integrare una falsa dichiarazione o attestazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri ex art. 495 c.p.

La Corte conferma, quindi, la decisione di primo grado, assolvendo gli imputati su tutti i fronti.

3.5. *Sentenza n. 48696/2016 Cass. pen., sez. VI*

Con la sentenza del 17 novembre 2016, n. 48696²⁹⁴, la Cassazione giudica un ricorso che ha nuovamente oggetto la fattispecie dell'art. 576, comma secondo, c.p. La vicenda discussa in giudizio vede una coppia italiana recarsi in Ucraina per far ricorso alla surrogazione di maternità, lecita nel Paese estero. A seguito della pratica, una surrogazione totale con l'utilizzo dei gameti del padre committente e di un ovulo di donna terza, nascono due gemelli che vengono registrati come figli di entrambi i genitori committenti. I genitori committenti vengono, dunque, accusati in Italia di alterazione di stato civile ai sensi dell'art. 567, co. 2, c.p., in quanto avrebbero alterato lo stato civile dei gemelli attraverso la produzione di false certificazioni con l'indicazione dell'imputata come madre naturale dei bambini.

In primo grado la coppia viene assolta perché il fatto non costituisce reato: in Ucraina, di fatto, è consentita la realizzazione della surrogazione di maternità con il limite della condivisione, da parte dei nati, di almeno la metà del patrimonio genetico della coppia; è prevista, inoltre, la registrazione di entrambi i genitori committenti, all'interno dell'atto di nascita redatto in Ucraina, come genitori effettivi dei neonati. Nel caso di specie, i gemelli sono biologicamente figli del padre committente che ha prestato i suoi gameti per la surrogazione, rendendo legittima la pratica ai sensi della legge ucraina. I certificati di nascita, dunque, non vengono giudicati ideologicamente falsi. Inoltre, si ritiene insufficiente la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo poiché i committenti si sono recati in Ucraina consapevoli che la pratica fosse lì lecita e che gli eventuali certificati di nascita, rilasciati in seguito alla surrogazione, sarebbero stati legittimi. Il Tribunale di Trieste ritiene poi che le dichiarazioni che la committente avrebbe rilasciato all'ambasciata sulla propria gravidanza, in realtà non avvenuta, abbiano perseguito l'obiettivo di tutelare l'interesse dei due minori²⁹⁵, piuttosto che quello di nascondere la surrogazione alle autorità.

²⁹⁴ Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2016 n. 48696, in *OneLegale*.

²⁹⁵ Si presuppone che l'imputata volesse evitare che fossero rese note le circostanze del loro concepimento per tutelare i due gemelli.

Anche in sede d'appello, l'assoluzione dei due imputati viene confermata, ritenendo i certificati di nascita conformi alla *lex loci*.

La Procura propone quindi ricorso in Cassazione, impugnando la sentenza per violazione di legge e per mancanza, manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione. Riguardo al primo motivo del ricorso, il ricorrente lamenta il mancato rispetto sia della normativa ucraina in termini di accesso alla pratica della surrogazione, sia della disciplina italiana in tema di rapporto di filiazione del cittadino italiano nato all'estero. Da una parte, infatti, si sostiene che la surrogazione realizzata dalla coppia committente non sia rispettosa dei limiti previsti dalla legislazione ucraina: all'art. 123 del Codice di famiglia ucraino sembra ammessa la sola surrogazione totale con l'utilizzo dell'embrione formato dai gameti di entrambi i committenti, non invece la surrogazione totale con ovodonazione da parte di una donna terza²⁹⁶. La coppia, inoltre, data l'età della committente, che al momento della surrogazione aveva sessantasette anni, non sembra nemmeno rientrare in alcuna delle ipotesi previste per l'accesso alla pratica in questione. La normativa, infatti, consente il ricorso alla maternità surrogata solo in caso siano presenti patologie tali da impedire la procreazione o siano state tentate ripetutamente le tecniche di procreazione assistita con esito fallimentare. In luce di queste ragioni, i certificati appaiono viziati da falsità ideologica e comportano l'integrazione dell'alterazione di stato *ex art. 567 c.p.*²⁹⁷. In secondo luogo, si individua un mancato rispetto anche della disciplina italiana in materia di rapporti di filiazione poiché si ritiene che quest'ultimi debbano essere determinati sulla base del diritto italiano. Ecco che i gemelli risulterebbero biologicamente figli del padre committente, ma avrebbero una relazione materna incerta: sulla base della normativa italiana²⁹⁸, l'imputata non potrebbe essere considerata madre naturale. Se, invece, si ritenesse legittimo il certificato di nascita dei gemelli ai sensi della

²⁹⁶ Secondo l'accusa, il Codice di famiglia ucraino permetterebbe la surrogazione totale con l'utilizzo dell'embrione formato dai gameti di entrambi i committenti oppure l'ovodonazione che permetta l'impianto di ovuli di donna terza nell'utero della committente infertile o, ancora, l'inseminazione attraverso seme di donatore terzo, in caso di sterilità del marito.

²⁹⁷ La difesa, al contrario, contesta che la normativa ucraina prevede la possibilità di surrogazione nel caso siano presenti patologie o nell'ipotesi di fallimentari e ripetuti tentativi di P.M.A., dando la possibilità residuale anche di ovodonazione. Si richiede, inoltre, la condivisione da parte del feto del patrimonio genetico di almeno un membro della coppia committente (in questo caso il padre che ha prestato i suoi gameti). Infine, in caso di surrogazione, è prevista l'iscrizione di entrambi i committenti come genitori naturali del minore, anche per quanto riguarda la madre committente che altrimenti sarebbe solo madre sociale.

²⁹⁸ Ai sensi dell'art. 269 c.c., è madre chi partorisce il neonato.

legge ucraina, comunque le condotte degli imputati integrerebbero la fattispecie di cui all'art. 495 c.p., avendo i due reso delle dichiarazioni false, idonee ad incidere sullo stato civile dei gemelli. In ogni caso, il ricorrente reputa che i due delitti rientrino nella giurisdizione italiana poiché, ai sensi dell'art. 6 c.p., la condotta si è esaurita in Italia. Le dichiarazioni e attestazioni false, infatti, avrebbero esplicato i loro effetti giuridici solo una volta giunte all'ufficiale di stato civile italiano.

Il terzo motivo di ricorso riguarda, invece, la motivazione della sentenza. Alla base della decisione del Tribunale di Trieste, poi confermata dalla Corte di Appello, infatti, viene posta la carenza di prova dell'elemento psicologico del reato. Il ricorrente ritiene, invece, che sia sussistente il dolo generico richiesto dalla fattispecie dell'art. 567, co. 2, poiché la coppia committente avrebbe fornito all'ambasciata delle spiegazioni su un presunto parto prematuro della committente, insistendo poi sulla trascrizione dell'atto di nascita dei gemelli. La difesa, al contrario, contesta che non ci sia prova delle dichiarazioni di cui si parla, oltre al fatto che non è mai stata dato avviso alla coppia dell'eventuale responsabilità penale.

Quid iuris? Anche la Corte di Cassazione conferma l'assoluzione dei due imputati perché il fatto non costituisce reato. Viene nuovamente ritenuta insussistente la piena prova dell'elemento soggettivo poiché non è provata in maniera certa la presenza del dolo generico richiesto dalla fattispecie dell'alterazione di stato. La Cassazione, infatti, sottolinea come la normativa ucraina preveda sia la possibilità di surrogazione totale con l'utilizzo di un embrione formato tramite ovodonazione di donna terza, sia l'iscrizione di entrambi i committenti come genitori naturali del bambino nato tramite maternità surrogata. In forza di ciò, quindi, a parere della Corte, sembra mancare la coscienza e volontà di presentare dichiarazioni false con l'obiettivo di alterare lo stato civile dei due bambini o, meglio, sembra non essere certamente provata. È presumibile, infatti, che gli imputati, ritenendo le due certificazioni regolari ai sensi della *lex loci*, si sentissero legittimati a richiederne la trascrizione in Italia, senza avere la consapevolezza della possibile alterazione dello stato.

Si esclude poi anche la presenza dell'elemento oggettivo. Da quanto emerso fino ad ora, infatti, la surrogazione è avvenuta nel rispetto della normativa ucraina in quanto il bambino condivide il suo patrimonio genetico con almeno uno dei membri della coppia committente. Inoltre, non ci sono motivi per cui l'età della madre committente, che

all'epoca della surrogazione aveva già sessantasette anni, escluda che ci siano stati plurimi tentativi falliti di concepire attraverso pratiche di P.M.A., ipotesi che consente il ricorso alla maternità surrogata in Ucraina. Allo stesso modo, anche l'atto di nascita e la conseguente attribuzione della genitorialità del bambino ai committenti risultano conformi alla *lex loci*. La Corte, quindi, esclude che possa essere integrabile la fattispecie di cui all'art. 567, co. 2, per la sola non conformità di questi atti alla normativa italiana. L'alterazione di stato mediante falsità, infatti, riguarda una falsità contestuale al momento di formazione dell'atto, motivo per cui sono le norme applicate in quello specifico momento a determinare qual è il contenuto dell'obbligo di verità e, di conseguenza, che cos'è falso²⁹⁹. Il concetto di *status*, civile o *filiationis*, in particolare, è un concetto fortemente normativo: l'ordinamento italiano tende a riconoscere rapporti parentali non necessariamente vincolati dal mero fattore biologico, ma ancorati al dato normativo che valorizza il ruolo sociale e intenzionale del genitore³⁰⁰.

Ecco che, in questo caso, manca il fatto tipico poiché si deve applicare la normativa del luogo in cui l'atto viene formato. È la disciplina italiana stessa a prevederlo: l'art. 33 della legge n. 218 del 1995 prevede che lo stato di figlio è determinato sulla base della legge nazionale del figlio, ma la legge italiana, ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 369 del 2000, rinvia alla *lex loci*. L'art. 15, al secondo comma, afferma che le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani nati all'estero devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa. Una volta formato l'atto di nascita, secondo il diritto locale, si procede poi a richiederne la trascrizione in Italia a cui si pone come unico limite la conformità all'ordine pubblico, limite che, tuttavia, non può comportare l'attribuzione di rilevanza penale al fatto. Secondo la Cassazione, dunque, non sussiste il fatto tipico richiesto dalla fattispecie disciplinata dall'art. 567, co. 2, c.p., in quanto gli imputati si sono limitati a richiedere la trasmissione dell'atto formatosi legittimamente in Ucraina nel rispetto della *lex loci*.

Sussiste, invece, il fatto tipico ai sensi dell'art. 495, co. 2, n. 1, c.p.? L'art. 15, co. 2, del d.P.R. n. 396 prevede che, nel caso di nascita di un cittadino italiano all'estero, la copia della dichiarazione di nascita è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare. La condotta di invio non è, però, assimilabile a quella di

²⁹⁹ VALLINI A., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev*, cit., pag. 910.

³⁰⁰ Si pensi all'istituto dell'adozione o alla più recente dichiarazione di legittimità della fecondazione eterologa in ambito di procreazione medicalmente assistita.

dichiarazione o attestazione, che viene richiesta dalla fattispecie discussa. Oltre a ciò, non è presente una falsità perché l'atto di nascita è stato redatto nel rispetto del diritto ucraino, a cui la normativa italiana fa rinvio. Non si può nemmeno considerare presente una falsità per omissione in quanto non esiste un obbligo di dichiarazione in capo a coloro che richiedono la trasmissione dell'atto in Italia.

4. Accenni sulla proposta di legge A.C. 887-A: punire la surrogazione di maternità realizzata all'estero

Come visto fino ad ora, il divieto di surrogazione di maternità, previsto all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, risulta praticamente ineffettivo, in quanto la condotta viene posta in essere all'estero, in Paesi in cui la maternità surrogata è consentita³⁰¹. La norma penale, quindi, non realizza veramente l'intento general preventivo di disincentivare il ricorso alla surrogazione, esito che, di fatto, non si ottiene nemmeno con le altre conseguenze penali e civili che si presentano in caso di avvenuta surrogazione all'estero. Da un lato, infatti, i processi penali che vedono imputati i genitori committenti per le fattispecie di cui agli artt. 567, co. 2, e 495, co. 2, n. 1, c.p., per un motivo o per l'altro, non terminano mai con una sentenza di condanna. In ambito civilistico, invece, sebbene le conseguenze della surrogazione siano più incidenti sulla coppia committente e sul minore, comunque non riescono efficacemente a distogliere dal ricorso a tale pratica. Anche quando l'ordinamento italiano non riconosce il rapporto di filiazione tra il minore nato da surrogazione e il genitore intenzionale non biologico, comunque fornisce degli strumenti, quali l'adozione in casi particolari, per garantire la continuazione di un legame di fatto già instauratosi tra i due soggetti.

Ecco che la proposta di legge C. 887, anche detta proposta Varchi³⁰², si prefigge di restituire effettività al divieto di surrogazione di maternità, estendendo l'applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero, nel tentativo di arginare il fenomeno del turismo procreativo.

La proposta Varchi, presentata il 15 febbraio 2023, assorbe le proposte Candiani e Lupi³⁰³. La prima propone l'estensione dell'applicazione della legge penale italiana, sia per il

³⁰¹ D'ALOIAA., *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, in *Federalismi.it*, XXV, 2023, pag. 8.

³⁰² L'iniziativa è stata proposta dal Deputato Maria Carolina Varchi.

³⁰³ Rispettivamente le proposte C. 342 e C. 1026.

delitto di surrogazione di maternità, che di commercializzazione di gameti ed embrioni, commessi all'estero da cittadini italiani o stranieri. Le seconde, invece, limitano l'ambito di applicazione alla sola surrogazione di maternità commessa all'estero da cittadino italiano³⁰⁴, proposte che sembrano di per sé più ragionevoli e che di fatto emergono nel testo finale trasmesso al Senato. Il testo inizialmente esaminato dalla II Commissione Giustizia, infatti, affermava che “le pene previste nel presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero”, facendo riferimento, quindi, all'intero comma sesto dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, senza distinguere tra fatto commesso dal cittadino e dallo straniero. Il 30 maggio 2023 viene, tuttavia, approvato un primo emendamento (Calderone, Pittalis, Patriarca) che modifica il precedente testo, prevedendo che “se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”. Infine, il testo approvato il 26 luglio 2023 presenta una nuova modifica che restringe l'ambito della proposta di legge alla sola surrogazione di maternità: “se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”. La proposta viene così trasmessa al Senato il giorno seguente e assegnata alla II Commissione permanente Giustizia, prima in sede redigente il 2 agosto e poi il 6 marzo in sede referente, dove è tutt'ora in discussione.

Qual è, dunque, l'obiettivo della proposta? Non opera interventi sulla struttura della fattispecie di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40, pur essa presentando un *deficit* di definizione, e non propone una revisione del trattamento sanzionatorio previsto. Inoltre, vengono mantenute anche le ulteriori conseguenze penali della surrogazione realizzata all'estero, quelle rappresentate dalle fattispecie di cui agli artt. 567, co. 2, e 495, co. 2, n. 1, c.p. di cui si è parlato nei precedenti paragrafi. La proposta di legge, almeno nell'ultimo testo approvato dalla Camera, non propone nemmeno di rendere la maternità

³⁰⁴ Le tre proposte di legge riprendono due proposte presentate nella precedente legislatura (Meloni C. 306 e Carfagna C. 2599). Anche in quel caso, si distinguevano perché la proposta Carfagna si limitava a prevedere l'applicazione della legge italiana alla surrogazione realizzata all'estero da cittadino italiano, mentre la proposta Meloni si estendeva anche alla commercializzazione di gameti e embrioni posta in essere da cittadino o da straniero. Secondo PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Diritto penale contemporaneo*, II, 2021, pag. 38, entrambe le proposte di espongono a critica, ma la seconda appare particolarmente irragionevole. L'Autore ritiene, infatti, che il delitto di surrogazione di maternità non rientri in alcuna delle cornici edittali che consentono una deroga al principio di territorialità. Inoltre, estendere l'applicazione della legge penale al cittadino straniero, significherebbe punire anche le cliniche che svolgono i protocolli medici che agiscono, tuttavia, in conformità alla *lex loci*.

surrogata un reato universale, ossia un fatto punibile da chiunque in qualsiasi luogo: in ogni caso, sarebbe difficile definire come tale un fatto che non è universalmente riconosciuto come reato, ma che, anzi, viene tollerato e consentito in alcuni Stati³⁰⁵. La finalità del d.d.l. è estendere l'applicazione della legge penale italiana al fatto commesso all'estero dal cittadino italiano.

In verità, a parere della Corte di Cassazione, sul tema sussiste già la disciplina prevista dall'art. 9 c.p. in materia di delitti comuni del cittadino all'estero³⁰⁶. Nel caso della surrogazione di maternità, che prevede una pena detentiva dai tre mesi ai due anni, si applica l'art. 9, secondo comma, c.p., norma che prevede la punibilità del cittadino italiano in Italia, per il fatto commesso all'estero, solo in caso di esperita richiesta del Ministro della giustizia o di istanza o querela della persona offesa; alla luce di una lettura sistematica dell'articolo, sulla base del primo comma, inoltre, si richiede la presenza del cittadino sul territorio italiano. A queste due effettive condizioni di procedibilità, si aggiunge un terzo requisito prospettato da dottrina e giurisprudenza, in particolare della Corte di Cassazione, ossia il principio della doppia incriminabilità o della previsione bilaterale del fatto. Tale principio, che richiede che il fatto perseguito sia considerato reato sia nel territorio italiano, sia in quello straniero in cui viene commesso, tuttavia, è di per sé oggetto di dibattito e non risulta universalmente condiviso. Nella sentenza n. 13525 del 2016, analizzata precedentemente, infatti, la stessa Cassazione fa notare come la giurisprudenza abbia storicamente considerato tale principio in maniere diverse: talvolta, viene ritenuto operante solamente ai fini dell'extradizione, *ex art. 13, co. 2, c.p.*, che richiede esplicitamente che il fatto perseguito debba costituire reato in entrambi gli ordinamenti³⁰⁷; in altre decisioni, invece, viene considerato principio valevole per l'intera disciplina dei reati commessi all'estero, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 7 c.p.³⁰⁸. Ai dubbi che, in generale, sono diffusi in relazione al principio della doppia incriminazione, si aggiunge il fatto che tale condizione, qualora necessaria, quasi mai sussiste nelle vicende di maternità surrogata realizzata all'estero.

La proposta Varchi, dunque, vorrebbe far venir meno la necessità di queste condizioni di procedibilità, garantendo maggiore libertà ai Pubblici Ministeri circa l'esercizio

³⁰⁵ GATTA G. L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, V, 2023, pag. 153.

³⁰⁶ GATTA G. L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"?*, *cit.*, pag. 154.

³⁰⁷ Anche in tema di estradizione, tuttavia, la portata del principio della doppia incriminazione è discussa.

³⁰⁸ Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016 n. 13525, *cit.*, pag. 3-4.

dell'azione penale, e, quindi, reprimere più facilmente le condotte elusive del divieto di surrogazione.

Come realizzare questo obiettivo? Il codice Rocco del 1930, in tema di reati commessi all'estero, adotta un'impostazione molto severa, dando la possibilità al legislatore di espandere il potere punitivo statale attraverso l'individuazione di criteri di collegamento che giustificano l'applicazione della legge italiana all'estero³⁰⁹. Nel caso in questione, si vorrebbe ricondurre la fattispecie della surrogazione di maternità, non più all'art. 9, co. 2, c.p., ma nell'ambito dell'art. 7. Il problema è che questa ricollocazione non sembra trovare effettivamente giustificazione, data la scarsa affinità della fattispecie della maternità surrogata alle altre ipotesi ricondotte a tale norma³¹⁰. L'art. 7, infatti, prevede l'applicazione della legge italiana ai reati commessi all'estero per due ragioni: da una parte, si tutelano degli interessi dello Stato di natura fortemente pubblicistica, mentre, dall'altra, si tutelano beni con valore universalmente riconosciuto a livello internazionale e la cui protezione risponde ad un interesse comune³¹¹. Oltre a non rientrare nella prima categoria di reati, previsti nelle prime quattro ipotesi dell'art. 7 c.p., si fatica a inserire la surrogazione di maternità anche nell'ipotesi prevista al n. 5 dello stesso articolo. La norma dispone che "è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge italiana". Sebbene l'estensione della punibilità della surrogazione commessa all'estero, in questo caso, sarebbe prevista da una speciale disposizione di legge, la fattispecie non reggerebbe un confronto con gli altri delitti disciplinati da questa disposizione. In effetti, vi rientrano reati come la violenza sessuale, la riduzione o il mantenimento in schiavitù o, ancora, la tratta di persone, fattispecie considerate più gravi su diversi fronti.

La maternità surrogata, infatti, non è universalmente vietata, anzi, sono diversi gli ordinamenti che la consentono, sia in Europa, che nel resto del mondo: non mancano, infatti, gli esempi di normative straniere che ammettono la surrogazione, anche all'interno di contesti che, per tradizione giuridica e per principi fondanti e ideali, risultano vicini a

³⁰⁹ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pag. 35.

³¹⁰ D'ALOIA A., *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, cit., pag. 9.

³¹¹ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pag. 8, per esempio, nei primi rientrano i delitti contro la personalità dello Stato o i reati a connotazione politica, mentre nei secondi quelli di terrorismo o genocidio.

quello italiano³¹². Allo stesso modo, non si possono ritenere sussistenti delle condanne assolute di tale pratica a livello internazionale poiché, seppur oggetto di ampio dibattito in quanto tema eticamente sensibile, nessuna organizzazione o istituzione si è espressa definitivamente su di essa. Nonostante siano diverse le preoccupazioni manifestate in relazione alla gestazione per altri, soprattutto nell'ambito della tutela dei minori, tendenzialmente queste si traducono nell'esigenza di regolamentazione a livello sovranazionale, che di fatto è assente, piuttosto che una valutazione negativa della pratica *in toto*³¹³. Pur riconoscendone la potenziale lesività, in particolare nei confronti della dignità umana, il pregiudizio prospettato non è tale da giustificare un accostamento di questa pratica procreativa alle fattispecie riconducibili al n. 5 dell'art. 7 c.p. Non si tratta, infatti, di un atto universalmente considerato lesivo di valori propri dell'intera comunità internazionale: manca quella logica che permette di scavalcare il principio di territorialità a favore di quello della giurisdizione universale, che, ai fini di difendere valori ingranati nella coscienza dell'umanità tutta, attribuisce ad ogni Stato la facoltà di portare avanti una pretesa punitiva nei confronti di chiunque (in questo caso del cittadino italiano) e indipendentemente dal luogo della commissione del reato.

³¹² Nel prossimo capitolo si analizzeranno due discipline straniere che consentono la surrogazione di maternità, quali quella inglese e quella dello Stato della California, ma ce ne sono altre come quella portoghese o quella greca.

³¹³ DANISI C., *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *GenIUS: Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2024, pag. 4 e ss., <https://www.geniusreview.eu/2024/maternita-surrogata-come-reato-universale-considerazioni-di-diritto-internazionale-e-dellunione-europea/>. Per esempio, nell'ambito delle Nazioni Unite, la surrogazione di maternità è stata oggetto di esame in tema di vendita e sfruttamento sessuale dei bambini, per verificare se la pratica potesse costituire una nuova modalità di traffico e commercializzazione di minori. Pur emergendo delle problematiche relative alla G.P.A., si è riscontrata, più che altro, la necessità di introdurre una disciplina che permetta di evitare la lesione della dignità dei soggetti coinvolti e lo sviluppo di un vero e proprio traffico di bambini e di adozioni illegali. Si richiede, dunque, l'individuazione di comuni regole base che assicurino la tutela dei diritti umani della surrogata e del fanciullo, ma rispettando la libertà di autodeterminazione della donna in relazione alle sue scelte riproduttive e non escludendo a priori una tecnica di P.M.A. che per alcuni costituisce l'unica modalità possibile per avere figli. Lo stesso viene riscontrato anche dal gruppo di lavoro di *The Parentage/Surrogacy Project*, organizzato dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, che chiede una regolamentazione della pratica al fine di evitare un'incidenza della stessa sui diritti umani, senza, però, affermare l'incompatibilità tra questi due. Anche in ambito Europeo manca una condanna assoluta della surrogazione di maternità: nel 2015 il Parlamento Europeo invita sì gli Stati a vietarla, ma nelle ipotesi in cui comporti lo sfruttamento della capacità riproduttiva della donna, soprattutto in condizioni disagiate, e la disposizione del corpo per ottenerne un guadagno economico; nel 2022 la Commissione Europea, invece, propone un regolamento per disciplinare i rapporti di filiazione formati a seguito di G.P.A. e il loro riconoscimento all'interno degli Stati membri, in modo da garantire ai minori il godimento dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione Europea. Anche in questo caso, dunque, si evidenzia la potenziale problematicità della pratica, ma, allo stesso tempo, si riconosce l'esigenza di disciplina per assicurare, *in primis*, la tutela del minore.

Oltretutto, la surrogazione è anche sottoposta ad un regime sanzionatorio inferiore a quelli delle altre fattispecie menzionate. L'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004 prevede da una parte una pena pecuniaria molto alta, addirittura dodici volte superiore al limite massimo che la legge prevede per una multa: è un limite a cui il legislatore può discrezionalmente derogare, ma tendenzialmente questo avviene per i delitti di profitto e non per quelli posti a tutela della persona³¹⁴. Dall'altro lato, la pena detentiva, che in Italia viene assunta come indicatore del disvalore del fatto penalmente rilevante, colloca la surrogazione di maternità nell'ambito dei reati bagatellari, per cui sono previsti una serie di istituti deflattivi che permettono di evitare l'esecuzione della pena. La surrogazione di maternità non appare, quindi, né come una fattispecie espressiva di un disvalore internazionalmente condiviso, né espressiva di una forte esigenza di tutela, come dimostra, del resto, anche il basso numero di richieste del Ministro della giustizia presentate a partire dal 2004.

Sembra più opportuno, dunque, mantenere le condizioni di procedibilità richieste dall'art. 9, secondo comma, c.p.: la maternità surrogata è un tema con forti implicazioni etiche, non omogeneamente condivise dai vari ordinamenti, motivo per cui appare sensato che la decisione di procedere sia affidata all'autorità politica, piuttosto che dipendere dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale³¹⁵. Eliminare il requisito della doppia incriminazione, inoltre, porterebbe a scavalcare le scelte fatte dagli altri ordinamenti, rinunciando ad un principio cardine della cooperazione giudiziaria internazionale³¹⁶.

L'inasprimento della disciplina proposto, inoltre, non sembra coincidere nemmeno con l'orientamento che la giurisprudenza di legittimità civile ha sposato negli ultimi anni in merito alla surrogazione di maternità.

La Cassazione più volte ha valutato negativamente la maternità surrogata, giudicandola una pratica lesiva della dignità della donna e dell'istituto dell'adozione, ma ha anche riconosciuto la necessità di tutelare *in primis* l'interesse del minore. Questo approccio si pone in linea con quanto stabilito dalla Corte EDU che riconosce agli Stati un margine di

³¹⁴ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pag. 36. A pagina 32, l'Autore afferma che l'elevata pena pecuniaria sembrerebbe punire "l'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione", piuttosto che disincentivare la ricerca del soddisfacimento del desiderio di genitorialità mediante la surrogazione da parte dei committenti.

³¹⁵ GATTA G. L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"?*, cit., pag. 155.

³¹⁶ GATTA G. L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"?*, cit., pag. 156.

discrezionalità circa la possibilità di adottare politiche per disincentivare il ricorso a tale pratica, ma, allo stesso tempo, condanna un divieto assoluto di riconoscimento dello *status filiationis* dei minori nati in seguito a surrogazione³¹⁷. Sebbene la Corte di Cassazione non riconosca l'atto di nascita o il provvedimento giudiziario straniero accertante il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale, infatti, individua nell'adozione in casi particolari una soluzione che lo permette. Addirittura, la Corte costituzionale, che ripropone la stessa condanna della pratica, non valuta l'istituto dell'adozione in casi particolari sufficiente, rimettendo, però, al legislatore l'individuazione della soluzione. Si tratta di effettuare un bilanciamento che garantisca al minore maggiori garanzie³¹⁸ e il riconoscimento di rapporti parentali che siano di fatto già parte integrante della sua vita, ma allo stesso tempo risponda alla finalità deflativa della surrogazione che l'ordinamento persegue.

Ecco che la proposta di estendere la portata dell'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, non si armonizza nemmeno con la recente giurisprudenza italiana che spinge per la ricerca di soluzioni che assicurino il riconoscimento del rapporto di filiazione a favore del minore³¹⁹. La riforma comporterebbe uno squilibrio tra i piatti della metaforica bilancia: se da una parte sarebbe utile a scoraggiare il ricorso alla maternità surrogata, dall'altra finirebbe per penalizzare la famiglia già di fatto costruita e, soprattutto, il minore che non sceglie il modo in cui viene al mondo.

³¹⁷ Corte EDU, parere consultivo della *Grande Chambre* del 10 aprile 2019.

³¹⁸ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 33 del 9 marzo 2021, dichiara inammissibile la questione di legittimità sollevata dalla Cassazione sul riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che attesta il rapporto di filiazione tra minore nato da surrogazione e genitore d'intenzione. Nella sentenza la Corte afferma che è nell'interesse del minore ottenere il riconoscimento giuridico dei legami che ha con entrambi i genitori committenti, che dalla nascita se ne sono presi cura, ma rimette la questione al legislatore. Per tutelare i diritti del minore, è necessario un procedimento di adozione che sia "effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino".

³¹⁹ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pag. 36 e ss.

UNA VISIONE COMPARATISTICA DELLA MATERNITÀ SURROGATA

1. Premessa

Il legislatore italiano sceglie di vietare in maniera assoluta la surrogazione di maternità, punendone la realizzazione, l'organizzazione o la pubblicizzazione, in qualsiasi forma, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro. Come già assodato precedentemente, la descrizione della fattispecie delittuosa, particolarmente sintetica e generale, lascia a desiderare sul piano della tassatività e determinatezza, facendo sorgere dubbi su molteplici fronti: non è chiara la portata del divieto, sia per quanto riguarda l'ampiezza delle condotte sanzionate, che per l'effettiva platea di possibili soggetti attivi, aspetto che affievolisce quel requisito di prevedibilità della norma normalmente richiesto dal diritto penale. È una previsione normativa che, dunque, presenta di per sé delle problematicità, a cui si aggiunge una sua sostanziale inefficacia di fronte al fenomeno del turismo procreativo³²⁰. È proprio in relazione alle condotte poste in essere dal cittadino italiano all'estero che sorgono le più recenti questioni, nei confronti delle quali, l'ordinamento adotta un approccio che si presenta come uno dei più restrittivi in Europa, se non in termini di pena prevista³²¹, per ciò che ne consegue sul piano dei rapporti giuridici. Pur rispettando le previsioni della Corte EDU in tema di surrogazione di maternità realizzata oltre i confini del territorio nazionale, infatti, l'Italia cerca di dissuadere il ricorso a tale pratica prevedendo pesanti conseguenze per i committenti che ne fanno uso. Tra queste, per esempio, il rifiuto di riconoscere automaticamente il rapporto di filiazione per il genitore solo intenzionale, soluzione che non è universalmente condivisa dagli altri ordinamenti che vietano la maternità

³²⁰ Come evidenziato nel Capitolo terzo di questa tesi, le condotte di surrogazione di maternità poste in essere all'estero quasi mai sono oggetto di un procedimento penale con oggetto il delitto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, di cui si esclude l'operatività. Nella più recente giurisprudenza penale, invece, vengono in gioco, i reati di alterazione di stato mediante falsità, di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o di altri o di false dichiarazioni sull'identità o su qualità personali proprie o di altri. Tuttavia, tutti i processi si risolvono per l'assoluzione degli imputati, i genitori committenti.

³²¹ Per esempio, in Germania la pena prevista per la realizzazione della maternità surrogata prevede sempre la reclusione, ma fino ai tre anni. In ogni caso, la pena prevista dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, risulta essere poco coerente e necessiterebbe di una revisione (si veda il paragrafo 4, capitolo 3, della presente tesi).

surrogata³²²; allo stesso modo, la concessione dell'adozione in casi particolari, rimedio volto ad assicurare la conservazione di un rapporto di filiazione già instaurato, non si presenta ancora come alternativa perfetta. Oltre a ciò, è in corso di discussione in Senato la proposta di legge Varchi che vorrebbe estendere la portata del divieto sancito dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, affinché punisca espressamente anche le condotte poste in essere dal cittadino italiano all'estero. Si tratta di una politica severa che è frutto di una specifica scelta del legislatore che nel 2004 ha disciplinato le tecniche di procreazione medicalmente assistita e di un'interpretazione giurisprudenziale che ha cercato di riempire di significato delle previsioni equivocabili, non sempre con risultati ottimali.

Come già appurato nei capitoli precedenti e qui brevemente riassunto, infatti, la normativa italiana in materia si espone a diverse critiche, sia per quanto riguarda nello specifico il divieto previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40, sia per quanto concerne le soluzioni interpretative adottate dalla giurisprudenza. Si è anche già affermato che sono diversi gli approcci che i legislatori di tutto il mondo adottano nei confronti della maternità surrogata, scegliendo, in alcuni casi, di vietarla e, in altri, di consentirla, rendendo il panorama globale in materia piuttosto frammentato. Potrebbe, quindi, essere utile, al fine di individuare dei possibili spunti di miglioramento per la disciplina italiana, considerare nuovi punti di vista, comparandola ad alcune normative straniere. Si attuerà un confronto duplice, che vede come termini, da una parte, l'impostazione italiana e, dall'altra, due diversi approcci: si esamineranno, in primo luogo, delle discipline affini a quella adottata dal legislatore italiano, sia per la tradizione giuridica di *civil law*, sia per la valutazione negativa della pratica della surrogazione e, in secondo luogo, si prenderanno in considerazione delle soluzioni contrarie, che scelgono di consentire la maternità surrogata, analizzandone punti di forza e di debolezza.

³²² Sempre la Germania, che, come l'Italia vieta la surrogazione in ogni sua forma, riconosce l'esito dell'accordo di surrogazione stipulato ed eseguito all'estero e, dunque, il rapporto di filiazione che si è instaurato a seguito di questo. FLORES C., *Accounting for the selfish state: human rights, reproductive equality and global regulation of gestational surrogacy*, in *Chicago Journal of International Law*, XXIII (2), 2023, pag. 404.

2. La gestazione per altri nel diritto straniero: normative affini a quella italiana

Questa prima parte prende in considerazione alcune discipline che, su più fronti, sono “vicine” a quella italiana: si tratta, infatti, di Stati membri dell’Unione Europea, geograficamente vicini a quello italiano, che condividono con l’Italia la stessa tradizione di *civil law* e, soprattutto, il medesimo trattamento della surrogazione di maternità, vietata in tutti gli ordinamenti considerati. Come già sottolineato, nonostante la maternità surrogata venga valutata diversamente nel mondo, è giusto specificare che l’approccio del legislatore italiano in materia si allinea con quella che è la tendenza degli Stati dell’Unione Europea. Salvo poche eccezioni³²³, infatti, la maggior parte degli ordinamenti vicini all’Italia vieta la maternità surrogata in tutte le sue forme, individuando ragioni di tutela simili a quelle evidenziate nei capitoli precedenti, quali, *in primis*, la tutela della dignità umana. Rientrano tra questi ordinamenti i casi presi qui in esame, vale a dire quello tedesco, quello spagnolo e, infine, quello francese, di cui si analizzerà la disciplina in tema di surrogazione di maternità, considerando anche il fenomeno del turismo procreativo. L’obiettivo non sarà quello di giudicare la validità delle singole soluzioni adottate dai vari Stati, ma di evidenziare come tutte le discipline oggetto d’esame, con una diversa intensità e un differente contenuto, presentano un grado di specificità e dettaglio superiore alla normativa italiana.

2.1. La disciplina tedesca in tema di maternità surrogata e la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*

Anche in Germania la maternità surrogata è vietata in ogni sua forma al fine di tutelare, come in Italia, la dignità umana, ma annoverando, tra i beni giuridici protetti, anche l’unitarietà della figura materna, non solo nell’interesse della gestante e della madre intenzionale, ma anche del minore che potrebbe vedere il suo diritto all’identità personale pregiudicato dallo sdoppiamento della maternità³²⁴. Con una serie di disposizioni, il legislatore tedesco, quindi, punisce nel complesso le stesse condotte previste dal

³²³ Per esempio, la Grecia e il Portogallo ammettono la surrogazione di maternità, entrambi gli Stati solo nella sua forma solidaristica.

³²⁴ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, in *Rivista dell’Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, pag. 167.

legislatore italiano, ma fornendo indicazioni che appaiono più precise e chiare di quelle dettate dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004.

Sono due i testi normativi da prendere in considerazione, l'*Embryonenschutzgesetz* e l'*Adoptionsvermittlungsgesetz*. Il primo è la Legge sulla protezione degli embrioni del 13 dicembre 1990 che, al § 1, co. 1, n. 7, punisce, con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria, chi agisce per praticare una fecondazione artificiale ad una donna disposta a cedere a terzi il figlio dopo la nascita o per impiantarle un embrione³²⁵. La norma, diversamente dal divieto italiano, individua specificatamente i soggetti attivi della fattispecie: parlando di soggetti che “agiscono per praticare una fecondazione artificiale”, la disposizione individua nel personale medico e paramedico, che esegue la pratica procreativa e svolge le eventuali attività ad essa prodromiche, i possibili autori del reato³²⁶. La fattispecie, in questo caso, si presenta già di più facile comprensione rispetto a quella delineata dall'art. 12, co. 6, sanzionando, apparentemente, una condotta paragonabile a quella di “realizzazione della surrogazione di maternità”³²⁷ individuata dal divieto italiano. Continuando il confronto con la fattispecie delittuosa italiana, anche le condotte di organizzazione e pubblicizzazione trovano sanzione penale, ma all'interno di un altro testo normativo, l'*Adoptionsvermittlungsgesetz*, la Legge sull'intermediazione nell'ambito dell'adozione, adottata il 2 luglio 1976. Al § 13b, comma 1, infatti, viene vietata la mediazione tra i genitori committenti, che vogliono adottare il minore nato da surrogazione di maternità o, comunque, tenerlo con sé permanentemente, e la donna che si presta alla gestazione per altri³²⁸. Il § 14b della stessa legge prevede, per questa attività di intermediazione, la pena della reclusione fino a un anno o, nuovamente, una sanzione pecuniaria, entrambe aumentate nel caso in cui l'intermediario agisca dietro corrispettivo o nell'esercizio di un'attività professionale o commerciale. È vietata, infine, anche la pubblicizzazione di accordi di surrogazione di maternità, nello specifico l'attività di

³²⁵ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza, cit.*, pag. 165.

³²⁶ Per questo motivo, si potrebbe definire una legge speciale per la determinazione della responsabilità del personale medico. LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza, cit.*, pag. 166.

³²⁷ Intesa come esecuzione del protocollo medico procreativo.

³²⁸ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza, cit.*, pag. 166.

ricerca (o di offerta), in maniera pubblica, di possibili gestanti o coppie di potenziali genitori intenzionali.

Tra i soggetti espressamente punibili ai sensi della disciplina tedesca, non figurano, invece, né i committenti, né la surrogata. Il legislatore, infatti, sceglie di valorizzare le peculiari situazioni dei soggetti coinvolti nella maternità surrogata che, nel caso dei genitori committenti, ricorrono ad una pratica vietata per la realizzazione del loro desiderio di genitorialità e, per quanto riguarda la surrogata, compie un atto altruistico per consentire ad altri di avere un figlio geneticamente loro, atto a fronte del quale una sanzione penale apparirebbe non proporzionale³²⁹.

Per quanto concerne i contratti di surrogazione di maternità che vengono stipulati tra i committenti e la madre surrogata, invece, il diritto tedesco li considera nulli per contrarietà al buon costume, poiché, soprattutto nel caso sia previsto un corrispettivo a favore della gestante, rendono il bambino una merce di scambio³³⁰.

Esplicata la disciplina base in tema di surrogazione di maternità, resta da spiegare come si determinano i rapporti di filiazione per i minori nati da surrogazione di maternità, con attenzione particolare alle vicende che si sviluppano all'estero, in Paesi dove tale pratica è ammessa.

Il diritto tedesco, in tema di filiazione, adotta gli stessi principi di quello italiano, in particolare, prevedendo all'art. 1591 del BGB (il codice civile tedesco) che è madre colei che partorisce il bambino: così come succede in Italia, *mater semper certa est*, in quanto si lega la determinazione della maternità al dato naturalistico del parto. Allo stesso modo, per la definizione della paternità, l'art. 1592 del BGB afferma che, nel caso di minore nato in circostanza di matrimonio, è padre il marito di colei che partorisce, mentre, in caso contrario, il padre è colui che riconosce validamente il figlio o la cui paternità viene validamente riconosciuta a livello giudiziale. Sulla base di queste due regole, dunque, il bambino nato attraverso la surrogazione di maternità è da considerarsi figlio della madre surrogata che lo partorisce e del marito di quest'ultima, se sposata, o dell'uomo che lo riconosce o a favore del quale è accertata la paternità, nel caso non lo

³²⁹ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 167.

³³⁰ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 169.

sia³³¹. Ciò significa che ai genitori committenti restano solo due rimedi: nel caso siano sposati, il padre committente biologico può riconoscere il bambino e la madre committente intenzionale può richiedere l'adozione del figlio del coniuge, attraverso la c.d. *stiefkindadoption*³³², oppure, nel caso non siano uniti in matrimonio, possono singolarmente procedere all'adozione del minore. Tuttavia, anche se permette ai committenti di diventare legalmente genitori del bambino, vedendo esauriti, invece, i legami giuridici con la surrogata, l'adozione non viene da tempo considerata la migliore soluzione per garantire il soddisfacimento di tutti gli interessi in gioco³³³.

Questo vale anche per le vicende di turismo procreativo che vedono coppie di cittadini tedeschi recarsi all'estero per ricorrere alla surrogazione di maternità, altrimenti vietata nel loro Paese d'origine, e incappare, una volta tornati in Germania, nella contestazione dei rapporti familiari che li legano al neonato. Così come già visto nell'analisi della giurisprudenza italiana, anche qui si discute circa la possibilità di riconoscere automaticamente il provvedimento giudiziale o l'atto di nascita straniero che attestano l'esistenza del legame di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore: la giurisprudenza tedesca valuta la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento o dell'atto straniero, ma arriva, nel corso degli ultimi dieci anni, a soluzioni diverse da quelle raggiunte dalla Cassazione italiana.

Con la sentenza del 20 dicembre 2014, infatti, il giudice di legittimità a livello federale – il *Bundesgerichtshof* – decide circa il riconoscimento dello *status filiationis* di un minore nato attraverso maternità surrogata in California. Il bambino, sulla base di un provvedimento giudiziale della Superior Court of the State of California, risulta figlio di entrambi i genitori committenti³³⁴, solo uno dei quali legato geneticamente al minore; le autorità tedesche si rifiutano, tuttavia, di trascrivere l'atto di nascita per contrarietà all'ordine pubblico, motivo per cui il padre committente biologico procede a riconoscere il bambino, nel rispetto del diritto tedesco. Se, quindi, è pacifico il rapporto di filiazione che lega il minore al padre biologico, si apre il dibattito sulla possibilità di riconoscere lo

³³¹ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 168.

³³² Oppure possono procedere ad adottare congiuntamente il minore. LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 169.

³³³ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 169.

³³⁴ La coppia è formata da due uomini conviventi di fatto.

stesso legame anche a favore del genitore intenzionale. La Corte tedesca, già in questa prima sede, adotta un approccio diverso da quello italiano, scegliendo di dare rilevanza alla situazione formatasi in concreto in modo da realizzare i *best interests of the child*: il minore ha interesse a vivere con due genitori che lo hanno voluto e che, dal momento della sua nascita, se ne sono presi cura, non, invece, con una madre surrogata straniera che non nutre il desiderio di tenerlo per sé e che, ai sensi della legge dello Stato in cui vive, non è nemmeno giuridicamente sua madre³³⁵. Questa è una situazione di fatto che, tra l'altro, è stata accertata da un provvedimento giudiziale straniero, a sua volta emanato in funzione del preminente interesse del minore e sulla base di una valutazione giuridica effettuata nel rispetto della *lex loci*³³⁶. Impedire il riconoscimento automatico del rapporto, ma concedere al genitore intenzionale l'utilizzo dell'istituto dell'adozione, invece, viene considerata una soluzione non soddisfacente, non adatta alla particolarità della surrogazione di maternità che è ragione dell'esistenza stessa del bambino. Il giudice, inoltre, non ritiene la surrogazione lesiva della dignità dei soggetti coinvolti perché è stato appurato che la gestante si è volontariamente e liberamente prestata alla pratica, senza la quale il minore non sarebbe mai venuto al mondo³³⁷.

Per questi motivi, la Corte riconosce la paternità di entrambi i genitori committenti, soluzione che viene confermata anche in una successiva sentenza del 5 settembre 2018. Anche in questo caso, un provvedimento giudiziale straniero indica entrambi i genitori committenti, questa volta una coppia eterosessuale, come genitori del minore nato all'estero da maternità surrogata e la coppia ne chiede il riconoscimento in Germania. La Corte Suprema accoglie il ricorso della coppia facendo sempre valere il miglior interesse del minore, ritenuto, nel caso concreto, prevalente rispetto alla funzione general preventiva di dissuasione dal ricorso alla maternità surrogata³³⁸. Ancora una volta, il giudice afferma che l'adozione o, comunque, la mera continuazione della situazione familiare di fatto non sono soluzioni compatibili con il *best interest of the child* perché

³³⁵ Il principio *mater semper certa est* non viene considerato principio di ordine pubblico idoneo ad ostacolare la trascrizione dell'atto straniero. LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 170.

³³⁶ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 171.

³³⁷ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 170.

³³⁸ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 172.

non costituiscono un rimedio alternativo, allo stesso modo efficace, rispetto al riconoscimento dello *status* giuridico del minore come figlio dei due committenti³³⁹. Permettere il riconoscimento del provvedimento giudiziale straniero beneficia sì la coppia, che ottiene così il risultato sperato all'inizio del processo di surrogazione in Germania vietata, ma si tratta di un "effetto collaterale", funzionale a garantire il diritto del minore ad uno *status* giuridico stabile e, di conseguenza, una propria identità, senza essere discriminato sulla base delle circostanze in cui è nato³⁴⁰.

Entrambe le decisioni in cui si ammette la trascrizione, tuttavia, riguardano il riconoscimento di provvedimenti giudiziari stranieri e non atti di nascita redatti all'estero. Tra i motivi che spingono la Corte a riconoscere il rapporto di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore rientra anche la presenza di una sentenza che ha accertato tale rapporto nel Paese estero: la decisione straniera implica, alla base del legame di filiazione, l'esistenza di una valutazione giuridica su ciò che è meglio per il minore, sulla sussistenza di un' idoneità dei genitori committenti a ricoprire adeguatamente il ruolo a loro assegnato e, quindi, ad assicurare la cura e la salute del bambino. Questa valutazione manca, invece, nella redazione di un atto di nascita in cui si iscrivono le identità dei genitori sulla base di mere presunzioni previste dal diritto locale. Nel caso di specie, deciso con la sentenza del 20 marzo 2019, i committenti richiedono la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Ucraina in cui, nel rispetto della *lex loci*, sono entrambi iscritti come genitori del minore. Si tratta di un atto che determina lo *status filiationis*, ma non produce effetti assimilabili a quelli di una sentenza, motivo per cui è necessario applicare la disciplina tedesca in materia di filiazione e di diritto internazionale privato³⁴¹. Sebbene sia possibile, anche per il diritto tedesco, riconoscere la paternità del padre committente biologico, ai sensi dell'art. 1591 del BGB, è madre la surrogata che ha partorito il bambino. La maternità, dunque, non può essere attribuita alla madre committente sulla base dell'atto di nascita

³³⁹ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 172.

³⁴⁰ La legge fondamentale tedesca, il *Grundgesetz*, garantisce al minore il riconoscimento dell'interesse a vedere attribuito il titolo di genitore ai due membri della coppia committente per mezzo dei diritti di assistenza e di educazione a cui corrispondono i rispettivi doveri maturati in capo ai genitori.

³⁴¹ LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 173.

ucraino, ma sarà necessario procedere all'adozione del figlio del partner, la *stiefkindadoption*³⁴².

L'ordinamento tedesco, quindi, rispetta le previsioni della Corte EDU, consentendo il riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il minore, nato attraverso maternità surrogata, ed entrambi i genitori committenti. Sceglie, tuttavia, di differenziare tale riconoscimento sulla base delle modalità di attestazione del rapporto stesso: in caso di provvedimento giudiziale è possibile procedere all'automatica trascrizione, non sussistendo ostacoli di ordine pubblico; nel caso, invece, in cui la richiesta di trascrizione riguardi l'atto di nascita redatto all'estero, è garantito il riconoscimento del rapporto che lega il bambino al genitore intenzionale, ma solamente attraverso il rimedio alternativo dell'adozione.

2.2. *Le soluzioni spagnole alla gestación de sustitución*

L'ordinamento spagnolo vieta la surrogazione di maternità, la *gestación de sustitución*, all'interno della Legge n. 14 del 26 maggio 2006, dedicata alle tecniche di riproduzione assistita. L'art. 10 introduce un divieto della maternità surrogata in ogni sua forma, ma con una modalità diversa sia da quella italiana, che da quella tedesca: la legge spagnola non prevede alcun tipo di sanzione penale, né detentiva, né pecuniaria, per lo svolgimento di questa pratica, ma si limita a sancire la nullità dei contratti che la hanno ad oggetto. L'articolo, infatti, afferma che è nullo il contratto con cui le parti si accordano, sia verso corrispettivo, che a titolo gratuito, affinché una donna intraprenda una gestazione per conto della controparte o di terzi, impegnandosi a rinunciare al neonato e al rapporto di filiazione che la lega allo stesso³⁴³. Per prassi il contratto si ritiene nullo per illiceità della causa, in quanto risultano violati i principi di indisponibilità del corpo e dello *status*. In primo luogo, infatti, la prestazione richiesta alla madre surrogata comporterebbe la messa a disposizione del suo utero e, talvolta, dei suoi ovuli per una gravidanza a favore di altri: l'apparato e le capacità riproduttive della gestante diventerebbero così oggetto di uno

³⁴² AMBELANG V. R., *Surrogate Human Motherhood: an analysis of the transfer of the born baby to the intended parents in Germany, the UK, and the USA*, in *Anglo-German Law Journal*, VI, 2021, pag. 62.

³⁴³ GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio "de iure condito" e "de iure condendo"*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, pag. 964.

scambio di natura commerciale³⁴⁴. Allo stesso tempo, le parti andrebbero a disporre dello *status* del futuro minore, alterando la normale disciplina per la determinazione dei rapporti di parentela. La disciplina spagnola in materia di filiazione, in questo senso, si presenta simile a quella italiana, in quanto lega l'attribuzione dello *status filiationis* al dato biologico, stabilendo che è madre colei che partorisce. Sulla base di questo principio la madre del minore nato tramite maternità surrogata sarebbe la gestante, che, però, all'esito del contratto, dovrebbe rinunciare alla filiazione e ad ogni pretesa nei confronti del bambino. Sebbene non sempre l'ordinamento faccia automaticamente prevalere il *favor veritatis* per l'individuazione dei genitori, un contratto di gestazione per altri subordinerebbe l'acquisizione di uno stato giuridico, diverso da quello previsto dalla legge per il bambino, alla mera volontà negoziale delle parti, senza una previa verifica concreta dell'interesse del minore.

Se fino a qui, pur adottando un diverso approccio nella previsione del divieto, il legislatore spagnolo non offre una disciplina più dettagliata di quella italiana, nei commi successivi dell'art. 10 va a fissare le regole per la determinazione dei rapporti di filiazione a seguito della realizzazione della surrogazione, disposizioni invece assenti nella legge n. 40 del 2004. Il secondo comma dell'art. 10 conferma la maternità della donna che partorisce il bambino, che, nel caso della gestazione per altri, è la surrogata; il terzo comma prevede poi la possibilità per il padre biologico di esercitare l'azione di riconoscimento per rivendicare la paternità, con l'applicazione delle regolari norme in materia. Quest'ultima previsione, in particolare, è molto importante perché offre una soluzione certa in relazione allo *status* del minore nato all'estero tramite surrogazione, prevedendo già a livello normativo la modalità di riconoscimento per il genitore intenzionale biologico³⁴⁵. Quanto all'altro genitore committente, invece, è prevista la possibilità di adottare il bambino a seguito del riconoscimento da parte del partner: attraverso la *stepchild adoption*³⁴⁶, l'eventuale madre intenzionale si vede attribuita la

³⁴⁴ GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo*, cit., pag. 965.

³⁴⁵ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, pag. 189.

³⁴⁶ In questo caso, viene concessa con delle verifiche circa l'idoneità genitoriale molto più flessibili rispetto alle normali adozioni. GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo*, cit., pag. 966.

maternità del minore, a fronte dell'annullamento della genitorialità della madre surrogata che lo ha partorito.

Ecco che la disciplina spagnola risulta più accurata di quella italiana perché, oltre a specificare il divieto assoluto di surrogazione di maternità, dichiarando la nullità sia dei contratti a titolo oneroso, sia di quelli a titolo gratuito, si occupa di disciplinare a priori le conseguenze dell'esecuzione della pratica senza sconvolgere il preesistente sistema³⁴⁷.

E in ambito di turismo procreativo? Per quanto concerne la maternità surrogata eseguita all'estero, le vicende spagnole vedono contrapporsi le decisioni adottate dalla giurisprudenza e gli atti emanati dalla Direzione Generale dei Registri e Notai, che si occupa del Registro di Stato Civile. Ai sensi dell'art. 9 del Titolo Preliminare del codice civile spagnolo, infatti, i rapporti di filiazione sono stabiliti sulla base del diritto di nazionalità del bambino³⁴⁸ e se ne dà pubblicità attraverso l'iscrizione nel Registro di Stato Civile, motivo che giustifica l'importanza della Direzione Generale che ha, nel corso dell'ultimo decennio, fissato alcune linee guida in tema di registrazione delle nascite dei bambini nati tramite maternità surrogata all'estero.

Con la risoluzione del 18 febbraio 2009, la Direzione Generale dei Registri e Notai permette l'iscrizione nel Registro di Stato Civile di un atto di nascita californiano che indica come genitori di un bambino, nato a seguito di un accordo di surrogazione, entrambi i committenti, due uomini cittadini spagnoli. Il provvedimento sottolinea la preminenza dell'interesse del minore che, nel caso concreto, impedendo l'iscrizione, sarebbe stato privato di uno *status filiationis* legalmente iscritto nel registro spagnolo³⁴⁹, nonostante la cittadinanza ereditata dal padre intenzionale biologico. La Direzione Generale, quindi, afferma che, per consentire l'iscrizione dell'atto di nascita straniero, è sufficiente che questo sia stato redatto rispettando i requisiti di forma e le condizioni di

³⁴⁷ L'art. 10, co. 2, prevedendo che, a seguito della surrogazione, è madre colei che ha partorito il bambino, conferma il principio *mater semper certa est*, rafforzando, in generale, la nozione della filiazione. GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo*, cit., pag. 966.

³⁴⁸ Vale anche in Spagna il principio dello *ius sanguinis*.

³⁴⁹ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag. 190, ciò determinerebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione ONU del 1989 sui diritti dell'infanzia, che richiede anche che il bambino rimanga sotto la tutela di chi lo ha voluto.

validità previste dal diritto estero, che non deve essere necessariamente oggetto di una valutazione circa il proprio contenuto³⁵⁰.

Il Tribunale di Valencia, tuttavia, con la sentenza del 15 settembre 2010, arriva alla conclusione contraria, annullando il precedente provvedimento che aveva autorizzato l'iscrizione. Sebbene ai fini dell'ingresso di un provvedimento o di un atto straniero nell'ordinamento interno non sia necessaria una totale corrispondenza di discipline, nel caso di specie, non si può ammetterne l'automatica trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico, rappresentato dalla previsione dell'art. 10 della legge n. 14 del 2006³⁵¹. Non risulta sufficiente, infatti, valutare il rispetto delle formalità e dei requisiti di validità dell'atto perché questi non permettono di ricostruire le circostanze in cui il contratto è stato stipulato e, quindi, di valutare se sono stati garantiti alcuni valori costituzionali, quali, per esempio, la dignità umana o la privacy. Per il riconoscimento totale e automatico dell'atto è necessaria la presenza di "informazioni chiare, sufficienti e pertinenti sulla procedura giudiziaria" che la Corte californiana ha seguito per accertare il rapporto di filiazione tra il bambino ed entrambi i genitori committenti³⁵². Il Tribunale di Valencia prima e la Corte Suprema Spagnola poi³⁵³, dunque, riconoscono l'atto di nascita statunitense, ma in maniera solo parziale: viene registrata la nascita del minore, ma non il rapporto di filiazione, il cui riconoscimento è subordinato all'esercizio dell'azione di rivendicazione della paternità e all'adozione del figlio del partner.

Tra le due sentenze del 2010 e del 2014, la Direzione Generale dei Registri e Notai emana una nuova circolare (del 5 ottobre 2010) con cui modifica la precedente disciplina per adeguarsi alle decisioni giurisprudenziali. Per ottenere l'iscrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero tramite maternità surrogata, oltre alla certificazione straniera, deve essere consegnato al giudice competente del Registro Civile anche il provvedimento dell'autorità giudiziale straniera che attesti, non solo il rispetto dei requisiti di forma e di contenuto, ma anche dei diritti e degli interessi dei soggetti coinvolti, in particolare della surrogata e del minore³⁵⁴. In seguito, nel 2019, con la circolare del 18 febbraio viene

³⁵⁰ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag. 190.

³⁵¹ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag. 191, secondo la Corte, la surrogazione di maternità è lesiva della dignità umana, sia della gestante, che del bambino, in quanto li rende oggetto di uno scambio economico, "commercializzando la gestazione e la filiazione", esponendo la madre surrogata all'eventuale sfruttamento delle sue condizioni di debolezza emotiva e patrimoniale.

³⁵² COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag. 191.

³⁵³ Il Tribunale supremo conferma la precedente decisione con la sentenza del 6 febbraio 2014.

³⁵⁴ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag.191-192.

modificato il secondo requisito per cui, oltre al certificato di nascita, la coppia committente deve presentare o la sentenza straniera passata in giudicato o un provvedimento sottoposto a controllo incidentale in linea con quanto già previsto dalla circolare del 2010³⁵⁵. Nel caso, però, non sia possibile ottenere un provvedimento giudiziale nel Paese in cui è stata svolta la surrogazione, la Direzione Generale attribuisce alle coppie una soluzione ulteriore: dopo aver richiesto alle autorità dello Stato ospitante il rilascio del passaporto del minore e i permessi per tornare in Spagna, si dà la possibilità di ottenere il provvedimento da un tribunale spagnolo, o tramite l'avvio di un procedimento per la registrazione della filiazione³⁵⁶, o esercitando le azioni per il riconoscimento della paternità.

Come emerso fino a qui, ciò che rileva è l'effettuazione di una verifica del caso concreto. A fronte di una pratica che in Spagna è considerata lesiva della dignità umana e, quindi, fortemente contrastata dal Governo spagnolo, si rende necessario, in queste vicende, un controllo circa il rispetto dei diritti e degli interessi coinvolti, per minimizzare lo sfruttamento e la degradazione della donna e del minore, pur consentendo il riconoscimento di famiglie già di fatto formate. L'importante è che la valutazione venga eseguita, mentre per quanto riguarda modalità e occasioni del controllo c'è uno spazio di manovra più ampio: si accetta il giudicato straniero che ha accertato il legame genetico del genitore biologico e ha attribuito la genitorialità anche al genitore intenzionale; allo stesso modo il provvedimento giudiziale può essere ottenuto direttamente da un tribunale spagnolo nell'ambito di un procedimento per la registrazione della filiazione; ancora, la verifica può essere svolta a seguito dell'esercizio dell'azione per la rivendicazione della paternità e nel successivo procedimento di adozione del minore da parte del coniuge. Questo orientamento viene confermato anche da una successiva sentenza (del 31 marzo 2022) del Tribunale Supremo spagnolo che reitera la contrarietà all'ordine pubblico della pratica della surrogazione. Tale contrasto inficia la trascrizione automatica dell'atto di nascita straniero, che può comunque essere riconosciuto, ma solo a seguito di una valutazione in concreto dell'interesse del minore, per assicurare che l'attribuzione dello stato di figlio dei genitori committenti corrisponda alla realizzazione della migliore soluzione possibile. Affinchè avvenga il riconoscimento, quindi, deve essere stato

³⁵⁵ COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, cit., pag. 193.

³⁵⁶ Per cui è previsto l'intervento della Procura della Repubblica.

accertato il legame genetico tra il bambino e il committente, requisito essenziale per l'attribuzione della genitorialità a favore del genitore intenzionale biologico; a questo punto, il genitore intenzionale non genetico può procedere all'adozione del figlio del partner; infine, viene iscritto il certificato di nascita presso il Registro di Stato Civile³⁵⁷.

La soluzione raggiunta dalla giurisprudenza e dalla Direzione Generale dei Registri e Notai, infine, è stata ritenuta idonea a soddisfare anche i parametri fissati dalla Corte EDU in tema di *status* del minore nato da surrogazione, in quanto viene assicurato il riconoscimento sia a favore del genitore committente biologico, sia di quello solamente intenzionale³⁵⁸. Pur conservando la valutazione negativa della maternità surrogata e perseguendo una finalità dissuasiva della stessa, infatti, l'ordinamento spagnolo assicura al minore l'attribuzione di uno *status* definitivo e stabile, evitandone una discriminazione per la sola modalità in cui è nato.

2.3. *La gestation pour autrui nel Code Civil francese*

La Francia, attraverso la legge sul rispetto del corpo umano, n. 653 del 29 luglio 1994, vieta a livello normativo la maternità surrogata, introducendo nel *Code Civil* l'art. 16-7, che prevede la nullità di ogni accordo relativo alla procreazione o alla gestazione per conto di altri³⁵⁹. La legge del '94 recepisce così un orientamento giurisprudenziale francese, consolidatosi all'inizio degli anni Novanta, che riteneva illeciti gli accordi di surrogazione di maternità per la violazione dei principi di indisponibilità del corpo e dello *status*³⁶⁰: quest'ultimi, indipendentemente dalla natura onerosa o gratuita della prestazione, non possono essere liberamente oggetto di un atto di disposizione³⁶¹ che finirebbe per inficiare la validità del contratto. Al pari del legislatore italiano, infatti, anche quello francese attribuisce alla maternità surrogata un forte disvalore, ma,

³⁵⁷ GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo*, cit., pag. 969.

³⁵⁸ GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo*, cit., pag. 970-971.

³⁵⁹ LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2023, pag. 1093.

³⁶⁰ ROUSSET G., *L'accès à la parentalité en droit français, le cas de l'assistance médicale à la procréation et de la gestation pour autrui*, in *Sages-femmes*, I, 2024, pag. 27.

³⁶¹ Sebbene siano consentiti altri atti di disposizione di parti del corpo, come per esempio del sangue, questi sono caratterizzati dall'anonimato del disponente e dalla gratuità della donazione. REIN-LESCASTEREYRES I., LE CAM-MAYOU C., *La maternità surrogata nel diritto francese*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, pag. 163.

nonostante ciò, non prevede delle specifiche sanzioni penali per punire la madre surrogata e i genitori committenti. Ai sensi dell'art. 227-12 del *Code Pénal*, i genitori intenzionali possono, al massimo, essere puniti per istigazione all'abbandono del minore con sei mesi di reclusione e un'ammenda di settemilacinquecento euro, nel caso in cui abbiano appunto indotto i genitori biologici ad abbandonare il bambino, attraverso il pagamento di un corrispettivo, per donazione o mediante minacce o abusi di potere. Diverso, invece, il trattamento di chi aiuta ad organizzare e a svolgere la pratica perché, sempre all'art. 227-12 c.p., è prevista la pena detentiva di un anno e una multa di quindicimila euro³⁶² per gli intermediatori, coloro che facilitano il raggiungimento di un accordo di surrogazione tra una donna e una coppia committente. All'art. 511-24 c.p., invece, viene punito il personale medico che procede a svolgere pratiche di P.M.A. con finalità diverse da quelle individuate dall'art. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, prevedendo una pena di cinque anni di reclusione e una multa di settantacinquemila euro. Anche in questo caso, quindi, dedicando singole disposizioni ai vari soggetti coinvolti nella pratica della surrogazione, la normativa straniera si presenta più precisa di quella italiana, quanto meno per l'individuazione dei titolari della responsabilità penale.

Le sanzioni penali fino a qui evidenziate sono limitatamente applicate alle sole condotte poste in essere sul territorio francese, determinando, quindi, l'esclusione di un'eventuale responsabilità penale per i cittadini francesi che ricorrono alla surrogazione di maternità all'estero³⁶³. Ciò, tuttavia, non equivale, da parte dell'ordinamento francese, ad un'apertura nei confronti del fenomeno del turismo procreativo, che per lungo tempo è stato comunque ostacolato attraverso il rifiuto di riconoscere l'atto di nascita del bambino nato all'estero. Fino al 2014, infatti, di fronte alle richieste di trascrizione degli atti di nascita stranieri, i giudici francesi confermavano il rifiuto di trascrivere in forza della violazione del divieto di maternità surrogata, limite di ordine pubblico ai sensi dell'art. 16-9 del *Code Civil*³⁶⁴. Oltre ad impedire l'automatico riconoscimento dell'atto di nascita, i giudici escludevano anche la possibilità per i genitori committenti di procedere all'adozione del minore, ritenendo sussistente una frode della legge francese tale da

³⁶² La pena viene raddoppiata se i fatti sono stati commessi a titolo abituale o con scopo di lucro.

³⁶³ REIN-LESCASTEREYRES I., LE CAM-MAYOU C., *La maternità surrogata nel diritto francese*, cit., pag. 158.

³⁶⁴ L'articolo prevede che le disposizioni del capitolo II del *Code Civil*, intitolato "*Du respect du corps humain*", sono norme di ordine pubblico.

impedire la prevalenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare e dell'*intérêt supérieur* del minore³⁶⁵. Nel 2014, tuttavia, intervengono le sentenze gemelle della Corte EDU, *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, che condannano la Francia per la violazione dell'art. 8 CEDU, per aver impedito il riconoscimento del rapporto di filiazione, già accertato all'estero, tra i bambini nati tramite surrogazione e il padre intenzionale biologico³⁶⁶. La Corte giudica il rifiuto assoluto di riconoscere lo *status filiationis* dei minori lesivo del diritto degli stessi al rispetto della vita privata e familiare e un ostacolo alla realizzazione del miglior interesse dei bambini. Infatti, sebbene venga riconosciuto un margine di discrezionalità agli Stati circa il trattamento della surrogazione di maternità ed, eventualmente, circa l'attuazione di politiche deflattive della stessa, questo non può comportare l'impossibilità di un riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione già di fatto instaurato tra i minori e il genitore biologico, situazione che ostacolerebbe il normale sviluppo dell'identità personale dei due bambini. A fronte della condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Cassazione francese ha modificato il suo orientamento, inizialmente appoggiandosi alla disposizione dell'art. 47 c.c. L'articolo, nella formulazione all'epoca vigente, prevedeva che ogni atto dello stato civile, anche se straniero, facesse fede in Francia, purchè venisse redatto rispettando le formalità richieste dal diritto straniero e le dichiarazioni che conteneva fossero corrispondenti alla realtà: in questo modo si ammetteva sì la trascrizione e, quindi, il riconoscimento degli atti di nascita redatti all'estero, ma solo nel caso in cui indicassero come genitori il padre biologico e la madre surrogata. In un secondo momento, invece, è stata ampliata la portata del riconoscimento, comprendendo anche gli atti di nascita che attribuivano la genitorialità ad entrambi i committenti: si ammetteva la trascrizione di questi atti solo nel caso in cui la surrogazione fosse avvenuta nel rispetto della *lex loci* straniera e il riconoscimento del rapporto di filiazione fosse effettivamente stato nell'interesse del minore. Nel 2019, infine, è stata ammessa la trascrizione dell'atto di nascita indicante una coppia *same sex* come genitori del minore nato tramite surrogazione, poiché si riteneva che l'uso della gestazione per altri e l'indicazione della doppia paternità

³⁶⁵ LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri, cit.*, pag. 1094.

³⁶⁶ Per maggiori approfondimenti si veda il Capitolo 2, Paragrafo 2 del presente elaborato.

non giustificassero un rifiuto purchè l'atto fosse regolare, privo di frode e redatto nel rispetto del diritto straniero³⁶⁷.

La soluzione più recente adottata dalla *Cassation*, invece, segue una riforma in materia di bioetica, introdotta con la legge n. 1017 del 2 agosto 2021 che, all'art. 7, prevede la modifica dell'art. 47 c.c. Alla previgente versione, che affermava l'efficacia in Francia degli atti di stato civile stranieri redatti in conformità con le previsioni di legge dello Stato emittente e corrispondenti alla realtà, viene aggiunto che "*celle-ci est appréciée au regard de la loi française*". Ecco che il nuovo testo dell'art. 47 allinea l'ordinamento francese a quello italiano: stabilendo che la verità delle dichiarazioni contenute negli atti stranieri viene accertata sulla base del diritto francese, la Francia impedisce un riconoscimento integrale dell'atto di nascita straniero e riafferma la rilevanza del dato biologico nella determinazione dello *status filiationis*. Anche secondo la legge francese, infatti, è madre colei che partorisce il bambino ed è padre il marito di questa, se coniugata, o colui che riconosce il minore come suo figlio. Sulla base di queste regole, non è possibile trascrivere interamente l'atto di nascita estero che attribuisce il ruolo di genitori ad entrambi i committenti. Se, infatti, è possibile riconoscere l'atto nella parte in cui attesta la paternità del padre committente biologico, non è, invece, possibile fare lo stesso per la maternità della madre solo intenzionale, in quanto, ai sensi del diritto francese, è madre la surrogata che ha portato in grembo e partorito il minore³⁶⁸. Con questa riforma la Francia rispetta i requisiti individuati dalla Corte EDU con le sopraccitate sentenze del 2014 perché permette il riconoscimento del rapporto di filiazione a favore del genitore biologico attraverso la parziale trascrizione dell'atto di nascita. Allo stesso tempo, permette anche il riconoscimento a favore del genitore intenzionale, ma con modalità diverse: così come è previsto dalla giurisprudenza italiana, anche l'ordinamento francese individua nell'adozione un rimedio alternativo alla trascrizione, consentito, tuttavia, solo se realizza il migliore interesse del minore e se il genitore biologico ha fornito il suo consenso. L'ordinamento francese, dunque, adotta la medesima soluzione di quello italiano, per cui sorge spontaneo chiedersi: si ripropongono le stesse questioni analizzate in tema di adozione in casi particolari? Due possibili problemi potrebbero riguardare la

³⁶⁷ LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, cit., pag. 1094.

³⁶⁸ LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, cit., pag. 1094.

necessità di consenso del genitore biologico e le tempistiche richieste per il procedimento di adozione, ma sembrano entrambe questioni superate o, quantomeno, superabili. In merito al primo quesito, infatti – sebbene sulla base del diritto francese non sembri possibile procedere all’adozione, anche se nell’interesse del minore, senza il consenso del genitore legale – di fatto l’ordinamento prevede delle soluzioni alternative. Ai sensi dell’art. 371-4 del *Code Civil*, il *juge aux affaires familiales*, al fine di realizzare l’interesse del minore, può regolamentare i rapporti che intercorrono tra lo stesso e un soggetto terzo, sia quest’ultimo suo genitore o meno³⁶⁹. Allo stesso modo, anche i tempi per l’adozione non appaiono problematici, in quanto la Corte EDU si è espressa favorevolmente sulla media di quattro mesi necessari per completare il procedimento, ritenendo rispettati i requisiti di rapidità e celerità del riconoscimento prospettati dal parere della Grande Camera del 2019.

3. Analisi del diritto straniero: consentire la maternità surrogata

Sulla base dell’analisi compiuta nell’*incipit* del capitolo, risulta banale affermare che la pratica della maternità surrogata comporta notevoli insidie che non sono del tutto scongiurate da un divieto assoluto come quello italiano, già di per sé non esattamente avulso da problemi. A fronte di queste criticità, però, è lecito chiedersi se un approccio totalmente contrario comporterebbe allo stesso modo l’insorgere di questioni giuridiche. Consentire la surrogazione di maternità risolverebbe i problemi fino a qui evidenziati? O farebbe sorgere delle nuove difficoltà nella disciplina?

Per rispondere a queste domande, i successivi paragrafi prendono brevemente in considerazione due approcci normativi stranieri, quello del Regno Unito e quello dello Stato della California. Questi due Stati, diversamente dall’Italia, consentono la surrogazione di maternità sul loro territorio, rispettivamente solo nella sua forma solidaristica e in ogni sua forma, sia commerciale che altruistica. L’obiettivo è quello di individuare elementi di pregio e criticità delle singole discipline per verificare se una scelta legislativa totalmente contraria a quella italiana possa essere, di fatto, una soluzione o se finisca per confermare la sensatezza del divieto previsto dall’ordinamento italiano.

³⁶⁹ LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri, cit.*, pag. 1097.

3.1. *Lo Human Fertilization and Embryology Act*

Il Regno Unito adotta un approccio liberale, non solo nei confronti della maternità surrogata, ma in generale circa la disciplina della procreazione medicalmente assistita. Le normative di riferimento, lo *Surrogacy Arrangements Act*³⁷⁰ e lo *Human Fertilization and Embryology Act*³⁷¹, infatti, presentano una struttura piuttosto asciutta che, limitando la normazione esplicita solo a determinate pratiche, cerca di ostacolare il meno possibile il progresso scientifico. Si tratta di una legislazione permissiva che vuole massimizzare le opportunità di sviluppo nel campo medico, cercando, allo stesso tempo, di garantire un adeguato livello di tutela all'embrione oggetto di sperimentazione. Ecco che, a differenza dell'ordinamento italiano, quello inglese permette la ricerca sugli embrioni, soprannumerari o creati per tale scopo, ma la limita ai primi quattordici giorni dalla fecondazione³⁷² e alle situazioni in cui è necessaria e auspicabile per l'avanzamento delle cure dell'infertilità o per evitare l'impianto di embrioni in presenza di malattie congenite o anomalie cromosomiche³⁷³. Sono consentite, inoltre, pratiche come la donazione di gameti e di ovuli, la crioconservazione degli embrioni, la fecondazione omologa ed eterologa, oltre che la fecondazione *post mortem* e la surrogazione di maternità³⁷⁴. Nel complesso, tuttavia, non è sempre facile capire quali, tra gli interessi in gioco, prevalgono e la tutela dell'embrione sembra cedere il passo di fronte alle esigenze del progresso medico, dando attuazione ad una concezione che fa prevalere il beneficio per molti al pregiudizio di pochi³⁷⁵.

Questa impostazione si ripropone anche in tema di maternità surrogata che viene per la prima volta disciplinata nel *Surrogacy Arrangements Act* del 16 luglio 1985. L'*Act*, tutt'ora vigente, vieta la surrogazione di maternità commerciale, sanzionando penalmente chiunque, al di fuori della madre surrogata e dei genitori committenti, inizi o prenda parte

³⁷⁰ *Surrogacy Arrangements Act*, 16 luglio 1985, chapter 49, in *legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>.

³⁷¹ *Human Fertilization and Embryology Act*, 1 novembre 1990, chapter 37, in *legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

³⁷² FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 194, nel Report di Warnock del 1984 si afferma che l'essere umano si sviluppa a partire da quindici giorni dopo la fecondazione (la c.d. stria primitiva) per cui si permette la sperimentazione sul pre-embrione, quell'essere considerato vivente, ma non ancora individuo umano.

³⁷³ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 197.

³⁷⁴ È vietata, invece, la clonazione umana e qualsiasi trasferimento di embrioni animali nell'utero di una donna o di embrioni umani in un animale.

³⁷⁵ FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, cit., pag. 201.

a delle contrattazioni finalizzate alla stipula di un accordo di surrogazione, si offra o acconsenta a negoziare un accordo di surrogazione o collezioni qualsiasi informazione allo scopo di usarle per stipulare o negoziare la stipula di un accordo di surrogazione³⁷⁶. Si vietano, quindi, condotte di organizzazione o negoziazione di un accordo di surrogazione di tipo commerciale, punendo i soggetti terzi che traggono beneficio dall'accordo. Il *Surrogacy Arrangements Act* si preoccupa, inoltre, di chiarire i termini del divieto, offrendo una prima sezione dedicata alla definizione dei concetti, come quello di madre surrogata e di accordo di surrogazione, che sono citati nel resto del documento e sono utili anche per la disciplina della surrogazione di maternità contenuta nel *Human Fertilization and Embryology Act*. Quest'ultimo, entrato in vigore l'1 novembre del 1990, rappresenta la controparte inglese della legge n. 40 del 2004 italiana, occupandosi, anche se in maniera sicuramente più favorevole, della procreazione medicalmente assistita. La disciplina introdotta nel '90 fornisce, in alternativa all'istituto dell'adozione, la possibilità per i genitori committenti di richiedere un provvedimento giudiziale, il c.d. *parental order*, che attesti il rapporto giuridico tra i genitori intenzionali e il minore nato tramite surrogazione. Si tratta di un riconoscimento che richiede il rispetto di alcune condizioni: è previsto per coppie sposate e viene rilasciato una volta accertata l'assenza del pagamento di un corrispettivo, salvo il rimborso delle *reasonable expenses*³⁷⁷. Nel 2008, una riforma dell'*Human Fertilization and Embryology Act*³⁷⁸ va, invece, ad espandere questa previsione anche alle coppie unite civilmente o conviventi di fatto, richiedendo, tuttavia, un legame genetico tra almeno un membro della coppia e il minore.

Il testo normativo vigente è abbastanza sintetico, almeno per quanto riguarda la disciplina della surrogazione di maternità come pratica medica e contrattuale, concentrandosi piuttosto sulle modalità di attribuzione e trasferimento della responsabilità genitoriale e sul ruolo ricoperto dal consenso in tali vicende. La *section 33* dell'H.F.E.A., infatti, definendo il concetto di "madre", stabilisce che è madre giuridica chi porta in grembo o ha portato in grembo il bambino in forza del trasferimento di un embrione o di un ovulo e sperma nel suo utero. Anche l'ordinamento inglese, come quello italiano, quindi, attribuisce la maternità sulla base della gestazione e del parto, indipendentemente dalla

³⁷⁶ *Section 2, Subsection 1, Surrogacy Arrangements Act* del 1985.

³⁷⁷ AMBELANG V. R., *Surrogate Human Motherhood*, cit., pag. 66.

³⁷⁸ Human Fertilization and Embryology Act, 13 novembre 2008, chapter 22, in *legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

presenza di un legame genetico tra la donna e il bambino. Allo stesso modo, il dato formale della nascita in circostanza di matrimonio viene utilizzato per l'individuazione del secondo genitore del bambino: la *section 35* indica come padre del bambino il marito o il convivente della surrogata, a prescindere dall'uso dei suoi gameti per la fecondazione; la *section 42* prevede l'ipotesi in cui la surrogata è unita civilmente o convive con un'altra donna, caso in cui quest'ultima è considerata il secondo genitore del minore. In entrambi i casi viene fatta salva un'ipotesi, ossia si esclude l'attribuzione automatica della genitorialità al partner della gestante nel caso in cui non abbia prestato il consenso all'inseminazione o al trasferimento dell'embrione nell'utero della madre surrogata.

Le *sections 44* e *45*, invece, disciplinano i cosiddetti *parental orders*, dei provvedimenti giudiziali che permettono il trasferimento della responsabilità genitoriale dalla madre surrogata, ed eventualmente dal suo partner, alla coppia committente: il bambino viene così riconosciuto giuridicamente figlio dei genitori intenzionali se è stato procreato utilizzando i gameti di almeno un membro della coppia.

Le *subsections* da 2 a 5 prevedono una serie di requisiti per la presentazione dell'istanza. La coppia, infatti, formata da due persone maggiorenni, deve essere sposata, unita civilmente, convivente di fatto o avere una relazione familiare duratura senza che sussistano tra di loro rapporti di parentela vietati; almeno uno dei committenti, inoltre, deve essere residente nel Regno Unito. La richiesta di *parental order* deve essere fatta entro sei mesi dalla nascita del bambino che, dal momento di deposito dell'istanza, deve vivere coi genitori intenzionali.

Gli accertamenti che vengono fatti dal giudice per il suo rilascio sono, però, abbastanza limitati, in quanto si concentrano sulla presenza o meno di un corrispettivo e sul consenso della madre surrogata. Il giudice va a verificare, basandosi sulle informazioni e i documenti forniti dai committenti e dalla surrogata, che l'accordo non preveda il pagamento di un corrispettivo per la gestazione e la successiva consegna del bambino: non devono essere stati dati denaro o altri benefici che esulino dal rimborso delle ragionevoli spese sostenute³⁷⁹. Manca, invece, un'analisi del contenuto dell'accordo che viene lasciato alla totale libertà delle parti. L'accordo di surrogazione viene definito come “*a statement of intention about how the arrangement will work and the commitment that*

³⁷⁹ *Section 54, subsection 8, H.F.E.A.* del 2008.

*each party is making to the other in advance of the surrogacy commencing*³⁸⁰ e lo stesso *Surrogacy Arrangements Act* specifica che si tratta di “*not enforceable arrangements*”³⁸¹, accordi che non sono eseguibili dalle parti o contro le parti. Dall’altra parte, il giudice verifica la sussistenza del consenso della madre surrogata e dell’eventuale altro genitore, consenso che deve essere liberamente espresso ed essendo consapevoli delle conseguenze, motivo per cui può essere prestato solo dopo un tempo di riflessione di sei settimane dalla nascita del bambino. Si tratta, tuttavia, di una verifica limitata alla volontà della donna al rilascio del *parental order*, mancando, invece, una valutazione circa lo stato psicologico della gestante³⁸² o circa l’efficacia ed effettività dell’attività informativa svolta o, ancora, sul contenuto dell’accordo³⁸³.

Quella prevista per il rilascio del *parental order* è, quindi, una procedura complessa che vede il consenso come elemento costitutivo della genitorialità dei committenti e del rapporto di filiazione, la cui formazione è ostacolata dall’eventuale dissenso delle parti. Nel caso in cui i committenti richiedano il *parental order* e la surrogata presti il suo consenso, si valuta che sia realizzato il *best interest of the child* e si trasferisce la genitorialità giuridica ai genitori intenzionali; nel caso contrario si possono formulare diversi scenari problematici. Se i genitori committenti non richiedono il *parental order*, infatti, la surrogata si trova ad avere un figlio che ha portato in grembo e partorito per altri; se, invece, i genitori intenzionali presentano l’istanza al giudice, ma la madre surrogata non presta il suo consenso, allora si instaura una lite che comporta una grande instabilità e incertezza giuridica per il minore³⁸⁴. Ecco che una procedura basata sul consenso delle parti, espone il minore, almeno nella prima parte della sua vita, ad un potenziale conflitto tra le sue figure genitoriali, oltre che ad una costante situazione di incertezza giuridica circa il suo *status*.

³⁸⁰ KENNEDY L., *Can I have your baby? Paternalism, autonomy and money in California's "surrogacy-friendly" statutory scheme*, in *Stanford Law & Policy Review*, XXXIII, 2022, pag. 213; Department of Health & Social Care, *The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, in [gov.uk, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales](https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales).

³⁸¹ Section 1A, *Surrogacy Arrangements Act* del 1985.

³⁸² Per esempio, non si va a verificare se la surrogata ha acconsentito all’accordo di surrogazione perché si trovava in una situazione di soggezione nei confronti dei committenti.

³⁸³ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 741.

³⁸⁴ Dal momento del deposito dell’istanza, il bambino vive con i committenti e potrebbe dover tornare a vivere con la surrogata.

3.2. Il California Family Code

Gli Stati Uniti non presentano un approccio unitario in riferimento alla maternità surrogata, in quanto manca una normazione omogenea a livello federale³⁸⁵ che lascia spazio, quindi, all'attività legislativa dei singoli Stati. Per questo motivo la disciplina della surrogazione di maternità si presenta molto variegata tra le varie giurisdizioni americane che scelgono non solo come, ma anche se, normare questa pratica³⁸⁶. Sulla base di queste due variabili, è possibile distinguere, infatti, diversi approcci alla materia adottati dai cinquanta Stati americani: alcuni consentono la surrogazione in ogni sua forma, prevedendo discipline specifiche, mentre altri ammettono solo la maternità surrogata nella sua forma solidaristica, assicurando comunque determinate garanzie alle parti coinvolte; alcuni Stati, al contrario, vietano la surrogazione e la sanzionano penalmente; infine, ci sono Stati che, in assenza di precedenti rilevanti, non prevedono una disciplina effettiva della materia o che scoraggiano il ricorso a questa pratica senza espressamente vietarla.

Sebbene non esista un atto che disciplini la surrogazione di maternità per tutti gli Stati Uniti d'America, tuttavia, in linea con la tradizione di *common law* che li caratterizza, ci sono diversi precedenti che hanno segnato la storia della materia sul suolo statunitense, dal punto di vista giurisprudenziale e mediatico.

Il primissimo caso giurisprudenziale in tema di surrogazione è il cosiddetto caso Baby M³⁸⁷: i signori Stern e la signora Whitehead stipulano un accordo di surrogazione commerciale in forza del quale la signora Whitehead porta in grembo un bambino avuto a seguito di inseminazione artificiale, utilizzando i suoi ovuli e lo sperma del committente; una volta partorito, la surrogata cambia idea e si rifiuta di consegnare il minore ai genitori intenzionali, che agiscono per ottenere l'esecuzione dell'accordo e la custodia del bambino. La prima decisione, della Corte Superiore del New Jersey, risale al 31 marzo 1987 e attribuisce al padre committente – il signor Stern – la custodia del

³⁸⁵ Nel 1973 era stato promulgato lo *Uniform Parentage Act* da parte della *Uniform Law Commission*, un'associazione che propone e promuove modelli legislativi per uniformare determinati ambiti del diritto sul territorio degli U.S.A. Nel caso specifico l'*Uniform Parentage Act* presenta una disciplina base sulla determinazione dei rapporti di filiazione, ma non raggiunge l'obiettivo di uniformazione del diritto negli Stati Uniti in quanto è stato adottato solo da alcuni di questi. La California, in particolare, ne ha adottato la versione del 2017.

³⁸⁶ AMBELANG V. R., *Surrogate Human Motherhood*, cit., pag. 69.

³⁸⁷ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 100.

minore, ritenendo tale soluzione funzionale alla realizzazione del *best interest of the child*. L'accordo di surrogazione viene giudicato valido e *enforceable*: si tratta di un contratto scritto che non è contrario all'ordine pubblico, non è fraudolento e non è stato stipulato in presenza di condizioni di coercizione a scapito della surrogata, che è stata adeguatamente compensata per le sue prestazioni. La Corte, accogliendo il ricorso, ordina così l'esecuzione in forma specifica del contratto, ossia la consegna del bambino, valutando un mero risarcimento monetario non sufficiente a compensare il padre committente. La parte di sentenza relativa alla custodia del bambino viene confermata anche in sede d'appello, mentre, per quanto riguarda la validità dell'accordo, la Corte Suprema del New Jersey ribalta la decisione precedente, giudicandolo invalido poiché contrastante con la normativa e le politiche pubbliche dello Stato. Nella sentenza del 3 febbraio 1988, infatti, la Corte sancisce la nullità del contratto: quest'ultimo entra in conflitto con le norme in materia di adozione e affidamento e, quindi, non è un contratto esecutivo, non è *enforceable*, né relativamente al comportamento della surrogata, né relativamente all'eventuale risarcimento dei danni.

Si tratta di un caso che ha un impatto mediatico molto forte che diffonde un certo dissenso popolare nei confronti della surrogazione nella sua forma commerciale, come quella oggetto del caso di specie. Ecco che si scatena una fervente attività normativa in più della metà degli Stati nord-americani, che, però, porta all'adozione solo di pochi atti legislativi che vietano la maternità surrogata commerciale³⁸⁸.

Secondo caso, meno importante a livello mediatico, ma comunque significativo, è il caso Johnson c. Calvert del 1993³⁸⁹. Le premesse sono pressoché identiche a quelle del caso precedente: si tratta di un contratto di surrogazione stipulato tra i signori Calvert e la signora Johnson, madre surrogata che, al termine della gravidanza, vuole tenere il bambino per sé. È, tuttavia, diversa la tipologia di surrogazione realizzata: una surrogazione gestazionale che vede la surrogata prestare solo il proprio utero, non, invece, il proprio patrimonio genetico. Il bambino, infatti, viene generato attraverso l'utilizzo dei gameti di entrambi i genitori committenti con cui, dunque, è legato geneticamente. Questo diventa, per la Corte Suprema della California che decide il caso, un aspetto fondamentale: viene negato qualsiasi diritto alla madre surrogata che, essendosi limitata

³⁸⁸ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 196.

³⁸⁹ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 106.

a portare in grembo un bambino di altri, non può avanzare pretese su quest'ultimo, che risulta, a tutti gli effetti figlio della madre committente. La Corte riconosce che sia il parto che il legame genetico sono parametri per stabilire il rapporto di filiazione tra madre e figlio, ma afferma che, quando questi due criteri non coincidono, ne prevale un terzo, ossia quello dell'antecedente causale³⁹⁰. È madre colei che ha voluto la procreazione e la nascita del minore, per tenerlo e crescerlo come suo figlio: senza l'iniziale atto di volontà della committente, "l'*acted-on intention*", che ha dato il via al progetto procreativo, non ci sarebbe nemmeno alcun bambino sul cui *status* discutere³⁹¹. Prevalde, dunque, la posizione dei genitori committenti e il contratto di surrogazione viene valutato valido e *enforceable*.

Questa diversa considerazione della maternità surrogata gestazionale e tradizionale³⁹² viene confermata anche in un successivo caso, *In re marriage of Moschetta* del 1994³⁹³. Questa volta, la decisione della Corte californiana è a favore della madre surrogata "tradizionale" che, dopo la separazione della coppia committente, tiene il bambino di cui, in forza della surrogazione eterologa effettuata, è madre sia gestazionale, che genetica. Il giudice, quindi, non ordina l'esecuzione del contratto, in quanto non c'è alcun tipo di rapporto a legare il bambino con la madre committente. Ecco che si riconosce la diversa esecutività degli accordi di surrogazione: solo nel caso di un accordo di *gestational surrogacy* i genitori committenti hanno la ragionevole sicurezza di vedersi attribuita la genitorialità del minore, che non viene, invece, garantita davanti ad un accordo di *traditional surrogacy*, non considerato *enforceable* in forza del precedente giurisprudenziale.

Questo approccio è, specificamente, adottato dallo Stato della California. La particolarità della legislazione californiana, infatti, riguarda la scelta di distinguere non tanto tra surrogazione commerciale e solidaristica, entrambe ammesse nello Stato della California, ma tra surrogazione gestazionale e surrogazione tradizionale. Il legislatore californiano,

³⁹⁰ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., pag. 107.

³⁹¹ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 197.

³⁹² La surrogazione tradizionale è una surrogazione parziale, in cui la surrogata presta sia il proprio utero che i propri ovuli per la fecondazione: la surrogata diventa così madre gestazionale e genetica del bambino, mentre la committente si limita ad essere madre sociale o intenzionale. La surrogazione gestazionale è una surrogazione totale, perché totale è la sostituzione della figura materna: la madre committente è madre sociale e genetica (se ha prestato i suoi ovuli per la fecondazione) e la surrogata solo madre gestazionale, poiché mette a disposizione il suo utero, ma non i gameti per la fecondazione dell'embrione.

³⁹³ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 198.

infatti, consente entrambe le tipologie di maternità surrogata, diversificandone, tuttavia, la disciplina e il grado di garanzie assicurate, a seconda che la madre surrogata abbia prestato solo il proprio utero, come nel caso della *gestational surrogacy*, o anche i propri ovuli, attuando una *traditional surrogacy*. Pur venendo spesso definito uno Stato a tutto tondo “*surrogacy-friendly*”, ecco che la California tratta favorevolmente solo la surrogazione gestazionale: solo gli accordi di questo tipo sono *enforceable*, sono esecutivi, nei confronti delle parti e contro le parti³⁹⁴. Questo è un lascito del caso Johnson c. Calvert in cui era stato stipulato un accordo di surrogazione gestazionale considerato dal giudice lecito ed esecutivo contro la madre surrogata che, in assenza di un legame genetico, non poteva vantare alcun diritto nei confronti del minore, considerato figlio della committente per il criterio dell’antecedente causale. La decisione adottata dalla Corte Suprema della California viene poi trasposta a livello normativo con la *Bill* n. 1217 del 23 settembre 2012³⁹⁵, che modifica il *California Family Code*, ampliando la *part 7* della *division 12*, dedicata alla relazione tra genitore e figlio, e fornendo una linea guida per gli accordi di surrogazione di maternità. Di per sé, non comporta una grande modifica del diritto californiano, anche perché viene fortemente ridotta rispetto all’iniziale proposta di legge, giudicata eccessivamente ampia e a volte addirittura oppressiva³⁹⁶, ma apporta alcune modifiche alle *sections 7960* e *7961* e introduce la *7962*.

La *section 7960*, al pari delle *sections* da 33 a 41 dell’*Human Fertilization and Embryology Act* inglese, definisce una serie di nozioni utilizzate in questa parte del codice. Le novità introdotte nel 2012 in questa sezione riguardano per lo più il concetto di *intended parent*, il genitore intenzionale o committente, che viene definito come un individuo, sposato o non, che esprime la volontà di essere giuridicamente riconosciuto genitore del bambino nato attraverso la surrogazione: si vogliono così eliminare eventuali trattamenti discriminatori nei confronti delle coppie *same sex*³⁹⁷. Viene poi precisato anche il concetto di surrogata come donna che, in forza di un accordo, porta in grembo un bambino per conto di altri, distinguendo tra la *traditional surrogate* e la *gestational carrier*. Nonostante il legislatore si preoccupi qui di spiegare il significato di surrogata

³⁹⁴ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 202.

³⁹⁵ A.B. n. 1217, *Surrogacy Agreements*, 23 settembre 2012, chapter 466, in *California Legislative Information*, https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217.

³⁹⁶ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 201.

³⁹⁷ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 198.

tradizionale e, dunque, di surrogazione tradizionale – pratica che comporta l’utilizzo dei gameti della surrogata – non procede a fornire alla stessa una disciplina, limitandosi a trattare, nelle sezioni seguenti, la surrogazione gestazionale. Per quest’ultima, viene previsto il c.d. *assisted reproduction agreement for gestational carrier*: è un contratto, redatto per iscritto e con sottoscrizione certificata o comprovata da testimoni, che deve contenere almeno la data in cui è stato reso esecutivo, l’identità dei genitori committenti, specificando le persone che hanno prestato i propri gameti, oltre che le modalità con cui i committenti intendono coprire le spese mediche³⁹⁸. Si tratta di un accordo di natura patrimoniale³⁹⁹ per cui il *California Family Code* chiede che le parti siano ciascuna assistita da un legale rappresentante di fiducia nella fase di stipulazione del contratto, in modo tale da assicurare che sia raggiunto il corretto grado di informazione, evitando così possibili fraintendimenti. L’assistenza legale obbligatoria è la principale modifica apportata dalla *Bill 1217*, che concentra le garanzie nella fase contrattuale al fine di evitare i conflitti successivi e aumentare il livello di certezza relativo alla determinazione della genitorialità. È in questa primissima fase, che deve essere necessariamente completata per poter dare inizio alle pratiche procreative, che si realizzano i controlli – se possono essere definiti tali – relativi alla volontà delle parti, che risulta essere elemento sufficiente per l’attribuzione della genitorialità. L’accordo stipulato nel rispetto delle condizioni previste dalle *sections 7961 e 7962*, infatti, permette di escludere le presunzioni di maternità e paternità che normalmente riconoscerebbero, come genitori del minore, la donna che lo partorisce e il marito di quest’ultima⁴⁰⁰. Non è, invece, sufficiente per l’attribuzione dello *status* di genitori ai committenti per cui serve un intervento del giudice, precedente alla nascita, con il c.d. *pre-birthing order*, o successivo nel caso di giudizio per accertare la genitorialità, che termina con un *judgement* o un *order* del giudice⁴⁰¹. In entrambi i casi, tuttavia, non viene svolta un’effettiva verifica della volontà delle parti o delle condizioni in cui l’accordo è stato stipulato, lasciando spazio ad eventuali condotte di sfruttamento della gestante. L’unica forma di controllo, comunque limitata vista l’assenza di poteri di indagine del giudice sulle circostanze precedenti

³⁹⁸ *Section 7962, letter c.*

³⁹⁹ Le parti sono assistite da un *surrogacy facilitator*, un soggetto o un’organizzazione che agisce da intermediario: nel caso in cui non eserciti la professione forense, le parti devono preventivamente versare le somme pattuite in un deposito vincolato o in un *trust* gestito dal loro avvocato.

⁴⁰⁰ *Section 7962, letter f.*

⁴⁰¹ AMBELANG V. R., *Surrogate Human Motherhood, cit.*, pag. 71.

all'accordo, riguarda il rispetto delle previsioni di legge: è possibile fissare un'udienza nel caso sussistano ragionevoli motivi per ritenere che l'accordo non sia conforme a quanto previsto dalle *sections* del codice, ma non si esclude il rilascio del provvedimento giudiziale nel caso in cui non sia riscontrata la presenza di difformità sostanziali⁴⁰². Ecco che, ad eccezione di quest'ultimo caso, il riconoscimento del rapporto di filiazione in capo ai committenti è praticamente automatico e il giudice altro non fa che adeguarsi al contenuto dell'accordo: rispettando le condizioni imposte dalla legge, il contratto si ritiene valido ed *enforceable* e non può essere revocato o rescisso se non per ordine del giudice⁴⁰³.

Nell'ambito della normativa californiana, dunque, la volontà delle parti sembra essere elemento sufficiente per l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti, ma questo risulta vero in assoluto? La risposta è negativa: la disciplina fino a qui esposta è limitata alle ipotesi di surrogazione gestazionale e non si applica, invece, a quelle di surrogazione tradizionale, lasciando questa seconda tipologia di pratica priva di una specifica disciplina. Alla mancanza di espresse previsioni normative si rimedia, di fatto, applicando quelle relative alla surrogazione gestazionale, vale a dire stipulando comunque un *assisted reproduction agreement*, ma senza poter godere delle tutele garantite dalle *sections* 7961 e 7962 del *California Family Code*. L'accordo stipulato, infatti, non viene considerato *enforceable*, le prestazioni previste non sono coercibili, determinando un grado decisamente minore di sicurezza circa l'attribuzione dello *status filiationis* del minore a favore dei committenti e, dunque, circa la certezza giuridica del bambino stesso. Ma c'è una giustificazione di questo diverso trattamento? L'ordinamento californiano cerca di incentivare il ricorso alla surrogazione gestazionale perché ritenuta meno rischiosa dal punto di vista dei possibili contenziosi successivi alla nascita: l'utilizzo del patrimonio genetico della gestante nel caso della surrogazione tradizionale, infatti, viene ritenuto motivo per lo sviluppo di un legame più forte tra madre surrogata e bambino, determinando una maggiore difficoltà della stessa a consegnare il minore dopo la nascita⁴⁰⁴. Oltre a non essere scientificamente provata⁴⁰⁵, però, questa situazione

⁴⁰² GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 748.

⁴⁰³ *Section 7962, letter i.*

⁴⁰⁴ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 208.

⁴⁰⁵ Tra l'altro, sono più i casi in cui i committenti cambiano idea e decidono di non voler tenere il neonato.

sembra essere frutto di una profezia che si autoadempie su più fronti⁴⁰⁶. *In primis*, le parti coinvolte nella surrogazione tradizionale fanno spesso fatica ad ottenere un supporto legale: si tende, infatti, a seguire la disciplina prevista dal codice che richiede l'assistenza legale per le parti contrattuali, ma risulta più difficile ottenerla, sia per il più alto grado di rischio legale che questa pratica comporta, sia perché di fatto è meno proficua per l'avvocato rispetto ad una surrogazione gestazionale⁴⁰⁷. Anche gli psicologi tendono ad adottare la stessa politica degli avvocati, privando la surrogata di un supporto di tipo psicologico, che, pur non essendo obbligatorio, è di per sé invece normalmente disponibile per la *gestational carrier*⁴⁰⁸. La surrogata si trova, quindi, spesso priva di una rete di supporto, fattore che si riverbera in maniera negativa sulla sua esperienza e non le permette di avere un'idea a tutto tondo del ruolo che va a ricoprire.

Altra ragione che porta l'ordinamento a preferire la surrogazione gestazionale è di tipo economico. I costi sono, infatti, maggiori per realizzare la surrogazione gestazionale, sia a livello medico, che legale: si parla di spese che oscillano tra i centomila e i centocinquatamila dollari⁴⁰⁹, ossia importi che limitano l'accesso a tali pratiche ai soli committenti facoltosi, ma allo stesso tempo aumentano le garanzie. Come già visto, si dà una maggiore certezza circa l'esecuzione del contratto, ma a scapito della sicurezza della surrogata⁴¹⁰. La surrogazione gestazionale, infatti, in quanto realizzata tramite fecondazione in vitro, risulta essere più rischiosa, a livello medico, per la gestante. Si ha una gestazione che viene definita di base una gravidanza a rischio, aumentato dalla tendenza a trasferire più embrioni in un unico ciclo di I.V.F. per aumentare le probabilità di riuscita, a fronte di costi minori. È chiaro che anche la gravidanza che segue alla surrogazione tradizionale comporta dei rischi per la surrogata, ma minori, motivo per cui non si giustifica la corsia preferenziale che viene riconosciuta all'altra pratica e che sembra indirettamente imporne l'utilizzo.

⁴⁰⁶ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 209.

⁴⁰⁷ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 203.

⁴⁰⁸ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 204, ancora una volta risultano essere più proficui gli accordi di surrogazione gestazionale, anche perché, nel caso in cui l'*agreement* sia stato stipulato tramite un'agenzia, vengono assicurati una serie di servizi aggiuntivi per la surrogata, tra cui il supporto psicologico.

⁴⁰⁹ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 205.

⁴¹⁰ KENNEDY L., *Can I have your baby?*, cit., pag. 210.

La normativa adottata dallo Stato della California, dunque, si preoccupa di disciplinare, nel dettaglio, la surrogazione nella sua forma commerciale, assoggettandola in generale alle regole del contratto. La disciplina della surrogazione si fonda sulla volontà dei committenti e della surrogata, che si accordano per la realizzazione di un progetto procreativo comune, e lascia a questi un'ampia sfera di autonomia privata. Sebbene il codice californiano preveda alle *sections* 7961 e 7962 delle condizioni specifiche che devono essere rispettate nella stipulazione dell'*assisted reproduction agreement for gestational carrier*, non è richiesto l'utilizzo di particolari procedure o termini contrattuali ulteriori, aspetto che allarga il panorama dei possibili contratti di surrogazione stipulabili. Il problema, in questo caso, è che viene sì valorizzata la volontà delle parti, ma manca un effettivo controllo della genuinità del consenso: è vero che la disciplina californiana obbliga espressamente le parti ad avere ciascuna un legale rappresentate, assicurando quindi un certo grado di informazione precedente all'avvio delle pratiche procreative, ma allo stesso tempo non prevede una verifica delle circostanze in cui il contratto è stato redatto. Il giudice che provvede al rilascio dell'*order* per l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti, infatti, non ha il potere di valutare le situazioni precedenti alla stipulazione del contratto, ma si limita a verificare che quest'ultimo rispetti le previsioni di legge. Non si scongiurano così le possibilità di sfruttamento della donna che, per esempio, potrebbe prestarsi alla gestazione solo per l'esistenza di una posizione di subordinazione nei confronti dei committenti tale da alterare la sua libertà di autodeterminarsi⁴¹¹. L'attribuzione della responsabilità genitoriale finisce per essere praticamente automatica e priva di una preventiva verifica del *best interest of the child*. Il legislatore californiano, in conclusione, si concentra sulla limitazione delle situazioni di incertezza giuridica per il minore circa il suo *status*, focalizzando la disciplina sulla determinazione della genitorialità, a scapito, tuttavia, di un controllo sostanziale degli interessi delle parti in gioco, ma, allo stesso tempo, limitando le garanzie ai soli accordi di surrogazione gestazionale.

3.3. Tre normative a confronto

A seguito di questa breve analisi della normativa inglese e di quella californiana, si può affermare che le soluzioni adottate in tema di accordi di surrogazione di maternità

⁴¹¹ GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 749.

costituiscano una via per superare i problemi riscontrati in Italia? La risposta è negativa, in quanto sono diversi gli aspetti critici che emergono da entrambe le discipline.

Una nota di merito va sicuramente riconosciuta ad entrambe per la determinazione dei rapporti di filiazione che sorgono a seguito dell'esecuzione della pratica della maternità surrogata, ma si tratta, allo stesso tempo, di una scelta legislativa dettata dall'approccio permissivo adottato dai due ordinamenti. È ovvio che, una volta concesso il ricorso a tale pratica, il legislatore si spenda nel disciplinare le conseguenze della realizzazione della stessa, un aspetto che, invece, manca nella legge n. 40 del 2004, proprio per la sussistenza del divieto di surrogazione di maternità, di cui all'art. 12, co. 6. Sebbene questa mancanza renda più complicata l'individuazione dei rapporti giuridici che legano le famiglie sorte in seguito alla surrogazione, è comprensibile che tale questione non sia stata prevista nella legge sulla procreazione medicalmente assistita. Si potrebbe sostenere che, rifiutandosi di disciplinare questo aspetto, infatti, il legislatore eviti, da una parte, di dare soluzione definitiva ad una questione tematicamente delicata come quella dell'attribuzione della maternità in presenza di pretese ugualmente tutelate e riconosciute e, dall'altra, di incentivare il ricorso alla surrogazione stessa. Quest'ultimo è uno degli obiettivi che viene perseguito dall'ordinamento italiano, che cerca di dissuadere la realizzazione di una pratica medica che giudica negativamente, non solo sul territorio dello Stato, ma anche oltre i confini nazionali. Del resto, la stessa Corte EDU riconosce la possibilità degli Stati di vietare la surrogazione di maternità e di adottare politiche deflative della stessa, evitando di riconoscere automaticamente i rapporti di filiazione tra minore e genitore committente solo intenzionale, pur richiedendo la previsione di uno strumento alternativo che consenta la conservazione dello *status* già di fatto acquisito dal minore.

A proposito di stato del bambino nato mediante surrogazione di maternità, un primo profilo di critica di entrambe le normative riguarda la situazione di incertezza giuridica, circa lo *status* del minore, che non riescono ad evitare. Pur prefiggendosi l'obiettivo contrario, infatti, sia il Regno Unito, che la California, non riescono a realizzarlo in pieno. Sulla base della disciplina dell'*Human Fertilization and Embryology Act*, il bambino viene considerato figlio dei committenti solo nel caso in cui la surrogata non si rifiuti di consegnarlo e i genitori intenzionali propongano al giudice un'istanza per ottenere il *parental order*, che trasferisce in capo a loro la responsabilità genitoriale e i diritti e doveri che ne sono connessi. Se una delle due parti coinvolte nell'accordo di surrogazione

cambia idea, invece, si instaura una dinamica conflittuale, pregiudizievole per il minore: l'accordo di surrogazione inglese non è vincolante e, nel caso di sopravvenuta revoca del consenso di uno dei contraenti, potrebbe portare la surrogata a tenere il minore che, però, ha portato in grembo per altri oppure i committenti ad agire in giudizio per ottenere la custodia di un bambino che la madre surrogata si rifiuta di consegnare. Non si esclude, quindi, il problema delle dispute tra surrogata e committenti che finiscono per riverberarsi sul minore, oggetto di contesa tra le parti o, addirittura, figlio desiderato da nessuno. Tra l'altro, la stessa procedura prevista dall'ordinamento inglese per l'attribuzione della genitorialità risulta comunque lunga e complessa e, essendo svolta dopo la nascita del bambino, lo espone fin dal momento in cui viene al mondo ad una sostanziale incertezza sul suo futuro⁴¹². Diversa, invece, da questo punto di vista, la disciplina del *California Family Code* che prevede, per l'attribuzione della responsabilità genitoriale in capo ai committenti, la possibilità di avviare le pratiche prima della nascita del minore, attraverso la richiesta di un *pre-birthing order*, che assicura al minore uno *status filiationis* già validamente riconosciuto sul piano giuridico al momento della nascita. Allo stesso modo, anche nel caso in cui l'istanza sia presentata dopo la nascita del bambino, le tempistiche risultano essere più brevi di quelle inglesi, vista la portata ristretta dei controlli effettuati per il riconoscimento del rapporto di filiazione, che appare come un procedimento quasi automatico. Differente è anche l'*assisted reproduction agreement* che, almeno per la surrogazione gestazionale, è esecutivo e dovrebbe minimizzare il rischio di conflitti, che, invece, rimangono una realtà possibile per la surrogazione tradizionale, che non gode delle stesse garanzie.

Entrambe le normative, inoltre, lasciano grande libertà contrattuale alle parti, non prevedendo specifiche regole sul contenuto dell'accordo o sullo svolgimento e sviluppo della pratica della surrogazione. Non sono richieste, di fatto, nemmeno delle condizioni minime da rispettare nell'accordo che siano funzionali alla tutela delle parti coinvolte, soprattutto della gestante. Il legislatore inglese, infatti, individua in maniera molto generale i diritti della madre surrogata, limitandosi a imporre un controllo sull'assenza di un corrispettivo e, quindi, sul rispetto del divieto di maternità surrogata nella sua forma

⁴¹² GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 743. Tra l'altro, ai fini della concessione del *parental order*, il bambino deve vivere già con i committenti: se il giudice, per qualsivoglia ragione, si rifiutasse di rilasciare l'ordine, il bambino dovrebbe essere restituito alla madre surrogata, impedendogli, quindi, di godere di una minima stabilità familiare.

commerciale. La normativa californiana, che invece ammette la surrogazione commerciale e, anzi, la valorizza, fa ancora meno su questo fronte. Nessuno dei due ordinamenti prevede, in particolare, un supporto psicologico da fornire obbligatoriamente alla gestante per accompagnarla nella fase della gravidanza, del parto e della consegna del bambino⁴¹³.

Non sembra, di fatto, garantita la tutela della dignità della donna, né nel suo senso oggettivo, né in quello soggettivo. Sebbene, in entrambe le discipline, assuma un ruolo centrale la volontà delle parti, infatti, non ne segue un controllo degli accordi di surrogazione che assicuri il rispetto della libertà di autodeterminazione della surrogata. Sia l'H.F.E.A., che il *California Family Code*, prevedono lo svolgimento di una verifica solo successiva che viene concentrata su determinati aspetti dell'accordo. L'ordinamento inglese richiede al giudice un controllo più ampio, ma che risulta comunque limitato ad elementi non strettamente connessi alla volontà delle parti. Il giudice, infatti, per il rilascio del *parental order*, verifica, *in primis*, che non sia stato pagato un corrispettivo per la prestazione della madre surrogata; va poi ad accertare che il minore sia geneticamente legato ad almeno uno dei genitori committenti; infine, considera sì la genuinità del consenso della surrogata, ma solo in riferimento all'emanazione del *parental order* e, quindi, al trasferimento della responsabilità genitoriale in capo ai committenti. È assente, di fatto, un accertamento delle condizioni precedenti alla stipulazione dell'accordo, aspetto che manca anche nella normativa californiana. Il *California Family Code* limita ulteriormente la sfera di controllo del giudice che va a valutare solamente il rispetto delle previsioni di legge, senza verificare le circostanze in cui la donna ha inizialmente dato il suo consenso alla surrogazione. È vero che il codice prevede che ciascuna parte sia dotata di un legale rappresentante in sede contrattuale proprio per assicurare alle parti un livello minimo di informazione sulle pratiche che verranno intraprese, ma non si può affermare con certezza che all'assistenza legale obbligatoria corrisponda anche una sufficiente conoscenza delle parti sull'effettivo contenuto e sulle conseguenze delle prestazioni a loro richieste. In definitiva, manca un preventivo controllo sullo stato psicologico in cui

⁴¹³ Giaimo, in GIAIMO G., *La gestazione per altri*, cit., pag. 750 e ss., analizzando la disciplina portoghese della surrogazione di maternità, contenuta nella legge n. 32 del 2006, evidenzia alcune previsioni che sembrano indirizzate, *in primis*, alla tutela della surrogata, come, per esempio, l'assistenza psicologica, un'attività informativa preventiva, il divieto di compiere la surrogazione nel caso sussistano rapporti di subordinazione tra le parti e il consenso revocabile entro un determinato momento.

versava la surrogata quando ha dato il suo consenso e sulla presenza di eventuali condizioni di soggezione che ne hanno alterato la libertà di autodeterminazione.

Sono, quindi, diversi gli aspetti non esattamente ottimali delle due discipline analizzate, che non permettono di affermare che un approccio alla surrogazione di maternità diverso da quello italiano sia di fatto migliore. Anche nell'ipotesi in cui si ammettesse la maternità surrogata, come nei due casi di specie, rimarrebbero, infatti, gli stessi dubbi su due principali questioni: la tutela della madre surrogata e l'attribuzione della maternità tra la gestante e la madre committente. Con riferimento al primo tema, almeno nelle due legislazioni considerate, mancano di fatto delle garanzie a tutto tondo per la surrogata che è libera di determinare le proprie scelte procreative, ma, allo stesso tempo, si espone alla potenziale strumentalizzazione di un suo stato di debolezza emotiva o psicologica. L'assenza di controlli preventivi alla stipulazione all'accordo non giova alla tutela della donna, offrendo, invece, motivi per sostenere il divieto della surrogazione di maternità e, in particolare, la tesi che vede in questa pratica l'ultima frontiera dello sfruttamento del corpo femminile. Per quanto riguarda l'attribuzione della maternità, come si è già visto, la maternità surrogata mette a confronto più figure di madre egualmente riconosciute e tutelate dall'ordinamento e che possono vantare pretese che, per uno o per l'altro motivo, risultano parimenti forti. Il problema principale, nel caso si ammetta la surrogazione di maternità, persisterebbe: in caso di conflitto, a chi spetta il titolo, giuridicamente riconosciuto, di madre del bambino nato tramite surrogazione? Le normative inglese e californiana, sebbene vadano a disciplinare le modalità di attribuzione della genitorialità a seguito di questa pratica, non offrono una soluzione definitiva da adottare in caso sopravvenga un contenzioso tra le parti, lasciando il minore esposto a quella situazione di incertezza giuridica che ne è la conseguenza.

In ogni caso, nonostante le criticità fino a qui esposte delle due normative analizzate, entrambe possono offrire degli spunti al legislatore italiano nell'ottica di una revisione del divieto di surrogazione di maternità e, in generale, dell'impianto della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita. Sebbene entrambi i testi siano abbastanza scarni e offrano una disciplina sintetica della materia, infatti, entrambi i legislatori stranieri hanno dedicato un certo spazio alla definizione dei concetti principali e ricorrenti, aspetto che, invece, manca nella normativa italiana. Andare a definire con precisione i termini utilizzati potrebbe essere un ottimo punto di partenza per migliorare

le previsioni della legge n. 40 e, in particolare, per garantire un più alto grado di determinatezza al divieto di surrogazione di maternità, sancito dall'art. 12, co. 6.

Conclusioni

Il primo *step* del metodo scientifico richiede, una volta osservato un fenomeno, di formulare una domanda: si tratta di un quesito a cui, attraverso la ricerca, si vuole dare risposta, per trovare una soluzione al problema iniziale, individuando una regola valevole per la generalità dei casi. Se la maternità surrogata è il fenomeno osservato in questo elaborato, tuttavia, ciò che emerge è la moltitudine di quesiti a cui, di fatto, una risposta definitiva non si riesce a dare. La finalità qui perseguita, quindi, non è stata l'individuazione di una regola generale idonea a risolvere tutti i problemi che la surrogazione di maternità comporta, ma, piuttosto, di ricercare alcuni dei profili critici della disciplina per comprendere meglio un fenomeno particolarmente complesso.

Già da una prima lettura dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, infatti, si capisce come il divieto in sé presenti una definizione della fattispecie carente su più fronti. L'unico elemento certo è la surrogazione di maternità che il legislatore sceglie di vietare in assoluto: è una pratica procreativa che implica una sostituzione nel ruolo di madre, descrizione di per sé non particolarmente indicativa, ma che, unita all'inciso "in qualsiasi forma", ci permette di affermare che la legge n. 40 non distingue tra surrogazione commerciale e solidaristica, punendole entrambe. Per quanto riguarda il resto della norma, invece, i dubbi sono diversi e persistono nonostante il ventennio passato dall'entrata in vigore del divieto. Risulta ancora difficile, infatti, individuare il contenuto preciso della fattispecie, soprattutto in relazione alle vicende di turismo procreativo che, in forza del principio di territorialità, introducono la necessità di definire con precisione il luogo effettivo in cui si è consumato il delitto. La norma appare, almeno in parte, viziata da un *deficit* di determinatezza che inficia il pieno soddisfacimento del principio di prevedibilità e, dunque, rende complicato per il cittadino comprendere la portata del divieto e, appunto, prevederne le conseguenze.

Sebbene, quindi, il testo normativo sia di per sé limitato, interessanti spunti sono offerti dalla giurisprudenza che ha fornito negli anni delle indicazioni utili a delineare dei confini più chiari della fattispecie. A fronte di un'analisi delle ultime sentenze della Cassazione in tema di maternità surrogata, infatti, si può individuare una delimitazione della condotta della "realizzazione", che può essere definita come l'attuazione del protocollo medico procreativo: sulla base della sentenza n. 5189 del 2021, tale condotta, a monte, comprende

ogni attività eziologicamente collegata alla nascita e funzionale allo scopo e, a valle, il parto e la consegna del bambino. La stessa opera di definizione, però, non è stata svolta in riferimento alle altre condotte, di organizzazione e pubblicizzazione, per le quali nemmeno la dottrina ha ancora raggiunto un'interpretazione unanimemente condivisa, essendo discussa la necessità di un disvalore aggiuntivo per la rilevanza penale delle stesse. Manca anche un'espressa individuazione dei possibili autori del reato, ma questa carenza potrebbe essere colmata partendo dall'assunto che i soggetti attivi cambiano in base al significato attribuito alle singole condotte: seguendo la definizione della "realizzazione della surrogazione di maternità" adottata dalla Cassazione, si dovrebbe ricomprendere tra questi, non solo il personale medico che esegue il protocollo, ma anche chi svolge attività ad esso prodromiche, i genitori committenti e la madre surrogata (una tesi avallata anche dal comma ottavo dell'art. 12 che non esclude la punibilità dei soggetti a cui viene "applicata" la tecnica procreativa in questione).

Altro aspetto dubbio della norma, invece, è rappresentato dalla sua finalità di tutela, che potrebbe potenzialmente coinvolgere più interessi egualmente garantiti dall'ordinamento. È vero che la giurisprudenza sembra essersi assestata per quanto concerne l'individuazione del bene giuridico tutelato dal divieto – come dimostrato dalle plurime sentenze della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale che individuano nella dignità umana l'obiettivo di tutela dell'art. 12, co. 6⁴¹⁴ – ma è altrettanto vero che il concetto di dignità è di per sé ampio e indeterminato e può essere plasmato dalle Corti per rispondere alle esigenze del caso concreto. Le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 38162 del 2022, parlano esplicitamente di dignità in senso oggettivo, intesa come concetto con valore meta-individuale, riferito alla collettività, piuttosto che al singolo: la dignità diventa un bene di tutti che va tutelato indipendentemente dalla volontà del soggetto coinvolto, per evitare che quest'ultimo, attraverso le sue scelte, arrechi danno alla morale e all'ordine pubblico. Questo è un concetto che, così definito, si presenta compatibile con le altre scelte adottate dalla Cassazione. Individuare in una dignità astratta e a servizio della collettività il bene tutelato, infatti, permette al giudice di legittimità di qualificare il divieto di surrogazione di maternità come una norma di ordine pubblico e, quindi, di negare la trascrizione di un atto di nascita o di un provvedimento

⁴¹⁴ Tra quelle analizzate nel presente elaborato, si ricordano la sentenza n. 12193 del 2019 e la n. 38162 del 2022 della Corte di Cassazione e le n. 33 del 2021 e 79 del 2022 della Corte costituzionale.

giudiziale straniero attestante un rapporto di filiazione che l'ordinamento non vuole riconoscere. La norma, oltre a precetto, diventa così un mezzo per sanzionare chi ricorre ad una pratica, vietata in Italia, in un Paese straniero in cui la stessa è consentita: è un'interpretazione che permette di soddisfare quella finalità di dissuasione dal ricorso alla maternità surrogata che lo Stato si pone. Questa, tuttavia, seppur sensata in luce dello scopo, appare come una scelta opportunistica, che pone il divieto a baluardo di un bene, la dignità della donna, che sembra allo stesso tempo venir leso. Tutelare la dignità in senso oggettivo, infatti, significa prescindere dalle decisioni che la madre surrogata assume in merito alla propria capacità riproduttiva, indipendentemente dalla natura libera e consapevole del suo consenso: la norma andrebbe così a limitare la libertà di autodeterminazione della donna, che dovrebbe essere il soggetto tutelato. Oltretutto, se si sposa la tesi precedentemente accennata e avvalorata da una lettura sistematica dell'art. 12, la madre surrogata dovrebbe essere inclusa tra i soggetti punibili per la realizzazione della surrogazione, ai sensi dei commi 6 e 8, facendo dubitare ulteriormente circa la compatibilità della finalità di tutela della donna con la sanzione della stessa.

Anche mettendo in questione la correttezza della soluzione adottata dalla giurisprudenza, tuttavia, il divieto di maternità surrogata in Italia appare comunque giustificato, perché sussiste una specifica situazione a cui, una volta realizzata la surrogazione, non si riesce a dare un responso definitivo. Mettendo per un attimo da parte le questioni relative alle condizioni in cui viene prestato il consenso e in cui viene effettivamente svolta la pratica, non si riesce a trovare una soluzione all'ipotesi in cui la madre surrogata, una volta partorito, decida di tenere il bambino. La surrogazione di maternità, infatti, provoca un fenomeno di scissione della figura materna tra più donne, in quanto separa il patrimonio genetico dal dato biologico del parto e da quello sociale dell'intenzione di ricoprire il ruolo di madre per accudire e crescere il bambino. Viene così a dissociarsi una figura, quella materna, tendenzialmente unitaria: la madre committente è la madre sociale, quella d'intenzione, che, spinta dal desiderio di genitorialità, ha dato il via al progetto procreativo per avere un figlio proprio, mentre la surrogata è la madre gestazionale che porta in grembo il bambino e, dopo nove mesi di gravidanza in cui inevitabilmente forma un legame con quest'ultimo, lo mette al mondo. Alle componenti sociali e biologiche, se ne aggiunge poi una terza, quella genetica, che, a seconda della provenienza degli ovuli utilizzati per la fecondazione, può fare dell'una o dell'altra donna o, addirittura, di

nessuna delle due, la madre genetica del bambino. Committente e surrogata, dunque, incarnano entrambe figure riconducibili a quel paradigma di madre tutelato dagli artt. 30 e 31 della Costituzione perché, se è vero che l'ordinamento giuridico italiano attribuisce la maternità sulla base del parto, ai sensi dell'art. 269 c.c., è anche vero che riconosce altre forme di maternità basate sull'intenzione, piuttosto che sul dato biologico, come dimostrato dalla valorizzazione dell'istituto dell'adozione. La maternità surrogata mette in crisi il principio *mater semper certa est* perché attribuisce a ciascuna donna la facoltà di avanzare pretese ugualmente valide nei confronti del minore (soprattutto nel caso in cui la committente abbia dato i propri ovuli per la fecondazione), rendendo difficile stabilire la prevalenza dell'una o dell'altra.

Anche nei Paesi in cui la surrogazione è permessa, le soluzioni che si prospettano in merito non sono completamente soddisfacenti, in quanto non offrono l'assoluta certezza circa l'insorgenza dei rapporti di filiazione dopo l'esecuzione della pratica. Per esempio, la disciplina inglese dà la possibilità di stipulare degli accordi di surrogazione, ma senza prevedere la coercibilità delle prestazioni, lasciando, quindi, spazio a possibili controversie nel caso in cui manchi il consenso della surrogata al trasferimento della genitorialità o anche nel caso in cui manchi l'iniziativa dei committenti per ottenere il c.d. *parental order*. Lo Stato della California, invece, fa un passo avanti in questo senso, prevedendo degli accordi di surrogazione *enforceable*, esecutivi, ma, in ogni caso, lo fa limitatamente ad una singola tipologia di surrogazione, prestando poca attenzione, tra l'altro, al controllo della volontà delle parti e delle circostanze in cui questa si è formata. Il legislatore italiano del 2004, dunque, fa una scelta sicuramente intelligente perché, vietando *in toto* la surrogazione, evita l'arduo compito di individuare una soluzione a tali difficili controversie.

Di fatto, però, il legislatore non riesce a risolvere il problema poiché, in assenza di una regolamentazione e, soprattutto, di un'uniformità del trattamento della gestazione per altri a livello sovranazionale, le questioni che si scongiurano grazie al divieto di realizzare la surrogazione in Italia, finiscono per rientrare nell'ordinamento per mezzo della surrogazione realizzata all'estero. In questo senso, il divieto di per sé funziona all'interno del territorio italiano, perché le uniche vicende di surrogazione che sono oggetto di cronaca e giurisprudenza, infatti, riguardano coppie che si sono spinte oltre i confini nazionali per ricorrere a questa pratica procreativa in un Paese in cui è consentita.

Tendenzialmente, però, non è la pratica in sé ad essere protagonista di queste vicende, ma le attività successive alla stessa, in particolare, la registrazione della nascita e dei rapporti familiari che legano il minore ai committenti. Sia da un punto di vista civilistico che penalistico, infatti, le questioni trattate dalla giurisprudenza finiscono principalmente per ruotare attorno allo *status* giuridico del minore nato attraverso surrogazione di maternità e non alla realizzazione del protocollo medico-procreativo.

Le sentenze della giurisprudenza civile analizzate in questa sede – che hanno per oggetto due vicende, quasi contemporanee, che hanno dato vita ad un unico filone giurisprudenziale – per l'appunto, vertono sul rifiuto, da parte degli ufficiali di stato civile italiani, di trascrivere un provvedimento giudiziale straniero, che attesta il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore committente non biologico. Mentre, infatti, in linea con quanto sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹⁵ è ormai pacifico il riconoscimento automatico del rapporto che lega il bambino al genitore intenzionale biologico, si discute circa la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento giudiziale in questione, condizione che osterebbe alla trascrizione ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995.

Già nella sentenza n. 12193 del 2019, le Sezioni Unite della Cassazione, di fatto, individuano, in relazione alla questione, una soluzione, idonea a soddisfare le condizioni fissate in materia dalla Corte EDU, che verrà confermata anche dalle successive pronunce della Corte di Cassazione. Per arrivare alla decisione del caso, il giudice di legittimità procede ad analizzare la nozione di ordine pubblico, ricostruendo le varie concezioni che si sono diffuse e susseguite nel tempo e definendolo come l'insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato periodo storico. La Corte gli attribuisce così una funzione duplice: è un concetto valvola posto a salvaguardia della coerenza dell'ordinamento interno, ma che al contempo svolge una funzione promozionale dei valori diffusi a livello sovranazionale e condivisi dalla comunità internazionale, con lo scopo di favorire l'armonizzazione tra gli ordinamenti. Definendo in tal modo l'ordine pubblico, concorrono a formare questa nozione, non solo i principi fondamentali presenti nella Costituzione e i valori universalmente condivisi sanciti dalle fonti sovranazionali, ma anche le fonti ordinarie che li attuano e la giurisprudenza che ne fornisce un'interpretazione, dando forma al c.d. diritto vivente. Sulla base di questa ricostruzione,

⁴¹⁵ Nelle sentenze gemelle del 2014 *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.

il divieto di cui all'art. 12, comma sesto, che secondo la Cassazione è posto a tutela della dignità della donna, delle relazioni umane e dell'istituto dell'adozione, costituisce una norma di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento, che trovano espressione e tutela a livello costituzionale, ma anche nelle fonti ordinarie. Tale qualificazione del divieto di surrogazione, dunque, giustifica il rifiuto di trascrivere il provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale non biologico, impedendone un riconoscimento automatico. In assenza di un legame genetico tra gli interessati, infatti, la Corte pone un freno ad un meccanismo che, essendo automatico, impedirebbe di effettuare un controllo sul caso concreto, come tendenzialmente richiede, invece, la disciplina della filiazione. Si realizza così un duplice risultato: in primo luogo, si assicura il migliore interesse del bambino, garantendo il riconoscimento giuridico di un legame di fatto già instaurato e incisivo nella formazione dell'identità dell'infante; e allo stesso tempo, si penalizza indirettamente il genitore che ha fatto ricorso ad una pratica, consentita sì all'estero, ma che viene vietata e negativamente considerata in Italia, evitando, inoltre, il consolidamento di una prassi apparentemente lesiva di valori fondamentali dell'ordinamento. Impedendo il riconoscimento automatico di questo rapporto, quindi, si persegue l'obiettivo di disincentivare l'utilizzo di questa pratica, anche all'estero, e si permette all'autorità giudiziaria di verificare la compatibilità del rapporto, di fatto instauratosi tra genitore intenzionale e minore, all'interesse di quest'ultimo.

Le Sezioni Unite, a questo punto, si preoccupano di fornire comunque una soluzione, alternativa alla trascrizione, per garantire il diritto del minore a vedere riconosciuto, a livello giuridico, un rapporto affettivo che ha già formato in concreto con il genitore committente non biologico e che è stato oggetto di accertamento all'estero. Quindi, attribuiscono al genitore d'intenzione la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto dall'art. 44, co. 1, lett. d), della legge 184/1983, anticipando un parere consultivo della Grande Camera della Corte EDU, intervenuto poco dopo la sentenza del 2019. La Corte di Strasburgo, che nel 2014 aveva imposto il riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il minore e il genitore intenzionale biologico, infatti, nel 2019 allarga questa previsione anche a favore del genitore d'intenzione non biologico. Pur attribuendo agli Stati un certo margine di apprezzamento circa l'individuazione dello strumento da utilizzare in questi casi, la *Grande Chambre* stabilisce delle condizioni

basilari da rispettare: l'ordinamento deve scegliere un rimedio alternativo alla trascrizione che permetta di assicurare l'effettività e la rapidità del riconoscimento, in modo da realizzare il migliore interesse del minore e tutelarne il diritto all'identità e al rispetto della vita privata e familiare.

Alla luce delle nuove indicazioni fornite dalla Corte EDU, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite nel 2019 viene reiterata e specificata in un altro caso, sempre riguardante la mancata trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero attestante il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale, ma più complesso a livello di *iter* giurisprudenziale. In questa vicenda, infatti, la Prima Sezione della Cassazione, a cui arriva il ricorso, solleva questione di legittimità costituzionale con l'ordinanza n. 8325 del 2020, in relazione all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, all'art. 18 del d.P.R. del 2000, n. 396, e all'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 218 del 1995, se interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni Unite del 2019. Nell'ordinanza si evidenziano due problemi: da una parte, si chiede se la qualificazione del divieto di surrogazione come norma di ordine pubblico possa corrispondere al migliore interesse del minore, in assenza di una valutazione del caso concreto; dall'altra, invece, si discute circa l'effettiva compatibilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari ai requisiti fissati dalla Grande Camera nel 2019. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 33 del 2021, dichiara l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Prima Sezione, ritenendo corretto il bilanciamento tra la realizzazione del miglior interesse del minore e la finalità di dissuasione dal ricorso alla surrogazione effettuato dalla Cassazione. Allo stesso tempo, tuttavia, esprime anche alcuni dubbi sulla disciplina dell'adozione in casi particolari e sulla sua idoneità a rispettare i requisiti di effettività e rapidità indicati dalla Grande Camera. La disciplina allora vigente, infatti, presentava dei profili problematici, in quanto permetteva sì il riconoscimento a livello giuridico di un rapporto di cura e affettivo già instaurato, ma con effetti non comparabili a quelli di un'adozione ordinaria. Mancava il riconoscimento di un rapporto di filiazione pieno tra il bambino e l'adottante, impedendo, di conseguenza, l'instaurazione di rapporti giuridici di parentela anche con i familiari di quest'ultimo. Nonostante ciò, la Corte costituzionale non procede alla rassegna delle alternative, rinviando al legislatore l'individuazione di una soluzione migliore. Per gli stessi motivi già citati, dunque, la Prima Sezione rimette la questione alle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 38162 del 2022, forniscono una soluzione in materia che negli

ultimi anni si è cristallizzata. La Cassazione, infatti, conferma la qualificazione del divieto di surrogazione come norma di ordine pubblico, riproponendo la stessa valutazione negativa della pratica della maternità surrogata, ritenuta lesiva della dignità della donna. Per quanto concerne l'adozione in casi particolari, invece, il giudice di legittimità evidenzia come la sentenza n. 79 del 2022 – con cui la Corte costituzionale dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge in materia di adozione – abbia eliminato alcuni impedimenti al soddisfacimento del requisito di effettività del riconoscimento. In seguito alla declaratoria d'incostituzionalità, infatti, gli effetti dell'adozione in casi particolari vengono di fatto equiparati a quelli dell'adozione ordinaria, garantendo un pieno riconoscimento della genitorialità dell'adottante, al pari del genitore biologico del bambino, e la costituzione di rapporti giuridici anche tra il minore e la famiglia adottiva, assicurando al bambino una rete aggiuntiva di tutela, sia personale, che patrimoniale. Le Sezioni Unite, oltretutto, attraverso una lettura costituzionalmente conforme della legge sopracitata, pongono rimedio anche ad un altro profilo critico della disciplina precedente che prevedeva la necessità del consenso del genitore biologico per procedere all'adozione: il dissenso del genitore all'adozione non è efficace nel caso in cui non sia funzionale a realizzare il miglior interesse del minore, ma sia l'espressione di una mera volontà egoistica. Ecco che, alla luce di queste modifiche e nuove interpretazioni della disciplina, l'istituto individuato dalla Cassazione, come rimedio alternativo alla trascrizione, risulta idoneo a soddisfare il requisito di effettività imposto dalla Corte EDU.

Rimangono, tuttavia, delle questioni ancora irrisolte, come per esempio, la necessità d'iniziativa da parte del genitore intenzionale per procedere all'adozione, in assenza della quale il riconoscimento del rapporto non può avvenire; ancora, le tempistiche del procedimento d'adozione: queste devono essere abbastanza dilatate per assicurare un controllo della situazione in concreto (dell'idoneità dell'adottante a ricoprire il ruolo di genitore e della compatibilità del riconoscimento con l'interesse del minore), ma risultano ulteriormente ampliate per un'intrinseca lentezza delle procedure giudiziarie. Sorge spontaneo, quindi, chiedersi se la soluzione migliore possa essere la previsione di un istituto *ad hoc* per far fronte alle esigenze specifiche delle vicende di surrogazione e rispettare pienamente le condizioni imposte dalla Corte EDU. La risposta è negativa, poiché una soluzione di questo tipo, sebbene utile in termini di realizzazione dell'interesse

del minore nato da surrogazione, finirebbe per incentivare il ricorso alla maternità surrogata all'estero, vanificando l'obiettivo di arginare il fenomeno del turismo procreativo che l'ordinamento italiano persegue. In questo senso, potrebbe essere più opportuna una riforma della disciplina dell'adozione in generale che, con la previsione di una procedura più snella e veloce, potrebbe prevenire gli spostamenti in altri Paesi da parte di coppie che inseguono il proprio desiderio di genitorialità.

Per questi motivi, la soluzione prospettata dalla Cassazione nella sentenza n. 38162 del 2022 è, nel complesso, soddisfacente. Pur conservando alcuni profili critici, permette un effettivo bilanciamento tra i due obiettivi perseguiti in tema di surrogazione di maternità: disincentivare il ricorso all'estero ad una pratica procreativa vietata in Italia e realizzare i *best interests of the child* che in forza di tale pratica nasce.

Se, dunque, la giurisprudenza civile ha raggiunto un risultato complessivamente positivo in relazione al trattamento delle conseguenze della gestazione per altri eseguita all'estero, sul piano penale, invece, il divieto di surrogazione di maternità non riesce ad essere particolarmente efficace in relazione alle vicende di turismo procreativo. Dai casi analizzati⁴¹⁶, infatti, le fattispecie delittuose che emergono maggiormente sono altre, quali l'alterazione di stato mediante falsità, prevista dall'art. 567, co. 2, c.p., e le fattispecie delle falsità personali sanzionate agli artt. 495 e 496 c.p., mentre poco rilievo viene dato al delitto di surrogazione.

La difficoltà di attribuire la responsabilità penale ai sensi dell'art. 12, co. 6, della legge 40, nasce dal fatto che, in luce del divieto di maternità surrogata esistente in Italia, le coppie committenti si recano all'estero proprio per evirare la violazione di tale divieto, ricorrendo alla pratica in un Paese dove questa è consentita. Ma questo rappresenta un tentativo di eludere il divieto italiano o l'espressione della volontà di rispettarlo e di iniziare il proprio progetto procreativo nel rispetto della legge locale? La Cassazione, tendenzialmente, sembrerebbe propendere per questa seconda tesi, in particolare nel caso in cui la surrogazione avvenga all'estero rispettando le modalità e le condizioni previste dal diritto straniero, aspetto che sembra implicare la volontà degli imputati di non

⁴¹⁶ Sono state prese in considerazione le sentenze della Corte di Cassazione penale: n. 8060 del 26 febbraio 2016, n. 13525 del 5 aprile 20016, n. 48696 del 17 novembre 2016, n. 31409 del 10 novembre 2020, n. 5198 del 10 febbraio 2021.

commettere un illecito. In ogni caso, le sentenze prese in considerazione⁴¹⁷ hanno natura assolutoria per ragioni inerenti alla disciplina dei reati commessi all'estero dal cittadino, piuttosto che del divieto di surrogazione. I dubbi diffusi, anche nella giurisprudenza stessa, circa le condizioni di procedibilità richieste dall'art. 9 c.p., infatti, giustificano la sussistenza di un'ignoranza inevitabile circa la portata applicativa della norma penale, che fa venir meno la rimproverabilità della condotta in questione. L'incertezza interpretativa sul rispetto del principio della doppia incriminabilità, ai fini della perseguibilità della condotta posta in essere al di fuori del territorio nazionale, quindi, si ritiene impedisca alla coppia committente di prevedere ragionevolmente l'insorgenza o meno della responsabilità penale nei propri confronti, comportando un errore scusabile che esclude la perseguibilità della condotta. L'insussistenza di un'altra condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 9 c.p., vale a dire la richiesta del Ministro della giustizia, inoltre, è ulteriore e frequente motivo che esclude la possibilità di perseguire la surrogazione compiuta al di fuori del territorio italiano.

Ecco che, per vari motivi, risulta difficile perseguire la realizzazione della maternità surrogata all'estero, ragion per cui tende ad avere maggiore successo l'utilizzo di diverse fattispecie di reato, in particolare, l'alterazione di stato mediante falsità. Si tratta di un delitto che riguarda, non tanto l'esecuzione della pratica in sé, ma l'atto di nascita che ne segue e che viene redatto sulla base della *lex loci*. L'alterazione di stato, infatti, richiede lo spostamento del naturale rapporto di procreazione attraverso il rilascio di false dichiarazioni o attestazioni in fase di formazione dell'atto di nascita. Nei casi di specie⁴¹⁸, l'indicazione di entrambi i committenti come genitori del minore comporterebbe una traslazione del rapporto procreativo considerato naturale sulla base del diritto italiano. L'iscrizione, all'interno del certificato di nascita, di soggetti diversi dalla partoriente e dal coniuge di questa (o dal padre biologico che lo riconosce), si discosterebbe da quelle previsioni contenute nel Codice civile in tema di attribuzione della genitorialità, viziando, attraverso falsità, l'atto stesso. L'alterazione di stato, tuttavia, è un reato che si consuma al momento della formazione dell'atto di nascita: secondo la giurisprudenza della Cassazione non sussiste il fatto tipico poiché l'atto di nascita, formatosi nel paese ospitante, è stato redatto rispettando la *lex loci* che prevede l'indicazione di entrambi i

⁴¹⁷ Si occupano della fattispecie dell'art. 12, co. 6, la sentenza n. 13525/2016 e la sentenza n. 5198/2021.

⁴¹⁸ Le sentenze n. 8060 del 2016, n. 13525 del 2016 e n. 48696 del 2016.

committenti come genitori del minore nato attraverso maternità surrogata. Ecco che l'alterazione, ai sensi dell'art. 567, co. 2, c.p., non sussiste, perché l'eventuale falsità è successiva al momento in cui l'atto si forma.

Anche utilizzando fattispecie delittuose diverse da quella sanzionata dall'art. 12, co. 6, quindi, non segue mai una effettiva condanna sul piano penale dei genitori committenti, che non vengono perseguiti per le condotte poste in essere all'estero.

Questo è il principale motivo della proposta di legge Varchi che si pone l'obiettivo di restituire efficacia al divieto di surrogazione, ampliandolo per sanzionare anche le vicende di turismo procreativo che vedono coinvolti cittadini italiani. La proposta vorrebbe, dunque, ricondurre la fattispecie della surrogazione di maternità nell'ambito dell'art. 7, n. 5, c.p., per far venir meno la necessità delle condizioni di procedibilità richieste dall'art. 9, co. 2, c.p. Questo, tuttavia, è un intervento che appare poco coerente su più fronti, *in primis*, per la scarsa affinità della surrogazione di maternità con le altre fattispecie delittuose considerate all'art. 7, sia in termini di pena, che risulta inferiore, che per l'assenza di un disvalore universalmente condiviso. Sebbene la versione tutt'ora discussa in Senato sia sicuramente migliore rispetto a quella inizialmente proposta⁴¹⁹, comunque appare contro corrente rispetto alla generale tendenza di apertura al progresso scientifico dell'ultimo decennio. Sembra discostarsi, inoltre, dagli esiti raggiunti dalla giurisprudenza qui analizzata. Dal punto di vista penalistico, di fatto, considerando il basso numero di richieste del Ministro della giustizia per instaurare procedimenti nei confronti dei genitori committenti che ricorrono alla surrogazione all'estero, non sembrerebbe esserci una così grande esigenza, almeno a livello giudiziale, di perseguire queste condotte. Sotto il profilo civilistico, invece, la Cassazione sembra essersi stabilizzata nella ricerca di soluzioni da adottare di fronte alla surrogazione di maternità, confermandone una valutazione negativa, ma riconoscendo allo stesso tempo la necessità di prioritizzare l'interesse del minore che non sceglie la modalità con cui viene al mondo e che non può essere quindi discriminato sulla base della stessa.

È certa la necessità di un intervento normativo sul tema, ma sembrerebbe più opportuno procedere alla delimitazione della fattispecie della surrogazione di maternità, che risulta

⁴¹⁹ La versione originaria prospettava l'introduzione di un "reato universale" di surrogazione di maternità, prevedendo la responsabilità penale per chiunque in qualunque luogo, a fronte dello svolgimento di una pratica che, però, non è universalmente condannata.

in generale indeterminata, piuttosto che cercare di estendere la portata del divieto come si prefigge la proposta Varchi. Degli spunti in tal senso potrebbero essere forniti dalle normative straniere che si preoccupano, in tema di maternità surrogata, ma anche in generale sulla P.M.A., di dare definizione ai principali termini utilizzati: del resto, si tratta di una materia molto tecnica che, quindi, richiede, a maggior ragione, un alto grado di precisione e dettaglio. Questa è una considerazione che, in realtà, vale per l'intera legge n. 40 del 2004 che, a vent'anni dalla sua entrata in vigore, necessita di una revisione. Oltre ad essere molto tecnica, la materia oggetto di questo testo normativo si pone a confronto con due fenomeni in continua evoluzione, ossia, da una parte, il rapido progredire della ricerca scientifica e, dall'altra, l'emergenza di nuovi modelli di famiglia che si contrappongono a quella tradizionale. Per assecondare entrambi, di fatto, si dovrebbe cambiare l'approccio alla materia adottato dalla legge n. 40 del 2004, di per sé molto restrittivo, sia in termini di accesso alle pratiche, sia in termini di ciò che è ammesso, orientando la normativa verso una maggiore apertura. Si tratterebbe, da una parte, di andare ad ampliare la portata dell'esercizio della libertà di ricerca scientifica, riconoscendone la potenzialità in termini di benefici per la collettività, e, dall'altra, di valorizzare la capacità di autodeterminazione del singolo in relazione alle sue scelte riproduttive. Sebbene siano diversi i risvolti positivi che si potrebbero ottenere da questo approccio, bisogna anche sottolineare come lo stesso sia ancora ostacolato dall'insorgere di molte questioni problematiche a livello etico, sociale e giuridico, questioni che non consentono l'effettuazione di un'univoca valutazione sul tema e, quindi, di una facile risoluzione a livello normativo.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

AMBELANG V. R., *Surrogate Human Motherhood: an analysis of the transfer of the born baby to the intended parents in Germany, the UK, and the USA*, in *Anglo-German Law Journal*, VI, 2021, Anglo-German Law Society, Berlino, pp. 56-78.

BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, III, 2015, CEDAM, Padova, pp. 241-249.

BIAGIONI G., *Turismo procreativo e riconoscimento dello status di figlio in Italia: esigenze di protezione dell'ordine pubblico e tutela del preminente interesse del minore*, in *GiustiziaCivile.com*, 2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, <https://giustiziacivile.com/famiglia-e-successioni/note/turismo-procreativo-e-riconoscimento-dello-status-di-figlio-italia>, (26 giugno 2024).

BISACCI M. C., *Falsità personali*, in *Digesto penale (agg. I)*, UTET Giuridica, Torino, 2010, <https://onelegale.wolterskluwer.it/document/falsita-personali-i-agg/94GI0000004100?searchId=2370413944&pathId=f963210380327&offset=1&contEntModuleContext=all>, (26 giugno 2024).

BRICOLA F., *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 53-70.

CALDERAI V., *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, VII-VIII, 2017, CEDAM, Padova, pp. 986-1000.

CALDIRONI M., *Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione*, in *Biolaw Journal*, I, 2023, Università degli Studi di Trento, Trento, pp. 131-142.

CALDIRONI M., *Surrogacy as a public order limit: is it compatible with the jurisprudence of the European Courts?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2023, il Mulino, Bologna, pp. 3155-3167.

CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004.

CASABURI G., *In tema di nozione di maternità*, in *Il Foro Italiano*, VI, 2014, Il Foro Italiano, Roma, pp. 389-395.

COLOMER C. B., *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 188-194.

CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

D'ALOIA A., *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, in *Federalismi.it*, XXV, 2023, Associazione Osservatorio sul Federalismo e i processi di governo, Roma, pp. 4-14.

DANISI C., *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *GenIUS: Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2024, <https://www.geniusreview.eu/2024/maternita-surrogata-come-reato-universale-considerazioni-di-diritto-internazionale-e-dellunione-europea/>, (26 giugno 2024).

DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, III, 2015, Giuffrè, Milano, pp. 917-940.

FARAONI A., *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano, 2002.

FERRANDO G., *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 2022, F. Angeli, Milano, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela>, (30 giugno 2024).

FERRARI F., *"La giurisprudenza non è fonte del diritto". Nota a SS.UU. N. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *Federalismi.it*, VI, 2023, Associazione Osservatorio sul Federalismo e i processi di governo, Roma, pp. 98-115.

FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, CEDAM, Padova, 2017.

FERRATO A., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in ZATTI P. et al., *Trattato di diritto di famiglia: le riforme 2012-2018*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 337-374.

FINESCHI V., FRATI P., TURILLAZZI E., *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2000, II, Giuffrè, Milano, pp. 603-615.

FLORES C., *Accounting for the selfish state: Human rights, reproductive equality and global regulation of gestational surrogacy*, in *Chicago Journal of International Law*, XXIII (2), 2023, University of Chicago Law School, Chicago, pp. 391-450.

GALLO D., *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio "de iure condito" e "de iure condendo"*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (20), 2024, Instituto de Derecho Iberoamericano, Valencia, pp. 956-981.

GATTA G. L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, V, 2023, Associazione "Progetto Giustizia Penale", Milano, pp. 153-156.

GIAIMO G., *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, II, 2023, Giuffrè, Milano, pp. 698-759.

KENNEDY L., *Can I have your baby? Paternalism, autonomy and money in California's "surrogacy-friendly" statutory scheme*, in *Stanford Law & Policy Review*, XXXIII, 2022, Stanford University, Stanford, pp. 187-215.

LETTIERI A. L., *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 164-175.

LONG J., *Best interests of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2023, il Mulino, Bologna, pp. 1091-1100.

LUZZI C., *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio del corpo femminile"*, in *Ragion Pratica*, II, 2019, Il Mulino, Bologna, pp. 373-388.

MALINVERNI A., *Fede pubblica (delitti contro la) (dir. Pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 60-90.

MONTANARI A., *Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2022, Giuffrè, Milano, pp. 133-183.

NAPPI A., *Surrogazione di maternità ed individuazione - nei tracciati della prevedibilità - del locus commissi delicti: implicazioni teleologiche e profili critici di Corte Cass. N. 5198/2021*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 2021, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 909-913.

PAGLIARO A., *Falsità personale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, pp. 646-653.

PALMERI G., *Maternità "surrogata": La prima pronuncia italiana*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, V, UTET Giuridica, Torino, pp. 1126-1130.

PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Diritto penale contemporaneo*, II, 2021, Associazione "Progetto giustizia penale", Milano, pp. 30-40.

PISAPIA A., *Il divieto di trascrizione dei certificati a seguito delle pratiche di maternità surrogata, i limiti di ordine pubblico e la libera circolazione delle persone nel mercato interno dell'Unione europea*, in *Amministrazione in cammino*, I, 2023, Luiss University Press, Roma, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2023/06/16/il-divieto-di-trascrizione-dei-certificati-a-seguito-delle-pratiche-di-maternita-surrogata-i-limiti-di-ordine-pubblico-e-la-libera-circolazione-delle-persone-nel-mercato-interno-dellunione-e/>, (30 giugno 2024).

REIN-LESCASTEREYRES I., LE CAM-MAYOU C., *La maternità surrogata nel diritto francese*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 157-163.

ROCCHI G., *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in BUCELLI A., *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2006, pp. 253-285.

ROUSSET G., *L'accès à la parentalité en droit français, le cas de l'assistance médicale à la procréation et de la gestation pour autrui*, in *Sages-femmes*, I, 2024, Elsevier Masson SAS, pag. 25-28.

SESTA M., *Filiazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto – agg. IV*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 569-605.

TATTINI S., *Operatività ex post del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattuto tema del riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2023, UTET Giuridica, Torino, pp. 75-90.

TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, III, 2021, Giuffrè, Milano, pp. 1043-1070.

VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali IX*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 696-723.

VALLINI A., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, VII, 2017, IPSOA, Milano, pp. 899-914.

VALLINI A., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, ETS, Pisa, pp. 221-249.

ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, III, 2000, CEDAM, Padova, pp. 193-202.

GIURISPRUDENZA

Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27 in *One Legale*.

Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 1990, UTET Giuridica, Torino, pp. 1126-1130.

Trib. minorile di Roma, decr. 31 marzo 1992, in *Diritto di famiglia e delle persone*, I-II, 1993, pp. 185-188.

Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, II, 2000, pp. 594-603.

Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014 n. 65192/11, in *HUDOC*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-9781>, (26 giugno 2024).

Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014 n. 65941/11, in *HUDOC*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-9780>, (26 giugno 2024).

Cass., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, III, 2015, CEDAM, Padova, pp. 235-241.

Corte EDU, sez. II, 27 gennaio 2015 n. 25358/12, in *HUDOC*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172348>, (26 giugno 2024).

Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016 n. 8060, in *OneLegale*.

Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016 n. 13525, in *OneLegale*.

Corte cost., 10 novembre 2016 n. 236, in *OneLegale*.

Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2016 n. 48696, in *OneLegale*.

Corte EDU, sez. Grande Camera, 24 gennaio 2017 n. 25358/12, in *HUDOC*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>, (26 giugno 2024).

App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, in *OneLegale*.

App. Venezia, ord. 16 luglio 2018 n. 15428, in *OneLegale*.

Parere consultivo Corte EDU, sez. Grande Camera, 10 aprile 2019, n. 16, in *DeJure*.

Cass., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, in *DeJure*.

Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, in *DeJure*.

Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2020 n. 31409, in *OneLegale*.

Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2021 n. 5198, in *OneLegale*.

Corte cost., 9 marzo 2021 n. 33, in *DeJure*.

Ord. Cass., sez. I, 21 gennaio 2022 n. 1842, in *DeJure*.

Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, in *DeJure*.

Cass., sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, in *DeJure*.

SITOGRAFIA

A.B. n. 1217, Surrogacy Agreements, 23 settembre 2012, chapter 466, in *California Legislative Information*,
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217,
(30 giugno 2024).

Department of Health & Social Care, *The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, in *gov.uk*,
<https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>, (30 giugno 2024).

Human Fertilization and Embryology Act, 1 novembre 1990, chapter 37, in *legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>, (30 giugno 2024).

Human Fertilization and Embryology Act, 13 novembre 2008, chapter 22, in *legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, (30 giugno 2024).

Surrogacy Arrangements Act, 16 luglio 1985, chapter 49, in *legislation.gov.uk*,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>, (30 giugno 2024).