

## Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale

Stefania Cecchini\*

SURROGACY'S PROHIBITION IN A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT: The essay tries to offer a constitutional view of the "surrogacy". It would analyse the legal interests protected by the Italian absolute prohibition of surrogacy, as laid down by the law on medically assisted procreation no. 40/2004. It starts by explanation the two different perspectives to observe the prohibition laid down by the article 12, co. 6 of the law no. 40/2004. Especially, the paper considers the "ex post" perspective that is when intended parents apply for recognition of legal parentage. The paper analyses the most recent jurisprudence regarding "public order limit" and "the best interests of the child" to demonstrate the irrelevance about woman position. Moving from the Constitutional Court sentence no. 272/2017, the paper suggests to interpret the surrogacy prohibition in accordance with articles no. 2, 3 and 32 of Italian Constitution.

KEYWORDS: surrogacy; constitutional rights; woman dignity; best interests of the child; balance

SOMMARIO: 1. Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano: una questione di prospettiva – 2. La maternità surrogata quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che necessita di un corpo di donna – 3. Quando il divieto opera *ex post*: la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore – 4. Il "superiore" interesse del minore dopo la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale – 5. Per una prospettiva costituzionale da cui osservare il divieto di maternità per surrogazione.

---

\* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Cagliari. E-mail: [cecchini@unica.it](mailto:cecchini@unica.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

## 1. Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano: una questione di prospettiva.

Negli ultimi anni, il tema della maternità surrogata è al centro di un acceso dibattito che registra opinioni diametralmente opposte all'interno della letteratura giuridica<sup>1</sup>.

Sono molteplici, infatti, le questioni etiche, politiche e, per quel che interessa in questa sede, giuridiche sollevate da tale tecnica di procreazione medicalmente assistita in base alla quale una donna porta a termine una gravidanza per conto di altri<sup>2</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il ricorso alla maternità per surrogazione è stato espressamente vietato dall'art. 12, co. 6 della legge n. 40/2004<sup>3</sup>, che ha eliminato ogni dubbio circa la sua ammissibilità<sup>4</sup>. Ta-

<sup>1</sup> La letteratura giuridica in argomento è oramai copiosa, senza pretesa di esaustività: C. SHALEV, *Birth power: the case for surrogacy*, New Haven, 1989, trad. it., *Nascere per contratto*, Milano, 2000, *passim*. Per una critica alla prospettiva liberale proposta da Shalev, si vedano le riflessioni di L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le disegualianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Dem. dir.*, 1, 1996, 53-71, ora in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 201-221; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; Id., *La Maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1479-1494; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, spec. 20-34; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. Per una prospettiva comparata, si veda A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. priv.*, agg. VI, 2011, 617-632. Con riferimento agli studi a più voci, si vedano i contributi contenuti in A. GRAZIANI, I. CORTI (a cura di), *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, *passim*; i contributi raccolti nel numero 2, 2016 di questa *Rivista* che ha dedicato al tema un'approfondita *call for papers*; i saggi raccolti in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, *passim*; nel *Focus Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *Genlus*, 2, 2017, curato da Barbara Pezzini e reperibile sul sito [www.Articolo29.it](http://www.Articolo29.it); e, da ultimo, gli studi in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Quaderni di bioetica, Milano-Udine, 2018, *passim*. Tra coloro che propendono per la valorizzazione del diritto della donna di disporre liberamente del proprio corpo: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 3 ss.; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, 1, 2016, 268 ss. In direzione opposta, seppur con posizioni non sempre coincidenti, esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245; Id., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 78-90.

<sup>2</sup> Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, esistono diverse tipologie della tecnica definita surrogazione di maternità o gestazione per conto di altri. Più in particolare, si distinguerà tra la cosiddetta maternità per surrogazione tradizionale e quella gestazionale, le quali si differenziano per l'appartenenza o meno del materiale genetico (il gamete fecondato) alla donna (madre biologica) che inizia e porta a termine la gravidanza per conto di altri (genitori intenzionali).

<sup>3</sup> Art. 12, co. 6 legge n. 40/2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>4</sup> La giurisprudenza di merito precedente all'entrata in vigore della legge n. 40/2004, infatti, aveva già rilevato i problemi derivanti dalla soprarichiamata scissione della figura materna determinata dall'applicazione di surrogazione di maternità all'estero. In particolare, in assenza di un espresso divieto, il Tribunale di Roma aveva ritenuto che «la coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia,

le divieto, tuttavia, non è riuscito ad arginare il cosiddetto fenomeno del turismo procreativo, vale a dire la tendenza dei cittadini italiani a recarsi in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione al fine di sottoporsi alla pratica in discorso<sup>5</sup>.

L'espansione di tale prassi ha condotto gli interpreti a osservare il fenomeno della surrogazione di maternità da due differenti prospettive<sup>6</sup>.

La prima lo prende in considerazione *ex ante*, ossia quale modalità procreativa della cui ammissibilità si ragiona *de jure condendo*<sup>7</sup>. In particolare, stante il richiamato divieto, ci si interroga sulla possibilità di distinguere tra maternità surrogata altruistica e commerciale, al fine di ammettere la prima e continuare a vietare soltanto la seconda. Si ritiene, infatti, che il contratto abbia natura altruistica quando la "madre-surrogata" non percepisce alcun corrispettivo e si limita a ricevere un rimborso spese; al contrario, si considera oneroso l'accordo che prevede espressamente un corrispettivo per la prestazione d'opera. A ben guardare, tuttavia, il *discrimen* tra le due ipotesi è davvero labile, poiché anche nei casi in cui la prestazione della donna si qualifichi gratuita, attorno ad essa si sviluppano svariate attività che gratuite non sono<sup>8</sup>. In molti ordinamenti in cui la maternità surrogata commerciale è formalmente vietata, infatti, il divieto viene facilmente *aggirato* attraverso la previsione di clausole generiche secondo le quali i genitori intenzionali garantiscono "equi rimborsi" alla gestante, che si traducono in un vero e proprio corrispettivo per assicurarsi che quest'ultima non decida, al momento del parto, di tenere il bambino<sup>9</sup>.

---

e la figura di una madre genetica, ma non gestante, assume i contorni quasi di una paternità femminile che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione» (Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 4, 2000, 483).

<sup>5</sup> Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur differentemente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA *gratuita* si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, come si dirà a breve, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA *commerciale* la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo [www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole](http://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole) (ultima consultazione 04/03/2019). Sul punto cfr.: R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2, 2017, 683 ss.). Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia). Al riguardo, si veda l'analisi svolta da: L. CHIEFFI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 13.

<sup>6</sup> Più specificatamente, hanno osservato che il fenomeno in esame debba essere analizzato secondo due prospettive differenti (*ex ante* e *ex post* rispetto alla sua concreta applicazione e alla conseguente nascita del bambino): S. NICCOLAI, *op. cit.*, 193 ss. ed E. OLIVITO, *op. cit.*, 9 ss.

<sup>7</sup> S. NICCOLAI, *op. cit.*, 193.

<sup>8</sup> Si pensi, ad esempio, all'intermediazione a titolo oneroso che agenzie professionali mettono a disposizione dei genitori intenzionali, ai servizi medici e a quelli legali.

<sup>9</sup> E. OLIVITO, *op. cit.*, cit., p. 20; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di telescopi e di microscopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 134. In particolare, quest'ultima autrice sottolinea il *business* che si cela dietro la maternità per surrogazione riportando il catalogo prezzi del sito *Biotexcom*, la Clinica della medicina riproduttiva sul sito [www.uteroinaffitto.com](http://www.uteroinaffitto.com): «il "bambino-cosa" (...) che

La seconda prospettiva, invece, consente di osservare il fenomeno *ex post*, vale a dire una volta che il bambino, nato in un Paese estero, si trova presso i genitori intenzionali che chiedono il riconoscimento dello *status filiationis* nell'ordinamento italiano<sup>10</sup>.

In questa sede si prenderà in considerazione soltanto questa seconda prospettiva.

Più precisamente, in primo luogo, si porrà l'accento sulla circostanza per cui ciò che si rende sempre necessario affinché la surrogazione di maternità possa realizzarsi è il corpo di una donna<sup>11</sup>, la cui imprescindibilità per l'intero ciclo procreativo rende paradossale il silenzio serbato dalla giurisprudenza, e da parte della letteratura, in ordine agli interessi e ai diritti della madre gestante celati dietro l'intangibile diritto di autodeterminazione di quest'ultima. Al riguardo, ci si soffermerà sul bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità tra la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale degli atti stranieri su cui il rapporto di filiazione si fonda e l'interesse del minore a non essere privato del riconoscimento giuridico di tale rapporto di filiazione con uno o entrambi i genitori intenzionali.

In secondo luogo, l'analisi dei termini di questo bilanciamento, non soltanto consentirà di dimostrare che nella valutazione dell'interesse del minore non assume alcuna rilevanza il legame con la madre gestante, ma stimolerà, altresì, delle riflessioni di più ampio respiro sull'atteggiarsi dei rapporti tra legislatore, giudici comuni e Corte costituzionale relativamente alla concezione volontaristica dei diritti a cui parrebbero tendere le più recenti interpretazioni in tema di surrogazione di maternità.

In ultimo, muovendo da quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017 sulla necessità di bilanciare l'interesse del minore con gli altri valori in gioco, si suggerirà di osservare il divieto di maternità per surrogazione da una prospettiva rispettosa dei principi stabiliti dagli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione. Discostandosi, infatti, dall'idea secondo la quale il diritto di autodeterminazione è da intendersi privo di limiti, si cercherà di dimostrare come una lettura del fenomeno guidata dalle richiamate disposizioni costituzionali consenta non soltanto di tutelare il minore nato all'estero da surrogazione di maternità, ma anche *tutti* gli altri interessi costituzionali coinvolti, compresa la dignità della persona umana.

## 2. La maternità surrogata quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che necessità di un corpo di donna

Come la storia insegna, la pratica della surrogazione di maternità è antica. Nella Bibbia, nelle fonti di diritto romano e in molte opere letterarie, infatti, si narra di mogli che, "non riuscendo a dare" dei fi-

---

per averlo è bastato pagarlo, scegliendo tra la formula "Successo assicurato" (9.900 euro in "offerta speciale"), "Economy" (29.900 euro), "Standard" (39.900 euro), "Vip Surrogacy" (49.900 euro), "Pacchetto ovodonazione ideale più passaggio al bimbo in braccio (9.900 euro + 29.900 euro) (già, quanto saranno disposti a pagare i suoi genitori per averlo?)».

<sup>10</sup> B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 45.

<sup>11</sup> Di questo avviso, B. PEZZINI, *op. cit.*, 193, secondo la quale non si può ignorare che «le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo».

gli ai propri mariti, acconsentivano a farli “unire” ad altre donne, in genere schiave, al fine di assicurare loro una discendenza<sup>12</sup>.

Oggi, si parla di «maternità per sostituzione» o su commissione<sup>13</sup>, ovvero di «locazione o affitto d’utero», diventato «utero in affitto» nel linguaggio corrente, oppure, ancora, di «gestazione per altri» o «per conto di altri» (GPA), per indicare la tecnica di procreazione medicalmente assistita attraverso la quale una donna, detta «gestante per altri» o «madre surrogata» (*surrogate mother*<sup>14</sup>), provvede alla gestazione per conto di una o più persone, definite i genitori intenzionali o sociali del nascituro<sup>15</sup>. Accanto all’ipotesi cosiddetta «tradizionale» (*straight, or full or traditional surrogacy*<sup>16</sup>),

<sup>12</sup> Molti autori si sono soffermati sulle origini della pratica in esame. Senza pretesa di esaustività, si vedano in particolare: R. BIN, *op. cit.*, 1 ss., muove la sua riflessione a partire dal racconto biblico di Abramo, sua moglie Sarah e la schiava Agar (*Genesi, 16:2, 16:4*) e dei Vicerè di F. DE ROBERTO, Parte II, § 5; S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 95 ss., invece, richiama la storia di Rachele e Giacobbe (*Genesi 30,3*), M.V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche*, Storia delle donne, 1, Firenze, 2005, 75-88. Quanto alla cosiddetta cessione del ventre, vale a dire la prassi dell’esperienza giuridica romana per cui il marito poteva cedere la propria moglie fertile ad un altro uomo allo scopo di procreare, si vedano in particolare gli scritti di Eva Cantarella: E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma, IV. Caratteri e morfologia*, Torino, 1989, 590 ss.; Id., *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e Roma*, Ancona, 1955, 251 ss.; Id., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1998, 98 ss. In particolare sulla vicenda della *locatio ventris* di Marzia, si veda quanto riportato da Apiano, *De bellis civilibus Romanorum*, 2, 14, 99: «Catone aveva sposato Marzia, la figlia di Filippo, quando era ancora molto giovane; era molto attaccato a lei, e da lei aveva avuto dei figli. Tuttavia, la diede a Ortensio, uno dei suoi amici, che desiderava avere figli ma che era sposato a una donna sterile. Dopo che Marzia ebbe dato un figlio anche a lui, Catone la riprese di nuovo in casa, come se l’avesse prestata».

<sup>13</sup> I. CORTI, *op. cit.*, 4. L’A. spiega la scelta a favore dell’espressione «maternità per sostituzione» in quanto in grado di sottolineare, quale elemento caratterizzante, il contesto relazionale tra due donne, una delle quali «si presta ad avere una gravidanza per un’altra».

<sup>14</sup> Nel Regno Unito, il *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, poi modificato nel 1990 e nel 2008, definisce la *surrogate mother* come colei che, in forza di un accordo, concluso prima dell’inizio della gravidanza, si è impegnata a consegnare il bambino che nascerà ad un’altra persona o ad altre persone (i cosiddetti *intentional parents*), rinunciando, a loro favore, anche alla responsabilità genitoriale (attraverso il cosiddetto *parental order*): «“*Surrogate mother*” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement. (a)made before she began to carry the child, and (b)made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and [parental responsibility being met] (so far as practicable) by, another person or other persons» (*Surrogacy Arrangement Act 1985*, chapter 49, article 1 “*Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms*”). La letteratura straniera in tema di *surrogacy* è ricca, tra i tanti si vedano gli studi di: P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, *Regulating International Surrogacy Arrangements*, in *I.F.L.*, 2012, 125- 128; M. BRAZIER, E. CAVE (a cura di), *Medicine, patients and the law*, Manchester University Press, 2016, 355-386; N. GAMBLE, *Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*, in *International Family Law*, 2012, 308-311; K. HORSEY, *Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements*, in *C.F.L.Q.*, 22, 2010, 449-474; K. HORSEY, S. SHELDON, *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*, in *Med Law Rev*, 20, 2012, 67; G. LAURIE, J.K. MASON & MCCALL SMITH’S (a cura di), *Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 2016, 305-319; J. RAMSEY, *Fit for the 21st Century? A Review of Surrogacy Provisions Within the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, in *Medical Law International*, 7, 2006, 281-308; J. RAMSEY, *Paying for Reproduction – The Case Against Paid Surrogacy*, in *Juridical Review*, 2006, 325-349; S. SHERWING, *Personalizing The Political, Negotiating Feminist, Medical, Scientific, and Commercial Discourses Surrounding Breast Cancer*, in M.C. RAWLINSON, S. LUNDEEN (a cura di), *The Voice of Breast Cancer in Medicine and Bioethics*, Dordrecht, Netherlands, Springer, 2006, 3-19.

<sup>15</sup> Esistono differenti tipologie della pratica in esame: la cosiddetta maternità «surrogata eterologa o gestazionale» (anche definita «gestazione per conto di altri», o GPA) si ha quando una donna si limita alla sola gestazio-

vale a dire quella in cui una donna si rende disponibile a farsi fecondare dal seme di un uomo, futuro genitore sociale, portando avanti la gravidanza per conto della coppia sterile, vi è la cosiddetta gravidanza surrogata «gestionale», ossia l'ipotesi di una donna che accetta l'impianto di un ovulo già fecondato in vitro il cui materiale genetico le è totalmente estraneo<sup>17</sup> (*host or gestational surrogacy*<sup>18</sup>). Pertanto, il progresso tecnico-scientifico nell'ambito della procreazione artificiale non ha fatto altro che consentire a quell'antica prassi di realizzarsi senza che il "donatore di sperma"<sup>19</sup> e la donna che offre il proprio grembo debbano unirsi carnalmente, né tanto meno mai incontrarsi<sup>20</sup>.

ne di embrioni creati con i gameti della coppia "committente", dei genitori intenzionali; oppure vi è la cosiddetta «maternità doppiamente eterologa», che si configura quando i gameti sono estranei tanto alla madre quanto ai genitori intenzionali; infine, la «maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazionale» o «omologa» si determina quando la madre surrogata contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti. Al riguardo, cfr. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giur. mer.*, 2, 2010, 44. Sul punto cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149-177.

<sup>16</sup> The *straight* (also known as full or traditional) surrogacy is «when the surrogate provides her own eggs to achieve the pregnancy. The intended father, in either a heterosexual or male same-sex relationship, provides a sperm sample for conception through either self-insemination at home (there may be additional health and legal risks to carrying at self-insemination at home compared to treatment in a clinic) or artificial insemination with the help of a fertility clinic. If either the surrogate or intended father has fertility issues, then embryos may also be created *in vitro* and transferred into the uterus of the surrogate». (*A Guidance of Department of Health & Social Care: The Surrogacy Pathway\_ Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, February 2018).

<sup>17</sup> R. BIN, *op. cit.*, 3-4. Al riguardo, l'A. evidenzia che sussistono undici differenti ipotesi, date da molteplici combinazioni in cui possono atteggiarsi i rapporti tra genitori intenzionali e madre surrogata (5 relative alle coppie eterosessuali e 6 per le coppie omosessuali) sono profondamente diverse tra loro, poiché, ad esempio, per alcune di esse esiste nella coppia almeno un genitore biologico, in altre no.

<sup>18</sup> «The *host* (also known as *gestational*) surrogacy is when the surrogate doesn't provide her own egg to achieve the pregnancy. In such pregnancies, embryos are created *in vitro* and transferred into the uterus of the surrogate using: eggs of the intended mother fertilised with sperm of the intended father or donor; or eggs of a donor fertilised with sperm of the intended father, where the intended mother cannot use her own eggs or the IPs are a same-sex male couple». (*A Guidance of Department of Health & Social Care: The Surrogacy Pathway\_ Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, February 2018).

<sup>19</sup> Sebbene comunemente denominato "donatore di sperma", a ben guardare, tolti i pochi casi di altruismo, normalmente non si tratta di donazioni di gameti, né di sperma né di ovociti. Al riguardo, S. POZZOLO, *op. cit.*, 96, osserva come sia più opportuno utilizzare un altro termine – ad esempio "apportatore" di sperma – che dia conto della reale situazione, poiché i gameti vengono venduti come qualsiasi altro bene sul mercato.

<sup>20</sup> Al riguardo, da una prospettiva femminista, è stato osservato che l'evoluzione della tecnica medico-scientifica avrebbe, infatti, realizzato un'apparente parificazione tra la posizione dell'uomo e quella della donna, le quali costituiscono due situazioni che presentano specifiche differenze, a partire dalle modalità con cui si ottengono lo sperma e l'ovocita. Sul punto, cfr. S. POZZOLO, *op. cit.*, 95. Al riguardo, C. Shalev ha osservato che «la differenza tra paternità e maternità biologica non è limitata al fatto che la gestazione è solo delle donne, anche il processo attraverso il quale vengono riprodotti i materiali germinali è infatti essenzialmente diverso nell'uomo e nella donna (...) lo sperma può sempre essere ottenuto, in qualsiasi momento, con il metodo semplice, volontario ed autocontrollato della masturbazione, mentre per ottenere ovuli maturi è necessaria una complicata procedura che include la terapia ormonale e la sincronizzazione del ciclo femminile di ovulazione, e termina con la sottoposizione della donna a un intervento medico invasivo» (C. SHALEV, *op. cit.*, 117). Dello stesso avviso, è L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2, 1993, 63.

Diversamente dalle altre tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) ammesse dalla legge n. 40/2004, tuttavia, la maternità per surrogazione necessita non soltanto dell'esecuzione di un'inseminazione artificiale di tipo omologo o eterologo per il momento fecondativo, ma anche di una gestazione di nove mesi e di un parto compiuti da una donna per conto di altri<sup>21</sup>. In altre parole, di un corpo femminile di un'altra donna per l'intero ciclo procreativo<sup>22</sup>. Tale circostanza la differenzia dalle altre tecniche di PMA, in quanto, coinvolgendo una donna estranea alla coppia che condivide il progetto genitoriale, è in grado di determinare la scissione della maternità in tre diversi ruoli: la madre gestante, genetica e sociale. La prima, anche detta madre uterina o biologica, infatti, è colei che porta avanti la gestazione e partorisce. La madre genetica, invece, in genere è anonima ed è colei che mette a disposizione gli ovociti. Infine, la madre sociale, denominata anche madre committente, è

---

Tuttavia, occorre precisare che non esiste un'unica prospettiva femminista da cui osservare il fenomeno in discorso, in quanto tra l'elaborazione femminista in tema di maternità surrogata e, più in generale, in tema di bioetica si è articolata principalmente in due modi: il primo, debitore della strategia emancipazionista tipica del femminismo della prima ondata, portatore di un'istanza di giustizia nei confronti delle donne o di altri soggetti discriminati in un'ottica di eguale trattamento ed eguale dignità femminile; il secondo, invece, legato al femminismo della seconda e della terza ondata, volto a riformulare i criteri stessi su cui si muove la riflessione bioetica e a mettere in discussione le nozioni stesse di «consenso» e «autonomia». Sul punto cfr. C. BOTTI, *Bioetica ed etica delle donne. Relazioni, affetti e potere*, Milano, 2000, spec. 137-227; ID., *Prospettive femministe nel dibattito bioetico contemporaneo*, in TH. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015, spec. 105 ss.; E. MAESTRI, *Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali*, in *Ragion pratica*, 2, 2011, 418. Esprimono preoccupazione per i pericoli di sfruttamento del corpo femminile: D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso*, Roma-Bari, 2016, *passim*; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016, *passim*; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, spec. 31-54. Più estreme le posizioni di Sylviane Agacinski (*Agacinski, femminista e socialista francese, contro l'utero in affitto: «Le madri surrogate sono le schiave moderne»*, in [www.tempi.it](http://www.tempi.it), 1 marzo 2014) e del movimento *Se non ora quando*, che nel dicembre 2015 ha proposto un appello alle Istituzioni Europee affinché tale pratica sia dichiarata illegale in Europa e a livello globale ([www.cheliberta.it](http://www.cheliberta.it)).

<sup>21</sup> Sebbene la tecnica di procreazione medicalmente assistita (PMA) venisse praticata anche in Italia già dagli anni Ottanta del secolo scorso, tuttavia, a lungo è mancata una disciplina legislativa che ne regolasse le modalità di applicazione. A sottolineare tale lacuna era stata la Corte costituzionale che, con la sentenza monito n. 347/1998, aveva sollecitato il legislatore a colmare il vuoto esistente in materia. In particolare, la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali innanzitutto «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti che «è compito del legislatore specificare» (Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998, *cons. dir.* 3). Dopo un iter legislativo iniziato nel 1998 (nel luglio del 1998, la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati aveva presentato all'Aula il progetto di legge unificato recante «Disciplina della procreazione medicalmente assistita» (AC 414-A), la cui discussione ha avuto inizio solo ai primi di febbraio del 1999), la PMA viene per la prima volta regolata dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004. Nella sua formulazione originaria, la legge n. 40 limitava l'accesso alla fecondazione assistita alle sole coppie eterosessuali, infertili e sterili, vietando la diagnosi preimpianto sugli embrioni, la fecondazione di tipo eterologo e la surrogazione della maternità, vale a dire il trasferimento di un ovocita nel corpo di una donna estranea alla coppia. L'impianto rigido della formulazione originaria determinò il sorgere di molteplici problemi interpretativi, i quali stimolarono l'inizio di una campagna referendaria finalizzata all'abrogazione dell'intera legge.

<sup>22</sup> Di questo avviso è B. PEZZINI, *op. cit.*, 193, secondo la quale non si può ignorare che «le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo».

colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato<sup>23</sup>.

Tale frammentazione della figura materna costituisce, dunque, una peculiarità della surrogazione di maternità proprio perché, in altre ipotesi di PMA come ad esempio la donazione di ovuli, si determina soltanto la scissione tra madre genetica e madre biologica e non, al contrario, tra madre biologica/gestante e madre sociale. Circostanza che, invece, ha notevoli ripercussioni sull'individuazione giuridica della figura materna che, ai sensi dell'art. 269, co. 3 c.c., è colei che partorisce<sup>24</sup>. Tale disposizione, infatti, costituisce il caposaldo dell'istituto della filiazione naturale, espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico che disciplina un diritto inviolabile della persona a tutela della sua dignità, «dell'identità personale e della sua collocazione nel contesto sociale»<sup>25</sup>.

Più in particolare, la circostanza che, in caso di GPA, la madre gestante non sia colei che ha intrapreso il progetto genitoriale col proprio *partner* travolge la garanzia di certezza sull'identità materna espressa dal noto principio *mater semper certa est*<sup>26</sup>, mettendo in discussione il concetto stesso di genitorialità e i principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello di certezza del diritto. Principi che, al contrario, non vengono intaccati, ad esempio, nell'ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in cui la madre biologica e la madre sociale coincidono nonostante il mate-

<sup>23</sup> Al riguardo, preme soffermare l'attenzione sulla circostanza che l'art. 5 della legge n. 40/2004, rubricato «requisiti soggettivi», stabilisce: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Pertanto, qualora si legga l'art. 5 sotto la «lente» dell'eguaglianza ex art. 3 Cost., emerge con evidenza la subordinazione della scelta procreativa all'esistenza di condizioni personali specificatamente previste (coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi) dalle quali rimangono escluse le coppie omosessuali e le donne. Fondando la possibilità di accesso alle tecniche di PMA unicamente su condizioni personali, non giustificate da un altro interesse idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – una simile ingerenza nella sfera dell'autodeterminazione, l'art. 5 in parola parrebbe presentare dei profili di incostituzionalità. In particolare, l'art. 5 l. n. 40/2004 parrebbe riproporre, da un lato, il «paradigma eterosessuale» che già caratterizza l'istituto del matrimonio e, dall'altro, «il controllo politico del corpo femminile, risultando, tra l'altro, affetta da irragionevolezza, proprio in quanto l'art. 1 della legge stabilisce che la sua finalità risiede nella soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o infertilità della *persona umana*» (S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 73). Particolarmente critico sul punto, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, è R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quad. cost.*, 4, 2002, 793 ss. In particolare, l'A. evidenzia: «(...) Si ingegna di impedire la proliferazione di modelli educativi infelici, ed infatti la legislazione sull'adozione pretende l'omologazione assoluta alla «famiglia felice» (benché, ahimè, non benedetta dal dono divino della procreazione) e, con la scusante del non perfetto incrocio tra domanda e offerta di amore filiale, preferisce comunque in astratto la sana sicurezza dell'orfanotrofio ai pericoli devastanti derivanti da famiglie di fatto o da genitori «single», dietro ai quali, orrore!, si cela di certo il morbo infettivo dell'omosessualità».

<sup>24</sup> Il comma terzo dell'art. 269 c.c. stabilisce che: «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

<sup>25</sup> M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 404.

<sup>26</sup> La celebre definizione di maternità e paternità espressa dal brocardo latino si deve al frammento del IV lib. *ad Edictum* di Paolo inserito nel Digesto (D. 2.4.5): «*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*». Il passo stava, dunque, a significare che, anche con riferimento alle nascite extra-coniugali, la madre «*semper certa est*», mentre il padre, sulla base di una presunzione giuridica, è «*quem nuptiae demonstrant*».

riale genetico appartenga a un'altra donna (madre genetica), risultando, dunque, salvaguardato il rapporto tra la madre gestante e il nato ai sensi dell'art. 269, co. 3 c.c.<sup>27</sup>.

Con riferimento al soprarichiamato progetto dei genitori intenzionali, preme ricordare che la Corte costituzionale lo ha qualificato quale espressione fondamentale della libertà di autodeterminazione ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione<sup>28</sup>. Più precisamente, la Corte ha affermato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»<sup>29</sup>. È evidente, dunque, che a fronte del riconoscimento dell'«incoercibile diritto di diventare genitori», diventa sempre più difficile trovare ragionevoli argomentazioni giuridiche idonee a giustificare una distinzione tra le tecniche procreative ammesse per soddisfare tale diritto e quelle, invece, da considerarsi vietate<sup>30</sup>.

Sebbene, dunque, la scissione dell'identità materna in tre ruoli determini i soprarichiamati problemi di certezza nell'individuazione della figura materna, il dibattito stimolato dal fenomeno turismo procreativo non sembra, tuttavia, concentrarsi sulla posizione delle donne coinvolte, a vario titolo, nel processo riproduttivo e, in particolare, su quella della madre biologica, la quale instaura con il nascituro una relazione capace di rendere la donna «due e tutt'uno (unità duale)»<sup>31</sup>. Se è vero, infatti, che la gravidanza costituisce una «esperienza relazionale complessa, profondamente segnata dalla condivisione corporea ed inevitabilmente asimmetrica, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni intersoggettive (presupponendo soggetti interamente separati)»<sup>32</sup> e, soprattutto, se è vero che neppure le nuove tecnologie riproduttive consentono di prescindere dal corpo della donna per l'intero ciclo procreativo, ma soltanto per il momento fecondativo, allora nell'esame degli interessi dei soggetti coinvolti, quello della madre surrogata – coincidente con la tutela della sua dignità – dovrebbe essere necessariamente bilanciato con quello del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis* in ragione del rapporto di genitorialità instaurato con i genitori intenzionali. Ciò, tuttavia, non accade. Quando il divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 è

<sup>27</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 33; I. CORTI, *La Maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 1490 ss.

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6.

<sup>29</sup> «La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera» (Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6).

<sup>30</sup> Alcuni hanno evidenziato che da queste parole della Corte potrebbe ricavarsi un vero e proprio «diritto al figlio», e il diritto alla fecondazione eterologa per ottenerlo. Si tratterebbe, infatti, di un riconoscimento impegnativo e totalmente inedito per la giurisprudenza costituzionale, che nel 2009 aveva parlato genericamente di «esigenze di procreazione». Sul punto cfr.: C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 81 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 37-65.

<sup>31</sup> B. PEZZINI, *op. cit.*, 183.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 191.

osservato *ex post*, infatti, l'attenzione degli interpreti si polarizza soltanto sul limite dell'ordine pubblico internazionale, da una parte, e sul *best interest(s) of the child*, dall'altra, con un'evidente compressione dei diritti della persona che svolge, in questo articolato processo, un ruolo imprescindibilmente necessario: la donna.

### 3. Quando il divieto opera *ex post*: la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

L'espansione del fenomeno del turismo procreativo, dunque, ha condotto molti giudici nazionali a decidere se il rapporto di filiazione instauratosi tra il minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità e la coppia committente, in forza delle regole dell'ordinamento estero, possa assumere rilevanza giuridica anche in Italia, ovvero se, al contrario, tale riconoscimento sia impedito dal limite generale dell'ordine pubblico internazionale<sup>33</sup>.

Anticipando sin d'ora quanto si dirà a breve, la prevalente giurisprudenza di merito si sta orientando nel senso di riconoscere il rapporto di filiazione in forza dell'assoluta prevalenza del "superiore" interesse del minore rispetto agli altri interessi in gioco e, soprattutto, nonostante il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004, che viene sempre più frequentemente *aggirato* attraverso un'interpretazione estensiva del limite dell'ordine pubblico<sup>34</sup>.

Come è noto, prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, l'eccezione di ordine pubblico internazionale costituiva la norma di chiusura delle *Disposizioni della legge in generale* preliminari al codice civile, di cui l'art. 31 prevedeva che «in nessun caso in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero (...) possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume». Disposizione successivamente abrogata dalla legge n. 218/1995, la quale, agli artt. 16, 64 e 65 stabilisce, rispettivamente, che la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, e che le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza dei rapporti di famiglia hanno effetto in Italia purché non siano contrari all'ordine pubblico. A tale quadro normativo, si aggiunge l'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 che impone l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero che siano contrari all'ordine pubblico.

<sup>33</sup> In tema di ordine pubblico, tra i tanti, si vedano i lavori di C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 3-4, 1967, 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, XII, Torino, 1965, 130; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, 1-11, Id., *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 2007, 1-3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, CLXV, 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Milano, 2006, 3998; Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, 403-448; B. SALONE, *op. cit.*, 57; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 121.

<sup>34</sup> In particolare, con riferimento alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, si vedano: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

Sebbene, dunque, l'ordine pubblico internazionale costituisca il limite al riconoscimento di atti e discipline straniere, tuttavia, da tempo la giurisprudenza ha cercato di rimodularne l'operatività al fine di garantire una maggiore apertura degli ordinamenti<sup>35</sup>. Sin dalla sentenza n. 189 del 1981, infatti, la Corte di cassazione ha introdotto la distinzione tra principi di ordine pubblico che caratterizzano «la comunità nazionale in un determinato periodo storico», da un lato, e «principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», dall'altro<sup>36</sup>. Quanto alla più recente giurisprudenza, assumono rilievo specialmente due pronunce del Giudice di legittimità che hanno ridefinito i contorni del limite di ordine pubblico in due direzioni opposte: la sentenza n. 24001/2014, da una parte, e la n. 19599/2016, dall'altra.

Nella sentenza n. 24001/2014, l'ordine pubblico internazionale è definito come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e, secondo la Cassazione, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., deve essere interpretato «nella sua completezza ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale»<sup>37</sup>. Secondo la Suprema Corte, tuttavia, il limite in discorso non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili<sup>38</sup>.

Muovendo da tale definizione, la Cassazione ha qualificato il divieto di surrogazione di maternità ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 come regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali tra i quali la «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»<sup>39</sup>.

Due anni dopo, stimolata dalle più recenti decisioni della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo<sup>40</sup>, nella sentenza n. 19599/2016 la Cassazione ha fornito un'altra interpretazione del li-

<sup>35</sup> V. BARBA, *op. cit.*, 405.

<sup>36</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite, 8 gennaio 1981, n. 189. Al riguardo, cfr.: A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali. La tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 4, 1999, 847 ss.; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, cit., 38. L'anno successivo, la Corte costituzionale aveva chiarito che i principi di ordine pubblico dovessero essere «ascritti nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (Corte costituzionale, sentenza n. 18/1982, *cons. dir.* 5).

<sup>37</sup> La vicenda in discussione era quello di una coppia eterosessuale coniugata, che richiedeva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato in Ucraina tramite surrogazione di maternità con donazione di entrambi i gameti e, dunque, non legato geneticamente a nessuno dei genitori intenzionali. Durante il processo, era emerso che il minore era stato generato in violazione sia della legge italiana sia di quella ucraina, in quanto quest'ultima consente la maternità surrogata a condizione che il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente.

<sup>38</sup> Corte di cassazione, sezione I, sentenza n. 24001/2014, punto 3.1. del *Diritto*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> In particolare, Corte Edu, *Mennesson v. France* e *Labasse v. France*, 26 giugno 2014; *D. e altri v. Belgio*, 8 luglio 2014; e la nota sentenza *Paradiso e Campanelli v. Italia*, 27 gennaio 2015, riformata dalla Grand Chambre il 24 gennaio 2017.

mite dell'ordine pubblico, che ha condizionato la giurisprudenza di merito successiva<sup>41</sup>. In particolare, la Suprema Corte ha teorizzato una nozione «di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1» fondata «su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza, sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>42</sup>.

Pertanto, muovendo da quest'ultimo significato di ordine pubblico, che consente un «progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti e valori estranei», la Suprema Corte ha elaborato il principio di diritto per cui «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia (...) deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le 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 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»<sup>43</sup>.

Non limitandosi a enunciare tale principio di diritto, che già di per sé costituisce una grande apertura rispetto alle regole degli ordinamenti esterni, la Cassazione si è spinta oltre. Ha, infatti, affermato a chiare lettere che spetta ai giudici comuni effettuare «un giudizio (o un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»<sup>44</sup>. Ha, dunque, così sostenuto che si debba operare una sorta di giudizio di costituzionalità diffuso «per il quale il singolo giudice sarebbe chiamato a valutare l'accesso nel nostro ordinamento giuridico di norme di ordinamenti giuridici stranie-

<sup>41</sup> In questo caso, invece, la vicenda riguardava due donne, una italiana e una spagnola, coniugate in Spagna di cui una era la *madre genetica* del figlio, in quanto donatrice dei gameti, e l'altra era la *madre biologica* in quanto aveva condotto la gestazione e partorito il bambino. Si trattava, dunque, di un caso *sui generis*, in quanto sussisteva un rapporto di coniugio tra la donatrice dell'ovocita e la madre gestante e un comune progetto di genitorialità. Tuttavia, anche questo caso risultava contrario alla legge italiana, in particolare al soprarichiamato art. 5 della legge n. 40/2004. A seguito del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita spagnolo con l'attribuzione della maternità a due donne per contrarietà all'ordine pubblico, le stesse hanno adito il Tribunale di Torino sino alla Cassazione che, con la sentenza di cui si discorre ha confermato la decisione di secondo grado della Corte d'appello, pronunciandosi in senso favorevole alla trascrizione.

<sup>42</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 30/09/2016 (ud. 21/06/2016, dep. 30/09/2016), n. 19599, punto 7 del *Diritto*. In particolare, prosegue la Corte: «Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato» (Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 19599/2016, punto 7 del *Diritto*).

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

ri»<sup>45</sup>. A ben riflettere, tuttavia, il giudice comune diversamente dalla Corte costituzionale, non dispone di un parametro di giudizio definito, ma è chiamato a decidere – caso per caso – dell’ingresso nel nostro ordinamento degli atti formati all’estero basandosi sui valori primari o essenziali dell’ordinamento italiano.

Pertanto, in forza di quest’ultima interpretazione, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità e ordinamento del caso concreto disciplinato dalla normativa straniera che, al contrario, ne riconosce la legittimità, l’eccezione di ordine pubblico internazionale è stato utilizzato quale tecnica argomentativa di bilanciamento finalizzata a dare prevalenza alla norma esterna<sup>46</sup>. A ben guardare, infatti, quando i giudici sono chiamati a verificare se sia consentito rendere efficace nel nostro ordinamento il provvedimento che riconosce una relazione di genitorialità fra i genitori intenzionali e il minore nato da GPA, ravvisano quale «unico requisito normativo la cui sussistenza è in discussione ai fini del riconoscimento, la compatibilità con l’ordine pubblico»<sup>47</sup>.

Recentemente, in ragione dei differenti approcci interpretativi offerti dalla giurisprudenza di legittimità sull’operatività del limite in discorso, le Sezioni Unite sono state chiamate ad esercitare la propria funzione nomofilattica, dovendo fornire un’uniforme interpretazione degli articoli della legge n. 218/1995 sopracitati<sup>48</sup>. Non essendosi ancora pronunciate, si attende, dunque, che le Sezioni unite facciano chiarezza sulla portata estensiva o restrittiva dell’interpretazione del limite di ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, sugli effetti del divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004<sup>49</sup>.

In definitiva, ad oggi, alla luce di una lettura non restrittiva della clausola di ordine pubblico internazionale, l’interesse che la giurisprudenza di merito ha ritenuto indiscutibilmente prevalente, e che viene assunto a criterio di carattere generale, è quello del minore, costantemente qualificato come “superiore”.

<sup>45</sup> C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, cit., 125.

<sup>46</sup> Muovendo dalla nozione meno stringente di ordine pubblico espressa nella sentenza n. 19599 del 2016, hanno consentito la trascrizione degli atti di nascita formati all’estero e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d’Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d’Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>47</sup> Corte di Cassazione, I sez. civile, ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, 10.

<sup>48</sup> Con ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo presidente la controversia relativa alla trascrizione di un certificato di nascita canadese recante l’indicazione di due padri, affinché la assegnasse alle Sezioni unite. Più in particolare, la prima sezione civile ha rilevato che come la Corte d’appello abbia richiamato una nozione ristretta di “ordine pubblico” (limitata ai soli principi derivanti dalla Costituzione), fatta propria dalla stessa prima sezione della Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 19599 del 2016 e da cui sembrano essersi discostate le Sezioni unite civili nella nota sentenza sui cosiddetti danni punitivi (sent. n. 16601 del 2017) che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica. In definitiva, si è posta la questione se nell’ordinamento giuridico vigente, integrato anche da fonti sovranazionali, possa ravvisarsi una contrarietà all’omogenitorialità e se la violazione di divieti stabiliti nella legge n. 40/2004 possa ricadere o meno sullo *status* dei figli nati con tali tecniche in paesi in cui le stesse sono legittime.

<sup>49</sup> Al momento in cui si scrive (inizio marzo 2019), la questione non è stata ancora decisa dalle Sezioni Unite, la cui Camera di Consiglio era indicativamente prevista per il 6 novembre 2018.

#### 4. Il “superiore” interesse del minore dopo la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale

Muovendo, dunque, da un’interpretazione sempre meno stringente del limite di ordine pubblico internazionale, i giudici nazionali sono ormai soliti escludere la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a pubblico ufficiale e di alterazione di stato civile quando si richiede la trascrizione dell’atto di nascita formato regolarmente all’estero, in ragione della preminenza accordata al «superiore interesse del minore»<sup>50</sup>.

Quest’espressione costituisce la traduzione impropria, ormai consolidata, della locuzione inglese «*best interests of the child*», che si riferiva agli «*interests*» (al plurale) del minore, vale a dire tutti gli interessi, le esigenze e i bisogni dello stesso, e dove «*best*» si sarebbe dovuto tradurre come i «migliori», i «più significativi». Al contrario, la giurisprudenza di merito, di legittimità, e persino quella costituzionale, è ormai solita fare riferimento al “superiore” interesse del minore, intendendolo come prevalente nella comparazione con gli altri interessi di rilievo costituzionale in gioco<sup>51</sup>.

Sino ad oggi, dunque, la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che la circostanza per cui in Italia non sia consentito il ricorso alla maternità surrogata in forza del divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 non sia da ritenersi, tuttavia, sufficiente per negare effetti nel nostro ordinamento al provvedimento che, in applicazione della legge vigente nell’ordinamento esterno, ha riconosciuto il rapporto di filiazione.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, infatti, per poter escludere che un tale provvedimento abbia effetto, occorrerebbe affermare che la disciplina contenuta nella l. 40/2004 costituisce «espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore ordinario, rispetto ai quali l’interesse del minore al mantenimento dello *status filiationis* conseguito legittimamente all’estero debba cedere»<sup>52</sup>.

Ed è proprio in questo ordine di considerazioni che, ad avviso di chi scrive, risiede la debolezza delle argomentazioni dei giudici comuni e di legittimità.

<sup>50</sup> Il più delle volte, la giurisprudenza di merito ha escluso la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale e di alterazione di stato ogni qualvolta l’atto sia già stato formato dall’autorità amministrativa estera alla stregua della normativa vigente nel Paese straniero. Sul punto, si vedano le puntuali osservazioni di: A. RUGGERI, C. SALAZAR, «*Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta online*, I, 2017, 147; M. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all’estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-14; ID., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all’estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-13; M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all’estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-10. Anche il Giudice di legittimità ha confermato tale orientamento, come emerge da Corte di cassazione, V sez. pen., sentenza n. 13525/2015.

<sup>51</sup> In particolare, sottolineano l’erroneità ed equivocità della traduzione: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss; G. BRUNELLI, *op. cit.*, 87; C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, *cit.*, 129.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 15.

I giudici di merito e la Cassazione, infatti, sostenendo che «la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita va considerata non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione in materia», attribuiscono al solo interesse del minore tutela costituzionalmente obbligata, mentre gli altri interessi in gioco, quali la tutela della dignità della donna ex artt. 2, 3 e 32 Cost., il principio *mater semper certa est*, ovvero i più generali principi di certezza del diritto e di legalità ex art. 102 Cost., sembrerebbero dover cedere il passo sempre e comunque al “superiore” interesse del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis*.

Tuttavia, sebbene sia incontestabile che sul minore non debbano ricadere “le colpe dei padri” che lo hanno fatto venire al mondo violando la legge, è altrettanto incontestabile che il diritto a diventare genitori, seppur qualificato come incoercibile dalla Corte costituzionale, è da considerarsi tale soltanto qualora «non vulneri altri valori costituzionali»<sup>53</sup>. Del resto, la necessità di bilanciamento dei molteplici interessi coinvolti nelle ipotesi in cui si osserva *ex post* il divieto di surrogazione di maternità è stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017, che costituisce la sua pronuncia più recente in tema di *status filiationis* e procreazione medicalmente assistita<sup>54</sup>. Tale decisione aveva preso le mosse da una vicenda di «turismo procreativo» concernente un caso di surrogazione di maternità realizzata in India da una coppia eterosessuale di cittadini italiani, la quale aveva trascritto regolarmente il certificato di nascita del bambino in Italia riconoscendolo come figlio naturale<sup>55</sup>.

Dopo che il Tribunale per i minori di Milano aveva dichiarato che il minore non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto, in forza dell’art. 269, co. 3, c.c. e dell’art. 16 della l. n. 218 del 1995, dal quale si ricava la contrarietà del contratto di surrogazione di maternità ai principi di ordine pubblico, la Corte d’appello di Milano aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 c.c. nella parte in cui non prevedeva che l’impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veri-

<sup>53</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6. Ammonisce sul rischio di far ricadere sui minori le “colpe dei padri”, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, 1-7.

<sup>54</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giurisprudenza costituzionale*, commentata da S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6, 2017, 2990 ss. Si veda, altresì, il commento di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, 385 ss. Si vedano, inoltre, i commenti di G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *forumcostituzionale.it*, 15 febbraio 2018 e di G. BARCELLONA, *op. cit.*, 6.

<sup>55</sup> Più in particolare, il bambino era legato geneticamente/biologicamente col padre, ma non con la donna che lo aveva riconosciuto. Pertanto, il Tribunale per i minori di Milano, dopo aver autorizzato l’impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, aveva dichiarato che il bambino non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto, in forza dell’art. 269, co. 3, c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, e dell’art. 16 della l. n. 218 del 1995, dal quale si ricava la contrarietà del contratto di surrogazione di maternità ai principi di ordine pubblico (Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 6 settembre 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 712). Al riguardo, cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, cit., 151 ss.

dicità potesse essere accolto nel caso in cui coincidesse con l'interesse del minore<sup>56</sup>. Dalla lettura dell'ordinanza di rimessione, si può cogliere l'orientamento interpretativo diffuso nella giurisprudenza di merito che tende a privilegiare i legami relazionali in aggiunta, o in alternativa, a quelli genetici (nel caso di PMA) e a quelli biologici (nel caso di GPA), al fine di salvaguardare il *best interest(s) of the child*, seppur a discapito del principio *mater semper certa est*<sup>57</sup>.

La Corte costituzionale, che nel merito ha rigettato la questione, ha affermato che la preferenza «per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione» non costituisce una prevalenza assoluta che si sottrae a qualsiasi bilanciamento, chiarendo che in caso di azione ex art. 263 c.c., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice deve valutare «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»<sup>58</sup>.

Pertanto, il Giudice delle leggi, non soltanto ha riconosciuto pienamente il principio della verità di parto nei casi di surrogazione di maternità, ma ne ha fornito una lettura che ne esclude *a priori* la contrapposizione con l'interesse del minore, il quale non deve né prevalere né retrocedere dinnanzi ad altri principi o valori in gioco, e che, al contrario, dovrà essere tutelato scegliendo strade o istituti che riconoscano contestualmente anche il principio *mater semper certa est*.

Più specificatamente, la Corte costituzionale ha chiarito che, nei casi in cui la valutazione comparativa degli interessi non sia stata effettuata espressamente dalla legge, spetterà al giudice caso per caso

<sup>56</sup> Corte di appello di Milano, ordinanza 25 luglio 2016, n. 273. In particolare, il giudice *a quo* si mostra particolarmente critico nei confronti del divieto 'assoluto' di maternità surrogata ex art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004. La Corte d'appello di Milano, infatti, in primo luogo, lo ritiene proporzionato nella sua assolutezza e dunque chiuso alla possibilità di differenziare surrogazioni di tipo commerciale, effettivamente lesive della dignità della madre, da quelle altruistiche. In secondo luogo, ritiene che tale divieto determini una discriminazione in base al genere, «in quanto precluderebbe del tutto l'unica possibilità di procreazione per la donna incapace di portare avanti una gestazione, rimanendo aperta, invece, la possibilità della pma eterologa per l'uomo totalmente sterile, con effetti evidentemente discriminatori per le coppie che si trovino nella prima situazione» (F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, cit., 153). Al riguardo, Silvia Niccolai ha puntualmente osservato che dietro il ragionamento della Corte d'appello di Milano è possibile individuare o «sguardo neutro» di quella cultura antidiscriminatoria «al cui cospetto la differenza sessuale è irrilevante e che persegue un ideale di parità che guarda con sospetto ogni trattamento differenziato» e che, in questo specifico caso, considera un diritto, la libertà di autodeterminarsi, senza tener conto che nel caso specifico quel diritto si afferma «a spese» della relazione materna (S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1169 e 1174).

<sup>57</sup> La casistica nota relativa al riconoscimento in Italia di atti di nascita stranieri di bambini nati con GPA riguarda generalmente casi di GPA in California, in Canada, in Inghilterra, paesi in cui l'attribuzione della maternità al genitore d'intenzione (o della seconda paternità nel caso di coppia omosessuale) viene effettuata sulla base di un provvedimento giudiziale (*parental order*). A titolo esemplificativo, si vedano Corte d'appello di Milano, sentenza del 28 dicembre 2016, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 657; Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 181 ss.; Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 gennaio 2017, in *Corriere giuridico*, 2017, 935 ss.; Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 699.

<sup>58</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *cons. dir.* 4.2.

valutare la sussistenza di specifiche variabili concrete, quali la durata del rapporto di genitorialità, se instaurato, le modalità del concepimento e della gestazione e, infine, l'esistenza di strumenti giuridici che consentano di tenere insieme gli interessi sottesi alle prime due variabili, quali, ad esempio, l'adozione in casi particolari che, così come nel giudizio *a quo*, è in grado di garantire tanto l'interesse del minore alla continuità del rapporto con la madre intenzionale, quanto la verità di parto<sup>59</sup>. Se è vero, infatti, che il divieto generale di surrogazione non deve impedire che l'interesse di un singolo minore sia tutelato, allo stesso tempo, è altrettanto vero che la circostanza per cui molti bambini nascano in violazione del divieto non deve costituire di per sé valido motivo per metterlo in discussione per tutti e per il futuro, quale regola generale, o, peggio ancora, per considerarlo lettera morta. In definitiva, con la sentenza n. 272/2017, il Giudice costituzionale ha ritenuto che quando si osserva il fenomeno della surrogazione di maternità *ex post* la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare deve «tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» e, al contrario, si rende sempre necessario il bilanciamento che, «nel suo orientamento *ad plura*, è l'antitesi del volontarismo, incentrato sulla *reductio ad unum*»<sup>60</sup>.

## 5. Per una prospettiva costituzionale da cui osservare il divieto di maternità surrogata

Seppur in un *obiter dictum*, dunque, la Corte costituzionale ha espresso a chiare lettere il disvalore per la surrogazione di maternità quale pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>61</sup>. In quest'affermazione del Giudice delle leggi risiede la chiave interpretativa alla luce della quale leggere *ex post* il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 in una prospettiva costituzionale.

In primo luogo, si deve osservare che quella sopra richiamata non è la prima pronuncia in cui la Corte costituzionale ammonisce espressamente in ordine al rischio di ledere la dignità umana, in particolare la salute e la dignità della donna, quale bene protetto dal divieto in discorso<sup>62</sup>. Tuttavia, come si è visto nelle pagine precedenti, gran parte della giurisprudenza ritiene che la dignità della donna sia da considerarsi lesa soltanto nelle ipotesi di surrogazione di maternità di tipo commerciale, mentre ne esclude una compromissione nei casi di surrogazione altruistica, in ragione dell'autodeterminazione della donna, contro la quale si indirizzerebbe irragionevolmente il divieto<sup>63</sup>. La giurisprudenza che applica il divieto *ex post* parrebbe, infatti, addurre argomentazioni che non tengono conto dei limiti al diritto di autodeterminazione *ex artt. 13 e 32 Cost.*, i quali sono posti a tutela del rispetto della di-

<sup>59</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *cons. dir. 4.3*. Sul punto insiste particolarmente A. SCHILLACI, *op. cit.*, 387 ss.

<sup>60</sup> S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2294.

<sup>61</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *Cons. dir. 4.2*.

<sup>62</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009 e Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *Cons. dir. 9, 10, 11, 12*. Evidenziava, altresì, i rischi per la tutela della dignità della donna, la già citata Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001, la cui impostazione riceve peraltro conferma in Corte costituzionale n. 272/2017.

<sup>63</sup> È in questo senso che si articolano le argomentazioni del giudice *a quo*, Corte di appello di Milano, ordinanza 25 luglio 2016, n. 273, che ritiene il divieto *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004* sproporzionato nella sua assolutezza e dunque chiuso alla possibilità di differenziare surrogazioni di tipo commerciale da quelle altruistiche.

gnità umana, anche qualora «ad animare la volontà di disporre del proprio corpo o di parti di esso è lo spirito di solidarietà»<sup>64</sup>.

Al riguardo, interviene in soccorso dell'interprete il secondo imperativo kantiano relativo alla libertà di ciascuno sul proprio corpo, in base al quale «nessuna persona può essere trattata come mezzo o strumento – sia pure di procreazione – per fini non suoi, ma solo come fine di sé medesima»<sup>65</sup>. Nel nostro ordinamento, infatti, non può essere considerata lecita qualsiasi disposizione del proprio corpo in virtù dell'autonomia individuale, senza che espressi divieti al riguardo possano essere considerati espressione di paternalismo<sup>66</sup>. Al contrario, infatti, il diritto della madre gestante di non essere oggetto o mezzo di pretese altrui, in particolare dei genitori intenzionali, trova il proprio fondamento costituzionale negli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione<sup>67</sup>.

Pertanto, tale diritto della donna verrebbe totalmente compromesso dalla visione dei diritti sottesa all'idea per cui la genitorialità è fondata sull'intenzione – sul progetto genitoriale – dei committenti, dalla cui volontà dipende la soggettività del nuovo nato<sup>68</sup>. Ed è proprio da questo tipo di volontarismo che la Corte costituzionale vuole mettere in guardia<sup>69</sup>.

In secondo luogo, l'inciso «mina nel profondo le relazioni umane» stimola un'ulteriore riflessione che si inserisce nel solco delle argomentazioni appena sviluppate. Richiamando le relazioni umane nel loro complesso, infatti, la Corte ha chiarito che non soltanto la donna, in particolare la madre biologica, è titolare dei beni offesi dalla surrogazione di maternità, ma financo l'intera collettività, che risulterebbe compromessa da questa nuova tecnica di “formazione” delle famiglie. Il Giudice costituzionale ha, dunque, voluto prendere le distanze dall'idea per cui la dignità coincide con la sola autodeterminazione, per sottolineare come, al contrario, tanto la donna, quanto i genitori intenzionali, non dispongono di assoluta autodeterminazione in ordine alle scelte procreative<sup>70</sup>. Queste ultime, infatti,

<sup>64</sup> F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, cit., 36. L'A. evidenzia, altresì, la circostanza per cui «ogni forma di donazione altruistica e solidale verso altri, quando si affida alle dinamiche del mercato e del profitto finisce per intercettare esclusivamente soggetti deboli sia economicamente che culturalmente».

<sup>65</sup> L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, op. cit., 63.

<sup>66</sup> Dello stesso avviso sono S. POZZOLO, op. cit., 108; e L. GIANFORMAGGIO, op. cit., 216. In particolare, nel sottoporre a critica gli argomenti contenuti in C. SHALEV, op. cit., Letizia Gianformaggio assimilava il divieto di surrogazione di maternità alla proibizione giuridica di vendere parti del proprio corpo: «Non è forse nelle mani di ciascuno la possibilità di vendere un rene, o un occhio? Ma il diritto non ha, forse, proprio la funzione di distinguere tra ciò che è *materialmente* nelle mani di qualcuno, che cosa è *lecito* e che cosa è *illecito* fare?» (corsivi dell'A.).

<sup>67</sup> Il richiamato principio personalista di origine kantiana trova, dunque, fondamento dei «diritti inviolabili dell'uomo» ai sensi dell'art. 2 Cost., nella «pari dignità sociale» di ogni persona che costituisce la “cerniera” tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. e, infine, nel divieto di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» ex art. 32 Cost.

<sup>68</sup> Sulla complessità dei rapporti che si sviluppano attorno al progetto genitoriale, si veda la chiara ricostruzione di B. PEZZINI, op. cit., 242; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2294.

<sup>69</sup> Critici nei confronti della tendenza sempre più volontaristica dei diritti: A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, 2, 2000, 3-20; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 50 ss.

<sup>70</sup> Dello stesso avviso, S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico in-*

non sono nella piena e indiscriminata disponibilità di chi le compie ma, in uno Stato di diritto, trovano il proprio limite nella legge<sup>71</sup>.

Infine, nell'affermare espressamente il disvalore per la surrogazione di maternità, la Corte ha voluto sottolineare che, diversamente da altre ipotesi di giurisprudenza "creativa" in cui i giudici cercano di supplire all'inerzia del legislatore, in questo caso ci si trova dinanzi alla precisa scelta di vietare, senza eccezioni, tale pratica<sup>72</sup>. Ciò nonostante, consolidata giurisprudenza ritiene che la disciplina contenuta nella legge n. 40/2004 non integri principi fondamentali di ordine pubblico, in quanto espressione di scelte discrezionali del legislatore ordinario, determinando, così, lo stato di incertezza giuridica di cui si è cercato di dare contezza nelle pagine precedenti<sup>73</sup>. Del resto, non è del tutto chiaro neppure alla giurisprudenza stessa se il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 abbia valenza transnazionale e colpisca anche le pratiche effettuate legittimamente all'estero, ovvero se, al contrario, debba sussistere il cosiddetto principio della doppia incriminazione. Nel dubbio, i giudici si sono orientati nel senso di non punire i genitori intenzionali, con una tangibile disparità di trattamento nei confronti dei cittadini che dovessero violare il medesimo divieto in Italia<sup>74</sup>. Sebbene, infatti, la *ratio* della scelta di non punirli risieda nella tutela dell'interesse «particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata»<sup>75</sup>, tuttavia tale scelta, diversa caso per caso, determina la permanenza nell'ordinamento di situazioni di incertezza.

In definitiva, stante la costruzione ordinamentale sopradescritta, occorre chiedersi quale regola di giudizio debbano applicare i giudici nazionali dinanzi alle richieste di trascrizione di atti di nascita legittimamente formati all'estero.

In attesa che le Sezioni Unite chiariscano l'esatta interpretazione del limite di ordine pubblico internazionale<sup>76</sup>, la giurisprudenza di merito, non limitandosi a far prevalere acriticamente il "superiore" interesse del minore, dovrebbe cercare di assicurare la tutela di *tutti* gli interessi coinvolti, attraverso la valutazione delle diverse «variabili concrete», quali la durata del rapporto di genitorialità, le modalità del concepimento e della gestazione, la possibilità di applicare altri strumenti giuridici come, ad

*ternazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), cit.*

<sup>71</sup> L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 216.

<sup>72</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 51 ss. In particolare, l'A. evidenzia come il compito di bilanciare i diritti spetta al legislatore ordinario: «(...) la Costituzione non offre una soluzione univoca ai problemi di conciliazione dei suoi principi e di bilanciamento dei diritti che essa riconosce e tutela; (...) il compito di trovare il punto di equilibrio è lasciato al legislatore ordinario; ma che la discrezionalità politica del legislatore deve esprimersi entro i limiti fissati dalla Costituzione, cioè non può giungere a comprimere i principi e diritti costituzionali fino al punto di annichilirli» (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 52).

<sup>73</sup> In questo senso, si veda Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 2016; nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>74</sup> Da ultimo, si veda Corte di Cassazione penale, sentenza 10 marzo 2016, n. 13525. Particolarmente critica sul punto è C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), cit.*, 139.

<sup>75</sup> B. SALONE, *op. cit.*, 2, 2016, 70.

<sup>76</sup> Ci si riferisce alla già citata questione rimessa alle Sezioni Unite da Corte di Cassazione, I sez. civile, ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018.

esempio, l'istituto dell'adozione. Del resto, non è detto che i *best interests* del minore coincidano con il solo riconoscimento del legame parentale con i genitori intenzionali, ma, potrebbero, altresì, ritenersi tutelati anche qualora venisse soddisfatto il diritto del minore «a conoscere le proprie origini», che costituisce «elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona»<sup>77</sup>.

Ad avviso di chi scrive, in una prospettiva *de jure condendo*, piuttosto che interrogarsi sulla possibilità di eliminare il divieto in esame<sup>78</sup>, il legislatore dovrebbe, al contrario, prevedere una più precisa forma di responsabilità in capo ai genitori intenzionali che decidano di realizzare il proprio progetto genitoriale nei Paesi in cui la surrogazione di maternità è consentita<sup>79</sup>. L'abrogazione dell'art. 12, co. 6 l.

<sup>77</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013, *Cons. dir. 4*. Più precisamente, la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto all'identità quale diritto personalissimo e inviolabile nelle sentenze nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 287/2013. In particolare, con la sentenza n. 278/2013, nel bilanciare il diritto all'anonimato della madre con il diritto di conoscere le proprie origini del figlio, la Corte costituzionale riconosce nell'art. 2 Cost. il fondamento del diritto all'identità personale, inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di sé, ma anche come diritto di conoscere le proprie origini. Sul punto, cfr.: E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 12/2013; A.O. Cozzi, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, 107 ss. Per un'analisi completa del diritto all'identità personale, per tutti cfr. A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della costituzione*, in *Giust. civ.*, 9, 1980, 409 ss.

In senso analogo, la Corte si è espressa più di recente con la sentenza n. 286/2016, relativa all'illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, chiarendo che il valore della «identità personale, che si proietta nella (...) personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.» (*cons. dir. 3.4.1.*).

<sup>78</sup> Come ricordato nelle prime pagine del lavoro, la letteratura giuridica si è, infatti, interrogata sulla possibilità di abrogare l'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 in ragione dell'ineffettività di tale divieto dovuta al fenomeno del turismo procreativo. Particolarmente critica sul punto è Elisa Olivito che, ricostruendo puntualmente le problematiche sottese alla surrogazione di maternità, evidenzia i rischi di una scelta siffatta. In particolare, l'A., di cui si condivide pienamente il pensiero, precisa: «Appare, dunque, del tutto illusorio (se non mistificante) pensare che il legislatore nazionale, rimuovendo il divieto di cui alla legge n. 40/2004 e adottando una normativa che contemperasse diverse esigenze, possa porre l'ordinamento italiano al riparo da pratiche degradanti, in cui gli interessi del minore e della madre biologica sono invero del tutto recessivi rispetto al solitario e prevalente interesse dei genitori intenzionali» (E. OLIVITO, *op. cit.*, 8).

<sup>79</sup> Richiamando la giurisprudenza di merito e di legittimità precedente alla sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, Lorenzo D'Avack evidenzia le possibili sanzioni che il legislatore potrebbe prevedere al fine di assicurare che il divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 non resti lettera morta: «il legislatore avrebbe potuto prevedere un impianto sanzionatorio più efficace e dissuasivo nei confronti di chi utilizza tecniche di PMA vietate nel nostro Paese. A titolo di esempio per quanto concerne la filiazione si sarebbe potuto esplicitamente non consentire la trascrizione nello Stato italiano di un provvedimento straniero con il quale fosse stata attribuita la paternità o la maternità ai genitori committenti e non biologici a seguito di surroga; prevedere la decadenza dalla potestà genitoriale, in forza dall'art. 569 c.p.; riconoscere la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 (falsa dichiarazione in atti dello stato civile) e 567, co. 2 (alterazione di stato); precisare normativamente che la surroga, anche fatta all'estero da cittadini italiani e non punibile in quel paese come illecito, è contraria all'ordine pubblico. Ancora valutare l'opportunità di ricorrere al dispositivo dell'art. 9 c.p., secondo il quale il cittadino che commette in territorio estero un reato possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia. Ma venne anche contro argomentato che sanzioni di tal genere sarebbero entrate in conflitto con il principio dell'interesse del minore, soltanto al fine di privilegiare la tutela della verità biologica o di punire il comportamento dei genitori» (L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2017, 139).

n. 40/2004, infatti, determinerebbe un'eccessiva compressione degli interessi del minore e della madre biologica a favore del solo e *insaziabile* interesse dei genitori intenzionali<sup>80</sup>. Fermo restando, infatti, che «nell'attuale diritto di famiglia (...) l'attribuzione di stato non può essere determinata dall'esigenza di prevenire e sanzionare condotte dei genitori riprovate dall'ordinamento, ma deve invece guardare all'interesse del figlio»<sup>81</sup>, si rende necessario conciliare tale interesse del minore non soltanto con gli altri valori coinvolti – la dignità della donna *in primis* – ma, soprattutto, con quello di certezza del diritto, principio fondamentale in «uno stato di diritto, anch'esso un bene universale e assolutamente primario, e che include il rispetto delle procedure, la qualità della comunicazione politica e pubblica, l'indipendenza della giurisdizione»<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Il riferimento è a A. PINTORE, *op. cit.*

<sup>81</sup> G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *Genlus*, 2, 2017, 12 ss.; dello stesso avviso, è anche S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 7-37.

<sup>82</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 209. In particolare, l'A. evidenzia come «la confusione che avvolge il tema impedisce di cogliere la natura universale dei problemi connessi alla surrogazione di maternità, i quali universali sono, invece, sia nel senso, semplice ed essenziale, di qualche cosa che non riguarda solo un "me" (le donne, i gay, le coppie e le persone sterili) ma tutti come essere umani. Sia nel senso – che viene in rilievo in relazione a particolari modi in cui il tema si è dispiegato nel nostro Paese – di qualcosa che ci riguarda tutti come cittadini di uno stato di diritto, anch'esso un bene universale e assolutamente primario, e che include il rispetto delle procedure, la qualità della comunicazione politica e pubblica, l'indipendenza della giurisdizione e, in una, la certezza del diritto, fatta a sua volta di impegno etico alla vericità, alla reciprocità, al rigore dell'argomentazione».