



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

PROCREAZIONE ASSISTITA E MATERNITÀ SURROGATA
NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE
COMPARATO

Relatore: Chiar.mo Prof. Giovanni Sacco

Tesi di laurea di
Erika Pollini
Matricola n. 448543

Anno accademico 2023/2024

Ai miei genitori,
con Amore ed eterna gratitudine.

INDICE

PREMESSE	5
-----------------------	---

CAPITOLO 1

I profili costituzionali del reato di maternità surrogata in Italia

1. Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione italiana.....	7
2. Il diritto alla procreazione artificiale e la tutela della salute.....	10
3. La procreazione attraverso la surrogazione di maternità.....	13
4. La posizione dei giudici e l'approccio dottrinale <i>ante legem</i> n. 40/2004... 15	
5. Un'inversione di tendenza rispetto al passato: la legge n. 40/2004 e il divieto di maternità surrogata.....	18
6. La prima giurisprudenza successiva alla legge n. 40/2004.....	20
6.1 Il divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico.....	22
7. Il limite dell'ordine pubblico come tecnica argomentativa di bilanciamento per dare prevalenza alla norma esterna.....	23
8. L'ordine pubblico e l'interesse superiore del bambino.....	25
9. La relazione oppositiva tra la verità di parto e l'interesse del minore: la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2017.....	27
9.1 La posizione della Corte costituzionale.....	30
9.2 Osservare il divieto di maternità surrogata da una prospettiva costituzionale.....	33
10. Il legame tra il minore e la coppia intenzionale: la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021.....	34

CAPITOLO 2

Uno sguardo comparato: la situazione in Spagna

1. Il diritto alla procreazione naturale e artificiale.....	37
2. La tutela della dignità e della salute della gestante.....	39
3. La procreazione attraverso la maternità surrogata.....	41
4. Il quadro normativo della procreazione assistita in Spagna.....	43
5. <i>Focus</i> : l'articolo 10 della legge n. 14/2006 sulle tecniche di PMA.....	45
6. La prima giurisprudenza successiva alla legge n. 14/2006.....	47
6.1 La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio del 2014 n. 15... 49	
7. La sentenza del Tribunale supremo del 31 marzo del 2022 n. 277.....	51
8. Il trattamento giuridico-costituzionale della <i>gestaciòn por substituciòn</i> dal punto di vista della dignità e dei diritti del minore.....	53
8.1 Il rischio di cosificazione del minore e la strumentalizzazione della vita umana.....	53
8.2 Il rischio del traffico dei minori.....	55
8.3 I problemi relativi alla tutela dei diritti fondamentali dei minori nati attraverso la surrogazione di maternità.....	56
9. La maternità surrogata in Italia e in Spagna: situazioni a confronto.....	61

CAPITOLO 3

Uno sguardo comparato: la situazione nel Regno Unito e in Portogallo

Il Regno Unito

1. La procreazione naturale e artificiale.....	65
2. La procreazione attraverso la surrogazione di maternità.....	68
3. Il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita.....	70

3.1 <i>Focus</i> : La maternità surrogata.....	74
4. Il progetto di riforma.....	75
5. Il diritto del minore ad accedere alle informazioni relative all'accordo di surrogazione.....	77
6. La maternità surrogata in Italia e nel Regno Unito: situazioni a confronto.....	79

Il Portogallo

1. Il diritto alla procreazione naturale e artificiale nella Costituzione portoghese.....	83
2. Il quadro normativo <i>ante legem</i> n. 23/2006 sulla PMA.....	84
3. La procreazione attraverso la maternità surrogata: la legge n. 32/2006 sulla PMA.....	85
4. La prima giurisprudenza costituzionale <i>post legem</i> n. 32/2006.....	87
5. La legge n. 25/2016 e il <i>Decreto Regulamentar</i> n. 6/2017 del 31 luglio del 2017.....	88
6. Il Tribunale costituzionale e l' <i>Acòrdão</i> n. 225/2018 del 24 aprile.....	90
7. Il decreto dell'Assemblea della Repubblica n. 208/XIV del 26 novembre 2021 e l'esistenza di un "diritto al figlio".....	92
8. La maternità surrogata in Italia e in Portogallo: situazioni a confronto...	95

CONCLUSIONI	100
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	103
--	-----

PREMESSE

Il tema della surrogazione di maternità è oggi, nel nostro Paese, al centro di un acceso dibattito politico-sociale: la Camera ha approvato la proposta di legge, presentata dalla maggioranza del Governo, per renderla reato universale.

Orbene, con tale elaborato s'intenderà sviscerare l'approccio alla pratica in oggetto in alcuni Paesi. Si tratterà di un'analisi in chiave, anzitutto, costituzionale: si porranno in rilievo i principi costituzionali violati, attraverso la surrogazione di maternità, con le rispettive tutele e garanzie. In secondo luogo, in prospettiva comparata: si metteranno a confronto le analogie e le differenze tra l'Italia e la Spagna, il Regno Unito e il Portogallo.

Il *primo capitolo* verterà sul reato di maternità surrogata, in ogni sua forma, in Italia e di come tale pratica sia lesiva dell'ordine pubblico, del buon costume nonché della dignità della gestante, volendo tutelare l'interesse superiore del bambino.

Il *secondo capitolo* analizzerà il divieto della surrogazione, in ogni sua forma, in quanto considerata pratica che degrada la gestante e il nascituro a mero oggetto, privandoli della loro dignità personale, propria della loro condizione di esseri umani.

Infine, il *terzo capitolo* si occuperà, in primo luogo, del Regno Unito e di come l'ordinamento britannico tolleri tale pratica, con fine solidaristico, seppur non legalizzandola. In secondo luogo, del Portogallo: un Paese che, con la recente riforma del 2021, ha reso legale la maternità surrogata, riconoscendo espressamente l'esistenza di un inedito "diritto al figlio" e violando la costitutiva dignità del nascituro.

CAPITOLO I

I profili costituzionali del reato di maternità surrogata in Italia

1. Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione italiana

La procreazione – ossia, l’atto di procreare e, quindi, generare un figlio – configura uno degli aspetti essenziali della vita di ciascun individuo nonché la premessa alla garanzia di sopravvivenza dell’intero genere¹.

Ciononostante, nella nostra Carta fondamentale non vi è alcun espresso riferimento a un diritto alla procreazione: tale silenzio rende, dunque, non facile il compito del giurista, che ne deve impostare una ricostruzione interpretativa basata sulle generali disposizioni in materia di diritti della persona².

Orbene, il diritto a procreare sarebbe desumibile, oltre che da disposti internazionali³, anzitutto dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione italiana⁴: le tutele, rispettivamente, della famiglia, della filiazione e della maternità non potrebbero sussistere ragionevolmente senza prevedere, a monte, un diritto a diventare genitori⁵. In secondo luogo, la Corte costituzionale lo riconduce nella sfera dei diritti inviolabili della persona, di cui all’art. 2. Questa, nella sentenza n.

¹ Francesca Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 47.

² A cura di Alfonso Celotto, Nicolò Zanon, *La procreazione medicalmente assistita*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 23.

³ V. art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo; art. 12 Convenzione europea dei diritti dell’uomo; art. 23 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

⁴ Della *Costituzione italiana* così recitano l’art. 29: «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare»;

l’art. 30: «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istituire ed educare i figli, anche se nati fuori dal Matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità»;

l’art. 31: «la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

⁵ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 48.

332 del 2000, dichiara illegittimo l'art. 7, punto 3 della legge 29 gennaio 1942, n. 64⁶ laddove includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza, «l'essere senza prole»⁷. A riguardo, ha affermato che «[...] un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata»⁸.

Del resto, è proprio il riferimento ai «diritti inviolabili dell'uomo» nell'art. 2⁹ a dinamizzare i diritti fondamentali come fattori di garanzia e promozione individuale¹⁰, rendendo, quindi, possibile l'attrazione dei nuovi diritti. Nel caso del diritto alla procreazione, va rilevata la stretta correlazione che lega la sua emersione con lo sviluppo medico-scientifico: ciò ha reso possibile distinguere tra procreazione naturale e procreazione artificiale¹¹.

Considerando, quindi, la procreazione come presupposto di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, è corretto parlare di diritto alla procreazione (naturale)? Sono state due le risposte normative, portatrici di un approccio innovativo, consapevole e «responsabile»¹² alla procreazione, alla maternità e alla genitorialità, impegnando i pubblici poteri a garantire l'interesse dei singoli: la riforma n. 151/1975 e la legge n.194/1978¹³. Tali regolamentazioni, rispettivamente, hanno dato attuazione agli artt. 29, comma 2 e 30, comma 3 della Costituzione e istituito i consultori familiari: la procreazione viene intesa come fatto responsabile della coppia e, quindi, come diritto sociale. Sia esso nella sua

⁶ Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza.

⁷ Antonio D'Aloia, Paola Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1344.

⁸ Corte costituzionale, 24 luglio 2000, n. 332.

⁹ Della *Costituzione italiana*, si aggiungano anche i riferimenti alla «pari dignità sociale» (art. 3, comma 1) e al «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2).

¹⁰ Antonio D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. XIV ss.

¹¹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 51.

¹² Art. 1, comma 1, *legge n. 194/1978* così afferma: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

¹³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 51.

dimensione positiva – favorire le condizioni della nascita del bambino – sia nella sua dimensione negativa – garantire la funzionalità delle strutture pubbliche che consentano alla donna di interrompere la gravidanza indesiderata¹⁴.

La ricerca della genitorialità non può essere imposta o vietata né è possibile adottare meccanismi incidenti sulla libertà procreativa o che, al contrario, penalizzino chi scelga di non avere figli. Nemmeno può permettersi la trasformazione di tale presunto diritto in un desiderio da realizzare necessariamente, non importi il mezzo¹⁵. Utile, in merito, la distinzione proposta da Eugenio Lecaldano: il diritto a procreare «impegnerebbe lo Stato a mettere a disposizione risorse affinché ciascuno dei suoi cittadini possa realizzare questo diritto positivo [...] e richiederebbe una forte ingerenza dello Stato nelle faccende procreative che così facendo non potrebbe non limitare qualcuno dei diritti negativi dei suoi cittadini»; il diritto alla libertà procreativa, invece, si configura come «la negazione alla radice di un diritto di procreare»¹⁶. Il primo è, quindi, un diritto completamente libero da qualsiasi ingerenza pubblica, tanto da essere riconosciuto universalmente. Il secondo, invece, accentua l'elemento della scelta e della responsabilizzazione alla procreazione¹⁷.

In conclusione, quindi, è preferibile parlare di diritto alla libertà procreativa – «principalmente delle donne»¹⁸ – piuttosto che di diritto a procreare, enfatizzando la necessità di limitare i modi e i tempi della procreazione nonché l'insostenibilità di una prospettiva che colleghi tale libertà ad una scelta di privacy sconfinata.¹⁹

¹⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 53.

¹⁵ Antonio D'Aloia, Paola Torretta, op.sub.cit., p. 1342; Corte costituzionale, sentenza n.49/1971.

¹⁶ Eugenio Lecaldano, *Bioetica e scelte morali*, Laterza, Biblioteca di cultura moderna, 2015, p. 135.

¹⁷ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 54.

¹⁸ Eugenio Lecaldano, op.sub.cit., p. 138.

¹⁹ Antonio D'Aloia, Paola Torretta, op.sub.cit., p. 1342; Farri Monaco, *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, in *Minori e Giustizia*, 2005, 2, p. 41-42; Robertson, *Children of choice: freedom and the new reproductive technologies*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 22 e ss.

2. Il diritto alla procreazione artificiale e la tutela della salute

A differenza della procreazione naturale, la procreazione artificiale ha come protagonista la scienza medica: questa, attraverso nuove tecniche riproduttive originate dalle più recenti applicazioni della ricerca, modifica il modo stesso di intendere l'atto procreativo stesso²⁰, interrompendo del tutto il rapporto tra atto sessuale e riproduzione²¹.

Nel paragrafo precedente, abbiamo posto l'attenzione sull'esistenza di un diritto alla libertà procreativa naturale. Può individuarsi, allora, anche un diritto alla libertà procreativa artificiale? La risposta è positiva. Nella sentenza n. 162 del 2014, è la stessa Corte costituzionale a sancire che «l'atto che consente di diventare genitori incontra limiti e deve essere bilanciato» con altri interessi rilevanti: il riferimento è al particolare metodo di procreazione artificiale, configurato, implicitamente, come un diritto sociale²². Occorre, dunque, ponderare le ragioni risiedenti nel principio di autodeterminazione del singolo con altri valori costituzionalmente protetti, legati alla salute sia del concepito – inteso come soggetto di diritto a uno stadio più embrionale – che della donna²³.

In questo scenario, è lo Stato a svolgere una funzione volta a garantire i «servizi minimi di sicurezza e sanità, nonché regole a tutela degli interessi coinvolti»²⁴. Ciò perché il nostro ordinamento ha disdegnato un approccio liberale, tipico dei Paesi statunitensi, basato sulla declinazione dei diritti incidenti sulla propria corporeità come diritti nei quali la “sovranità individuale” supera la “sovranità statale”, con il risultato di assumere la procreazione artificiale come una pretesa assoluta. Se, da una parte, tale visione valorizza l'autonomia della scelta – come «strumento di definitiva liberazione delle donne dal peso della gravidanza

²⁰Antonio D'Aloia, Paola Torretta, op.sub.cit., p. 1350.

²¹Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 55.

²²Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 64; Francesco Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in Studi in onore di M. Mazziotti di Celso, Padova, 1994, p. 512.

²³Antonio D'Aloia, Paola Torretta, op.sub.cit., p. 1351.

²⁴Carlo Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Quattroventi, Urbino, 1999, p.164.

come condanna biologica che ne limitava la strada verso un riscatto culturale» – dall'altra svela i suoi lati limite: uno strumento di potere dei mariti e dei medici di chiedere alla donna di procreare, in presenza di situazioni di infertilità o sterilità, volto a «perseguire una “personale ricerca di felicità”»²⁵. Al contrario, dagli articoli costituzionali e dalle leggi richiamati precedentemente²⁶, si desume l'adesione dell'ordinamento italiano ad una visione positivamente interventista: spetta allo Stato «definire azioni specifiche, predisporre mezzi, garantire informazioni, sostegno e assistenza sociale e sanitaria finalizzate alla tutela della maternità e alla tutela della salute»²⁷.

Tali conclusioni, dunque, conducono ad ancorare il diritto alla libertà procreativa artificiale al diritto alla salute, considerato come manifestazione della libertà e della personalità dell'individuo (intendendo tanto la donna, quanto l'embrione)²⁸. Or bene, è proprio su questa base che il legislatore italiano, dopo anni di silenzio, ha introdotto la prima disciplina organica sulla riproduzione artificiale: la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. L'iter della normativa in questione è cominciato solo nel 1997, a seguito dello sgomento causato dal primo caso di clonazione animale, avvenuto in Scozia²⁹: l'intervento si è reso necessario per «impedire l'estendersi alla riproduzione umana del “sistema Dolly”», rilevando come «improrogabile una legge che pon(esse) limiti agli eccessi sul modo di fare figli»³⁰. L'urgenza di tale decisione parlamentare³¹ in materia di procreazione

²⁵ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 58-59; Gianni Baldini, *L'accesso alle tecniche di pma: libertà o diritto*, University Press, Firenze, 2007, p. 14.

²⁶ Vedi artt. 29, 30, 31, Costituzione italiana; legge 151/1975; legge n.194/1978.

²⁷ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 59; Gianni Baldini, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006; Carlo Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Quattroventi, Urbino, 1999, p.158.

²⁸ A cura di Aldo Carrato, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio studi, Corte costituzionale, 2021, p. 6.

²⁹ Si rinvia al caso della pecora Dolly, risalente al 22 febbraio 1997.

³⁰ Maria Luisa Boccia, Grazia Zuffa, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale: tecniche, fantasie e norme*, Nuova Pratiche Editrice, Milano, 1998, p.188.

³¹ Il riferimento è alla XII Commissione della Camera (Affari sociali), che l'8 luglio 1998 redige un testo e dà mandato favorevole all'on. Bolognesi – presidente della Camera – a riferire in Assemblea.

medicalmente assistita³² originava, quindi, dall'assimilazione di due pratiche perseguite da due finalità³³ strettamente differenti, la clonazione e la fecondazione: in questo modo, la disciplina sulla P.m.a. si è facilmente tradotta in un'ostilità verso la fecondazione assistita³⁴. A rigore, dalla sua formulazione originaria la legge n. 40/2004 risulta «caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici, agli scienziati e agli aspiranti genitori, che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna»³⁵. In particolare³⁶:

- l'art. 1, che riconosceva il concepito come soggetto di diritto;
- l'art. 4, che riservava il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo alle coppie sterili o con problemi di infertilità, escludendo tale possibilità alle coppie con gravi patologie infettive e/o ereditarie;
- l'art. 14, che vietava la crioconservazione e la soppressione di embrioni; la creazione di un numero di embrioni superiore a tre; la riduzione embrionaria di gravidanze plurime [...]; l'obbligo della crioconservazione degli embrioni fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile;
- l'art. 12, che prevedeva il divieto di surrogazione di maternità, separandolo dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, nella sua dimensione commerciale e pubblicitaria.

Viste le consistenti limitazioni e le eccezioni di incostituzionalità che hanno segnato la legge 40/2004, il testo attuale rende oggi possibile anche in Italia sia l'accesso alle tecniche di P.ma. alle coppie viventi, eterosessuali e fertili, coniugate o conviventi, con patologie infettive e/o ereditarie, con conseguente possibilità di diagnosi genetica preimpianto per scoprire eventuali anomalie genetiche embrionali, sia la crioconservazione degli

³² D'ora in avanti, P.m.a.

³³ La clonazione perseguiva una finalità di cura per la sterilità e infertilità; la clonazione, invece, scopi di ricerca scientifica.

³⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 79; Carlo Flamigni, Maurizio Mori, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Net, Milano 2005 p. 30.

³⁵ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 86.

³⁶ Per approfondimento, vedere la Gazzetta ufficiale, 2004.

embrioni prodotti in esubero, da utilizzare in un secondo eventuale momento. Al contrario, lo stesso mantiene il *divieto* della fecondazione eterologa³⁷ e della maternità surrogata.

In conclusione, possiamo, quindi, affermare che la tutela della salute del concepito costituisce un limite ad una piena realizzazione di essere genitori nonché all'autodeterminazione della donna nella procreazione artificiale³⁸, di cui si approfondirà nei paragrafi successivi.

3. La procreazione attraverso la surrogazione di maternità

Nel quadro della procreazione artificiale, la fattispecie della surrogazione di maternità è peculiare rispetto a tutte le altre poiché «mette in discussione i principi fondamentali dell'intera comunità»³⁹. Con “maternità surrogata” s'intende quella particolare pratica con la quale una donna (c.d. madre surrogata), dietro corrispettivo o a titolo gratuito, porta avanti una gravidanza per conto di altri⁴⁰ (c.dd. genitori intenzionali, che non possono o non vogliono avere figli autonomamente), ai quali si impegna a consegnare il nascituro subito dopo il parto, rinunciando ad essere riconosciuta come madre.⁴¹

Si tratta di un fenomeno dalle origini antiche⁴², ma sempre più diffuso ultimamente grazie all'impiego delle tecniche mediche di riproduzione artificiale, caratterizzato da differenti nomenclature. Si parla di “gestazione per altri”, quando

³⁷ È una tecnica di procreazione medicalmente assistita, che richiede l'utilizzo di gameti donati da individui esterni alla coppia (ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda).

³⁸ Antonio D'Aloia, Paola Torretta, op.sub.cit., p. 1352.

³⁹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 169; Ines Corti, *Maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2011, p.1479.

⁴⁰ Oppure, per conto di un'altra donna (c.d. madre committente).

⁴¹ Alfio Guido Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 1; Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 177.

⁴² Il riferimento è alla Bibbia, *Genesi*, 16, 2: Sara, moglie di Abramo, arrivata all'età di settantacinque anni senza aver avuto figli a causa della sua sterilità, dà in moglie la sua schiava Agar al marito affinché partorisca per lei un figlio, Ismaele; *Genesi*, 30, 3: Rachele, moglie di Giacobbe, disse al marito di unirsi alla propria serva Bila, cosicché le fosse permesso avere un figlio «per mezzo di lei».

l'intento è quello di mettere in risalto l'aspetto solidaristico, e di "maternità surrogata o per sostituzione", al contrario, quando si vuole sottolineare il rapporto materno sacrificato; di "utero in affitto" se la volontà è quella di enfatizzare l'aspetto commerciale, alla base del contratto stipulato tra i soggetti coinvolti; di "gravidanza per altri", con il quale termine ci si riferisce all'importanza della gravidanza come esperienza relazionale, al contrario della "gestazione per altri".⁴³ Occorre aggiungere, infine, una distinzione più puntuale: "maternità surrogata eterologa", "maternità surrogata doppiamente eterologa" e "maternità surrogata omologa". Con la prima pratica, la fecondazione avviene tramite i gameti della madre intenzionale; nella seconda, i gameti sono estranei sia alla madre surrogata che ai genitori intenzionali; con la terza, la stessa surrogata contribuisce con il proprio materiale genetico alla creazione dell'embrione⁴⁴.

Or bene, riconoscere un diritto a procreare attraverso la pratica della maternità surrogata significherebbe chiedersi se «i desideri possono essere trattati come diritti e fare da fondamento alle libertà»⁴⁵. Tale affermazione comporterebbe il riconoscimento universale di un diritto di procreare che, al contrario, è stato escluso nei precedenti paragrafi.

Occorre, poi, sottolineare come la ridotta disponibilità giuridica degli atti sul proprio corpo si giustifichi con l'esigenza di rispettare la dignità umana, anche quando ad animare la volontà di disporre del proprio corpo è mossa da uno spirito solidarista⁴⁶. Nella Costituzione italiana, i riferimenti⁴⁷ alla dignità ne pongono in

⁴³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 179; la locuzione "gestazione per altri" è utilizzata in particolare nella giurisprudenza della Corte EDU e raccomandata nelle *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBT*; Ines Corti, ob.sub.cit.; Barbara Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, Rivista di Biodiritto, 2016, p. 111; Elisa Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, pubblicazione su volume, 2017, p. 3; Barbara Pezzini, *Nascere dal corpo di una donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, Università degli studi di Bergamo, 2017, p. 194; Barbara Pezzini, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, Abstract, 2019, p. 208.

⁴⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 179; Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 3.

⁴⁵ Giorgia Serughetti, *Maternità surrogata, oltre l'alternativa tra proibizionismo e laissez faire*, Università degli Studi Milano-Bicocca, 2018, p. 179.

⁴⁶ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 173; Ludovica Poli, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, DPCE online, 2017, p. 104.

⁴⁷ Il riferimento è all'art. 3, comma 1; art. 36; art. 42, comma 2.

connessione il concetto con la persona nei suoi rapporti economico-sociali, anziché con l'individuo strettamente inteso. Questo significa che, nella nostra Carta fondamentale, la dignità dev'essere interpretata alla luce della dimensione sociale dei diritti, trovando forma nella protezione della persona umana, della sua libertà e sicurezza. Da ciò deriva, quindi, il divieto di qualsiasi forma di intermediazione commerciale destinata alla realizzazione di accordi di maternità surrogata. Se dall'«inviolabilità della dignità umana della persona» deriva anche «l'inviolabilità del corpo» – data la stretta connessione costituzionale tra “persona” e “corpo” – non può ignorarsi che la realizzazione di un accordo, anche altruistico, in materia si basa su una valutazione astratta del corpo della donna. Questo viene, cioè, considerato solo per le sue capacità biologico-riproduttive, prescindendo dalle capacità relazionali della donna. Al contrario, la tutela della relazione materna e l'importanza del rapporto tra i due soggetti coinvolti, madre e concepito, si pone a fondamento di tutte le relazioni umane richiamate costituzionalmente. È, quindi, a tutti gli effetti, un bene fondamentale, la cui garanzia riguarda tutti⁴⁸.

4. La posizione dei giudici e l'approccio dottrinale ante legem n. 40/2004

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, in Italia esisteva una disciplina – seppur a livello secondario – della procreazione medicalmente assistita; il riferimento⁴⁹ è:

- alla circolare del ministro della salute Degan del 1° marzo 1985, relativa ai limiti di legittimità delle operazioni di inseminazione artificiale, che vietava la fecondazione eterologa nei centri pubblici;

⁴⁸ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 174ss.; Roberto Conti, *I giudici e il biodiritto. Un esame “concreto” dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, p. 77ss.; Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Mondadori, Milano, 2015, p. 149;

⁴⁹ Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 9ss.;

- alle circolari ministeriali del 1987, concernenti la determinazione degli standards di sicurezza richiesti per l'applicazione delle tecniche di inseminazione artificiale;
- alle ordinanze del 1997, che vietavano ogni forma di remunerazione e di pubblicizzazione nella cessione di gameti ed embrioni nonché tutti gli esperimenti destinati alla clonazione umana e/o animale;
- alle ordinanze del 2002, che proibivano l'esportazione di embrioni e gameti all'estero;
- il Codice deontologico medico del 1995 che, in particolare, all'art. 42 impediva di attuare forme di surrogazione di maternità, «anche nell'interesse del bene del nascituro».

Anche la giurisprudenza di merito italiana non è rimasta inerte, in mancanza di un *corpus* legislativo. Nello specifico, si è occupata della pratica in questione in due occasioni: si tratta di due casi, con due differenti interessi in gioco e dalle quali emergono due divergenti vedute dei giudici.

La prima decisione è dal Tribunale di Monza, dell'ottobre 1989. Il caso⁵⁰ riguarda una coppia di coniugi, senza figli, che conosce, per vie amicali, un'immigrata algerina. Dalla stessa donna, nel 1984, i due coniugati apprendono l'esistenza della pratica di surrogazione di maternità. L'anno successivo, i tre soggetti stipulano un contratto remunerativo con il quale l'algerina si s' impegna a sottoporsi ad inseminazione artificiale, con il seme del coniuge, e a portare avanti la gravidanza. Inoltre, al termine della gestazione, a consegnare il nascituro alla coppia, rinunciando a qualsiasi diritto nei suoi confronti. Nel 1986, l'immigrata dà alla luce la figlia ma viene meno agli accordi presi: sfrutta la concepita al fine di pretendere denaro alla coppia intenzionale. Questa, dunque, decide di rivolgersi al Tribunale, chiedendo di avere definitivamente con sé la minore, escludendo la gestante da qualsiasi ulteriore interferenza. Il Tribunale di Monza, in mancanza del consenso della madre gestante e data l'onerosità, dichiara nullo il contratto per

⁵⁰ Giovanna Batia, *Il contratto di "maternità surrogata". Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo attuale*, in "Diritto.it", p. 7ss.

illiceità della causa e rigetta l'istanza avanzata dalla coppia attrice del ricorso. Valuta il contratto contrario al divieto posto dall'art. 5, c.c.⁵¹ poiché, pur non implicando una permanente diminuzione dell'integrità fisica, lo ha ritenuto «contrario alla legge, all'ordine pubblico⁵² e al buon costume». Secondo il giudice, l'accordo di surrogazione cagiona una «mortificazione della dignità umana, del corpo della donna e delle sue funzioni riproduttive», divenuti l'oggetto di un mero scambio⁵³.

La seconda decisione è, invece, dal Tribunale di Roma, del 17 ottobre 2000. Il caso⁵⁴ afferisce a una coppia di sposi, in cui la moglie è affetta da una patologia che impedisce di portare a compimento la gravidanza senza, però, compromettere la produzione di ovociti. Questa si rivolge, dunque, a una clinica specializzata in fecondazione assistita: come unica possibilità di avere un figlio con legame genetico, le viene prospettata la collaborazione con una madre portante. Quattro anni dopo, nel 1999, la individuano in una loro amica intima, offertasi volontaria. La clinica, tuttavia, nega la legittimità dell'intervento di impianto embrionale: a sostegno di tale ripensamento, l'entrata in vigore del Codice deontologico del 1995⁵⁵. Di fronte a tale rifiuto, la coppia decide di agire giudizialmente contro la struttura e chiede, ex art. 700 c.p.c.⁵⁶, un provvedimento diretto ad accertare l'esigibilità della prestazione medica in oggetto. Il Tribunale di Roma accoglie l'istanza della coppia attrice. Esclude che la norma deontologica

⁵¹ *Codice civile*, così recita l'art. 5: «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

⁵² Il riferimento all'ordine pubblico, che rileva ai fini della decisione, è all'ordine pubblico normativo, interno all'ordinamento, inteso come limite all'autonomia contrattuale dei privati; rfm. Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 187; Francesca Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, CEDAM, Roma, 2007, p. 83 e all'ampia bibliografia ivi citata.

⁵³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 187; più nel dettaglio, si aggiunge che il giudice di Monza nega l'esistenza di un diritto alla procreazione: l'esigenza di una coppia di diventare genitori non è oggetto di un diritto soggettivo né può essere oggetto di un negozio giuridico.

⁵⁴ Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 10-11.

⁵⁵ All'art. 42 vietava espressamente «di attuare forme di maternità surrogata».

⁵⁶ *Codice di procedura civile*, così recita l'art. 700: «fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

possa incidere nell'ordinamento legislativo, essendo di efficacia meramente interna, e afferma la liceità del consenso all'impianto della surrogata. In particolare, il giudice ritiene che l'assenso, in mancanza di qualsiasi remunerazione economica, non sia in contrasto con l'art. 5, c.c.: non comporta alcuna diminuzione permanente dell'integrità fisica.

Le due vicende, per quanto diverse negli esiti, evidenziano, nelle motivazioni dei giudici, una contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata a fini commerciali. Il Tribunale di Roma, nel ritenere l'accordo solidaristico meritevole di tutela, ne enfatizza le peculiarità, allontanandolo dai meccanismi della commercializzazione⁵⁷.

Occorre, da ultimo, sottolineare come il battesimo dei giudici italiani in tema di maternità surrogata abbia avuto ad oggetto solo la verifica di liceità del contratto. Nel caso di Monza, in senso negativo; nel caso di Roma, in senso positivo. Al centro non ci sono gli interessi del nascituro alla continuità di *status*. Un cambiamento di direzione avverrà soltanto dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004: le questioni giuridiche saranno spostate sul terreno dei rapporti di "ordine pubblico internazionale"⁵⁸.

5. Un'inversione di tendenza rispetto al passato: la legge n. 40/2004 e il divieto di maternità surrogata

In Italia, la maternità surrogata è vietata all'art. 12, comma 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

⁵⁷ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 189.

⁵⁸ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 190.

milione di euro»⁵⁹. Nonostante l'illusoria chiarezza, la disposizione in esame non risulta di facile interpretazione, sollevando una serie di interrogativi.

In primo luogo, non essendo definiti i confini della fattispecie, risulta difficile individuare quali casi di surrogazione di maternità risultino vietati. L'opinione prevalente ritiene applicabile il divieto a tutte le fattispecie⁶⁰ di maternità surrogata, seppur taluni ne abbiano sostenuto la conformità alla tutela del bene giuridico solo in presenza di un rapporto almeno genetico tra madre committente e nascituro.⁶¹

In secondo luogo, motivo di controversia sono i soggetti passibili di sanzione: la lettera della norma sembra contemplare il personale medico, i genitori intenzionali e la madre surrogata. Proprio tale ultimo inserimento è causa di dure critiche da parte della dottrina, poiché lo ritiene determinante «una palese contraddizione con la pretesa oggettività giuridica del reato»⁶².

Infine, dubbio è anche se la fattispecie della surrogazione altruistica ricada o meno nel divieto. Se l'opinione prevalente ritiene che l'interpretazione letterale non avvalli l'ipotesi che la norma si riferisca solo alla surrogazione lucrativa⁶³, in dottrina è stato sostenuto che occorra una finalità economica, escludendone lo scopo solidaristico. In risposta a chi assevera il contrario, tale posizione ha replicato⁶⁴ che «i divieti di commercializzazione di gameti ed embrioni e di surrogazione di maternità tutelano il dato oggettivamente essenziale della necessaria gratuità dei processi di fecondazione assistita»⁶⁵ e che, quindi, «intraprendere una gravidanza per scopi solidaristici, a vantaggio di soggetti cui è

⁵⁹ Gazzetta Ufficiale, legge 19 febbraio 2004, n. 40.

⁶⁰ Si rinvia al paragrafo 3. *Il diritto a procreare attraverso la surrogazione di maternità*.

⁶¹ Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 5.

⁶² Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 7; Emanuele La Rosa, *Maternità surrogata*, cit., 2017, p. 8.

⁶³ Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 8; Ferrando Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 2005, p. 337; Antonio Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 2012, p. 147; Emanuele La Rosa, *Maternità surrogata*, cit., 2017; Domenico Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 1372; Vincenzo Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 369; Anna Alberti, *La surrogazione di maternità fra divieti legislativi, orientamenti giurisprudenziali e interpretazioni costituzionali*, in *Famiglia*, 2020, p. 702.

⁶⁴ Alfio Guido Grasso, op.sub.cit., p. 8.

⁶⁵ Ferrando Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 2005, p. 337.

preclusa la capacità di procreare naturalmente [...] non sembra contrario ai principi di legge, qualora non comporti diminuzioni permanenti dell'integrità fisica e si svolga nel rispetto della dignità umana»⁶⁶.

6. La prima giurisprudenza successiva alla legge n. 40/2004

Il cambio di prospettiva della legge n. 40/2004 è inaugurato da due sentenze del giudice nazionale.

Il primo caso⁶⁷ riguarda una cittadina italiana, impossibilitata ad avere figli a causa di un intervento di isterectomia. Insieme al marito, di origini britanniche, fa ricorso per due volte all'istituto della surrogazione a fini solidaristici. La madre surrogata è sempre la stessa e, rinunciando ad ogni diritto sui bambini, permette che tramite due *parental order*⁶⁸ (emessi nel 1998 e nel 2001) la ricorrente venga dichiarata la madre degli stessi nel Regno Unito. La donna, a seguito della separazione dal marito e allora residente nel Regno Unito, torna in Italia con i due figli e richiede la trascrizione dei *parental order* per vedersi riconosciuta la sua genitorialità. Mentre la Croydon Family Proceeding Court britannica rifiuta di trascrivere i due *parental order* nel registro dello stato civile italiano, la Corte di appello di Bari, nel 2009, dichiara illegittimo tale rigetto.

Il nodo centrale⁶⁹ della pronuncia sta nella diversità delle due nozioni: ordine pubblico "interno", cioè l'insieme dei «principi essenziali dell'ordinamento nazionale», e ordine pubblico "internazionale", discendente «dai principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali

⁶⁶ Francesca Consorte, *La procreazione medicalmente assistita*, in I reati contro la persona, cit., p. 235.

⁶⁷ Corte d'appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009.

⁶⁸ Quando un bambino nasce tramite maternità surrogata, i genitori intenzionali dovranno richiedere al Tribunale un'ordinanza parentale, che trasferirà loro la filiazione, dalla madre surrogata. In queste circostanze è importante disporre di un'ordinanza parentale, poiché senza di essa i genitori previsti potrebbero non essere i genitori legali del bambino: non avrebbero l'autorità di prendere decisioni importanti sulla sua educazione o sulle sue cure mediche e ciò comporterebbe che i genitori intenzionali debbano cercare di trovare e coinvolgere la madre surrogata in tali decisioni future.

⁶⁹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 192-193.

dell'uomo»⁷⁰. In questo modo, la Corte giunge alla conclusione⁷¹ che il divieto di maternità surrogata e il principio di prevalenza della maternità biologica su quella sociale, «non sono di per sé indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese) che prevedono deroghe a tale principio». Inoltre, la trascrizione dei parental order coincide con la realizzazione del «maggior interesse dei minori»⁷².

Il secondo caso afferisce, invece, a una coppia cinquantenne di Cremona: impossibilitata nell'averne un figlio e dopo essersi vista rifiutare per tre volte la richiesta di adozione in Italia, conclude un contratto di maternità surrogata in Ucraina. I due coniugi, all'atto di nascita del minore nel Paese estero, si iscrivono all'anagrafe falsamente come genitori biologici. Per tale ragione, il Tribunale di Cremona li riconosce colpevoli del reato di alterazione di stato. Tuttavia, dal momento che non vengono rispettate le condizioni⁷³ che legittimano la surrogazione di maternità in Ucraina, tale contratto risulta essere nullo anche per tale ordinamento: l'atto di nascita, dunque, è da considerarsi anzitutto in frode alla disciplina dell'adozione⁷⁴.

Interviene, allora, il Tribunale dei minori di Brescia: dichiara lo stato di adottabilità del minore, la collocazione dello stesso presso una famiglia e la nomina di un tutore. Tale decisione viene impugnata dalla coppia committente davanti alla Corte di appello di Brescia: nel 2013, conferma il giudizio di primo grado. Successivamente, davanti alla Corte di cassazione che, per la prima volta, deve intervenire in tema di maternità surrogata, concentrando la propria attenzione sul delicato tema dei limiti dell'ordine pubblico⁷⁵.

⁷⁰ Corte d'appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009.

⁷¹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 193: «a sostegno della decisione, il Tribunale cita *ad adiuvandum* l'art. 23 del Regolamento CE n. 2201/2003, relativo al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli che prevede espressamente che la valutazione della "non contrarietà dell'ordine pubblico" debba essere effettuata "tenendo conto dell'interesse superiore del figlio"».

⁷² Corte d'appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009.

⁷³ Il riferimento è, in primo luogo, all'ovocita utilizzato non appartenente alla madre portante; in secondo luogo, al 50% del patrimonio genetico del bambino proveniente dalla coppia committente.

⁷⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 193.

⁷⁵ Ibidem.

6.1 Il divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico

A seguito del rigetto in secondo grado⁷⁶, i genitori propongono ricorso per Cassazione⁷⁷. Ad avviso dei ricorrenti, la contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione del certificato di nascita andrebbe escluso. Tale nozione è da intendersi non limitata all'ordine pubblico interno – identificabile con il rispetto delle norme inderogabili – e come insieme di principi che ispirano la comunità internazionale (ad esempio, l'interesse superiore del minore)⁷⁸.

Avverso tali argomentazioni, la Suprema Corte conferma la sentenza di merito. In primo luogo, avvalorata⁷⁹ la tesi per cui la nozione di ordine pubblico internazionale diverga da quella di ordine pubblico interno: il primo non può coincidere solamente con le norme imperative dell'ordinamento giuridico, bensì deve riferirsi all'insieme dei principi fondamentali dello stesso. In secondo luogo, smentisce l'idea per cui il concetto di ordine pubblico internazionale debba coincidere meramente con i «valori condivisi dalla comunità internazionale»⁸⁰. In questo modo, il Supremo giudice di legittimità evidenzia come l'ordine pubblico internazionale costituisca proprio il limite posto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, sentenze e provvedimenti stranieri, per proteggere la coerenza interna del sistema. Tale funzione, quindi, può essere compatibile solo con una definizione di “ordine pubblico internazionale” che comprenda «anche i principi e i valori esclusivamente propri, purché fondamentali e irrinunciabili».⁸¹

Dall'insieme di tali argomentazioni, la Corte giunge a una precisa conclusione: il divieto di maternità surrogata, come suggerisce la previsione penale, è un principio di ordine pubblico, posto a presidio dei beni giuridici fondamentali. Il riferimento è alla «dignità umana– costituzionalmente tutelata – della gestante e all'istituto dell'adozione, con il quale l'istituto in esame si pone in

⁷⁶ Vedi parte finale del paragrafo 6. *La prima giurisprudenza successiva alla legge n. 40/2004.*

⁷⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 24001/2014.

⁷⁸ www.biodiritto.org, ultimo accesso: 04/03/2024.

⁷⁹ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 195.

⁸⁰ Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 16 settembre 2014, n. 24001.

⁸¹ *Ibidem.*

conflitto perché soltanto a tale istituto [...] l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»⁸².

Tale decisione rappresenta, dunque, il primo punto fermo nella tormentata questione del contratto di maternità surrogata e del limite dell'ordine pubblico⁸³.

Ma la Suprema Corte va oltre queste considerazioni, entrando nel dibattito sulla surrogazione di maternità. Precisa⁸⁴, cioè, che le “aperture”, verificatesi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si riferiscono alla surrogazione c.d. eterologa⁸⁵, in modo da salvaguardare il più possibile la genitorialità⁸⁶. Tale specifica si rende necessaria considerando che, all'atto della trascrizione del certificato di nascita nel nostro Paese, è proprio l'esistenza o meno di legami biologici fra genitori sociali e neonato a rilevare ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione. La presenza di un vincolo biologico con il padre fa prevalere sia il diritto alla vita familiare del bambino⁸⁷, sia i diritti e i doveri dei genitori contemplati dalla nostra Costituzione⁸⁸. Questi rendono prioritario il riconoscimento dello *status* di figlio naturale e la trascrizione dell'atto di nascita, redatto all'estero, nel nostro Paese.

7. Il limite dell'ordine pubblico come tecnica argomentativa di bilanciamento per dare prevalenza alla norma esterna

Due anni dopo, stimolata dalle più recenti decisioni della CEDU, la Cassazione⁸⁹ ha fornito un'altra interpretazione del limite dell'ordine pubblico,

⁸² Stefania Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 12; Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 16 settembre 2014, n. 24001.

⁸³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 196.

⁸⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 199.

⁸⁵ Si rinvia al paragrafo 3. *Il diritto a procreare attraverso la surrogazione di maternità*.

⁸⁶ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 195.

⁸⁷ Di cui all'art. 8, CEDU.

⁸⁸ Il riferimento è ai diritti connessi alla ricerca della paternità, di cui all'art. 30, Costituzione.

⁸⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 19599/2016.

condizionando la giurisprudenza di merito successiva⁹⁰. La vicenda riguarda la richiesta di trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita di un bambino, avuto da due donne, una italiana e una spagnola che, dopo essersi sposate in Spagna, nello stesso Paese sono ricorse alla fecondazione assistita. Una ha donato i propri gameti, risultando essere la madre genetica del neonato, l'altra ha condotto la gravidanza, individuandosi come madre biologica dello stesso⁹¹.

Nella lunga motivazione, la Corte teorizza una nozione di ordine pubblico di «maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, comma 1 della Costituzione» fondata «su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale [...], 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»⁹². Pertanto, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2012, il giudice Supremo di legittimità definisce l'interesse superiore del bambino come «un interesse complesso e articolato di diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno»⁹³.

Tuttavia, proprio l'ampiezza dell'interesse in tal modo definito porta a evidenziare esiti contraddittori rispetto alla giurisprudenza precedente⁹⁴. Riprendendo la sentenza n. 205/2015 della Corte costituzionale, la Corte di Cassazione afferma che l'interesse del minore, in particolari situazioni, «trascende le implicazioni meramente biologiche del rapporto con la madre e reclama una tutela efficace di tutte le esigenze connesse a un compiuto e armonico sviluppo

⁹⁰ Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 12.

⁹¹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 210.

⁹² Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 12; Cassazione civile, sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n.19599, punto 7 del *Diritto*.

⁹³ Corte costituzionale, sentenza n. 31/2012, punto 3 del *cons. in dir.*

⁹⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 210. Nella sentenza n. 24001 del 2014 il preminente interesse del minore coincide con il principio che garantisce la responsabilità genitoriale, fissato dall'art. 269 c.c., in base al quale la madre è colei che partorisce. Nella sentenza in esame, invece, tale principio viene svilito fino ad essere letto in contrapposizione con l'interesse del minore.

della personalità»⁹⁵. Quindi, ammette la possibilità di superare il principio di cui all'art. 269, c.c., per riconoscere la genitorialità della madre genetica, di cittadinanza italiana, che chiedeva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita spagnolo⁹⁶.

In realtà, l'argomentazione della Corte finisce per rilevarsi obbligata, oltre che sbrigativa. Per il particolare progetto genitoriale in esame, il riconoscimento della madre genetica non si contrappone affatto a quello della madre naturale che, al contrario, viene salvaguardato. Il riconoscimento della madre genetica non è, in definitiva, incompatibile con quanto disposto dall'art. 269, c.c.⁹⁷

8. L'ordine pubblico e l'interesse superiore del bambino

I coniugi Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, all'età rispettivamente di 48 e 60 anni, tentano l'ultima strada loro disponibile per diventare genitori: stipulano un contratto di maternità surrogata a Mosca. Dietro corrispettivo, la madre surrogata si impegna al solo accordo di "surrogazione gestazionale"⁹⁸. In conformità alla legislazione russa, alla nascita del bambino e accertata la rinuncia della donna, la genitorialità giuridica del nascituro viene riconosciuta ai coniugi Campanelli⁹⁹.

Al rientro in Italia, tuttavia, la coppia è destinataria di un'azione da parte del Pubblico ministero del Tribunale penale di Campobasso per i reati di alterazione di stato civile, falso e introduzione di minore nel territorio italiano. In conseguenza a ciò, il Ministero dell'interno ordina all'ufficio di stato civile il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita e richiede l'esame del DNA. Con grande sorpresa dei coniugi, l'esito è negativo: non vi è esistenza di legame

⁹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 205/2015, punto 4 del *cons. in dir.*

⁹⁶ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 210.

⁹⁷ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 211.

⁹⁸ Contratto che esclude ogni legame biologico fra il bambino e la madre portante.

⁹⁹ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 202.

biologico tra il bambino e il signor Campanelli. Tale dato, quindi, porta il Tribunale a chiedere l'allontanamento del piccolo dalla coppia, dichiarando lo stato di abbandono dello stesso e la sua adottabilità¹⁰⁰.

Parallelamente, accertata l'inesistenza del legame biologico, il certificato di nascita viene dichiarato «ideologicamente falso». Dunque, la Corte d'appello di Campobasso del 3 aprile 2013 giunge a negare definitivamente la trascrizione per contrarietà dell'ordine pubblico. Tale sentenza porta all'ordine di emissione di un nuovo certificato di nascita: il bambino perde la possibilità di essere affidato ai coniugi Campanelli e acquista una nuova identità¹⁰¹.

Tale conclusione, conduce la coppia a fare ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰². Essa va oltre la sua giurisprudenza precedente: riconosce, anche in assenza di legami biologici con i genitori intenzionali, il rapporto di genitorialità. Si basa, cioè, solamente sulla verifica dell'esistenza di un'effettiva vita familiare. Il giudice europeo rileva, a riguardo, come il nascituro abbia trascorso con i signori Campanelli «le prime tappe importanti della sua giovane vita»¹⁰³, accudendolo per nove mesi, di cui sei trascorsi in Italia, come se fossero stati i suoi genitori. Il bilanciamento tra interessi pubblici e interessi privati in gioco, tutti fondati sull'art. 8, CEDU, dev'essere effettuato avendo riguardo all'interesse superiore del minore. A rigore, il richiamo all'ordine pubblico non può essere «una carta bianca»¹⁰⁴ giustificatrice di ogni misura, poiché «l'obbligo di prendere in conto l'interesse superiore del bambino incombe sullo Stato, indipendentemente dalla natura dei legami di parentela, siano questi genetici o meno»¹⁰⁵. Quindi¹⁰⁶, per la CEDU, l'allontanamento dev'essere inteso come

¹⁰⁰ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 203.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² D'ora in avanti, CEDU.

¹⁰³ Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia, pr. 68.

¹⁰⁴ Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia, pr. 75.

¹⁰⁵ Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia, pr. 80.

¹⁰⁶ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 203-204.

misura estrema, tenuto conto che i coniugi erano stati ritenuti capaci di adottare e che il bambino era rimasto “senza identità” per due anni¹⁰⁷.

Gravi e serie, tuttavia, sono le problematiche connesse ad un tale “precedente” per l’ordinamento italiano. La prima argomentazione rilevante è che, per quanto possa essere presa in considerazione la buona fede dei coniugi Campanelli, l’assenza di un legame genetico ha provocato un aggiramento della normativa internazionale sull’adozione. In aggiunta, per quanto possa estendersi il concetto di “vita familiare”, questo non può arrivare a coprire anche «quelle circostanze nelle quali il legame si crei illegalmente»¹⁰⁸. La seconda questione è data dal fatto che la decisione del giudice europeo, nel riconoscere la violazione dell’art. 8, CEDU, finisce con il negare la libertà dello Stato di non ammettere gli effetti della maternità surrogata¹⁰⁹.

In conclusione, il risultato della CEDU ha portato ad una contrapposizione tra il limite dell’ordine pubblico e il principio del prevalente interesse del minore, che ha del tutto trascurato la terza via, ossia la bilanciata composizione «tra componenti interne dello stesso ordine pubblico» che, in ogni caso, non ha portato «né vincitori e né vinti»¹¹⁰.

9. La relazione oppositiva tra la verità di parto e l’interesse del minore: la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2017

Una prima occasione¹¹¹, per entrare nel merito del dibattito sulla maternità surrogata, la Corte costituzionale l’ha avuta nel 2014. Con la sentenza n. 162/2014, il Giudice delle leggi ha cancellato il divieto solo della P.m.a. eterologa,

¹⁰⁷ Le autorità italiane sono giunte solo nel 2013 a riconoscere una nuova identità al bambino.

¹⁰⁸ Giovanni Berti de Marinis, *Maternità surrogata e tutela dell’interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, p. 305.

¹⁰⁹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 205-206.

¹¹⁰ Ornella Feraci, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Revistas UC3M*, 2015, p. 436-437.

¹¹¹ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 222.

confermando il divieto di surrogazione di maternità. Evidentemente, però, tale puntualizzazione non è stata sufficiente ad arginare i tentativi giurisprudenziali volti ad arginare il divieto, in nome del superiore interesse del minore¹¹².

Un secondo e più ampio intervento risale al 2017: la sentenza n. 272/2017 rappresenta un punto cruciale di snodo per i giudici futuri. Si tratta di un caso di “turismo procreativo” dall’India, in cui una coppia eterosessuale italiana stipula un contratto commerciale di maternità surrogata. Questa, poi, trascrive regolarmente il certificato di nascita del bambino in Italia, riconoscendolo come figlio biologico¹¹³.

Il Tribunale per i minori di Milano dichiara¹¹⁴ che il nascituro non è figlio della donna che lo ha riconosciuto, per violazione dell’art. 269, co. 3¹¹⁵, c.c. e dell’art. 16, legge n. 218/1995¹¹⁶. I coniugi presentano ricorso.

La Corte di appello, riprendendo le argomentazioni del Tribunale lombardo, manifesta la critica al divieto di surrogazione, considerato «sproporzionato nella sua assolutezza»¹¹⁷. Nello specifico, il giudice di secondo grado ritiene che la non differenziazione tra pratiche di surrogazione altruistica e commerciale causi una serie di risvolti¹¹⁸ discriminatori:

1. in relazione al genere, poiché precluderebbe, alla donna incapace di condurre una gestazione, l’unica possibilità di procreazione. Al contrario, darebbe la possibilità all’uomo sterile di ricorrere alla P.m.a;

¹¹² Perdendo, quindi, per strada i principi importanti a presidio del divieto di maternità surrogata, tra cui il “*mater semper certa est*”.

¹¹³ Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 16; Francesca Angelini, *Bilanciare insieme verità del 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*, 2018, p. 151ss.

¹¹⁴ Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 16

¹¹⁵ *Codice civile*, così recita l’art. 263, comma 3: «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».

¹¹⁶ *Legge n. 218/1995*, così recita l’art. 16: «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico».

¹¹⁷ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 214.

¹¹⁸ *Ibidem*.

2. in relazione alla coppia, in quanto impedirebbe l'opportunità di creare una famiglia (ponendosi, quindi, in contrasto con gli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione);
3. in relazione al principio di uguaglianza, perché favorisce il ricorso alla surrogazione di maternità a chi ha le disponibilità economiche di recarsi all'esterno, così da aggirare la normativa interna.

La conclusione cui giunge la Corte di appello è di mancata rilevanza dell'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 nel caso in esame, con conseguente violazione della dignità della madre portante. A rigor di ciò, solleva¹¹⁹ la questione di legittimità costituzionale¹²⁰ dell'art. 263, c.c.¹²¹, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando coincida con l'interesse del minore. Nello specifico, il Giudice di secondo grado chiede al Giudice delle leggi un intervento di tipo additivo: tale scelta stabilisce un'evidente relazione oppositiva tra «verità di parto e interesse del minore»¹²².

La Corte costituzionale, quindi, si trova di fronte a un delicato percorso interpretativo che capovolge l'assioma *mater semper certa est* da principio a tutela del bambino a principio potenzialmente ostile allo stesso¹²³.

¹¹⁹ Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 17: «dall'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*».

¹²⁰ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 213: «per supposta contrarietà agli artt. 2, 3, 30, 31 e 17, comma 1 della Costituzione (per la violazione dell'art. 8, CEDU)».

¹²¹ *Codice civile*, per la parte che qui interessa, così recita l'art. 263: «il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dell'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto o da chiunque vi abbia interesse».

¹²² Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 217.

¹²³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 219.

9.1 La posizione della Corte costituzionale

Dato il complesso quadro di partenza, la Corte costituzionale prima di tutto precisa¹²⁴ i termini della questione di costituzionalità. In tal modo, dimostra di conoscere quanto la giurisprudenza degli ultimi anni sia caratterizzata da esiti discordanti: il ricorso estero ai contratti di maternità surrogata è causa di delicati problemi giuridici, come nel caso in questione¹²⁵.

La prima di queste riguarda le complesse situazioni parentali che si creano a seguito della realizzazione di una surrogazione di maternità all'estero. Esse pongono i giudici italiani di fronte a una non semplice opera di bilanciamento, al fine di consentire forme di genitorialità risolutorie la contrapposizione tra violazione della legalità e una realtà di vita familiare consolidatasi negli anni. Vi sono tre variabili in gioco che il giudice è tenuto a considerare: la verifica che uno dei genitori intenzionali sia riconosciuto come genitore biologico del nascituro, le diverse modalità di realizzazione della surrogazione e la durata del rapporto di genitorialità. A rigor di ciò, così come i giudici italiani devono rassegnarsi a valutare “caso per caso”, lo stesso deve fare la Corte costituzionale¹²⁶.

La seconda questione di rilievo riguarda il d.lgs. n. 154 del 2013 che, a decorrere da febbraio del 2014, interviene a modificare l'art. 263, c.c. Tale norma oggi prevede, in primo luogo, che l'azione di disconoscimento sia «imprescrittibile riguardo al figlio»¹²⁷. In secondo luogo, che si prescriva dopo i cinque anni dall'annotazione del riconoscimento, tanto per la madre quanto per il padre¹²⁸.

È anche sulla base di tali puntualizzazioni che il Giudice delle leggi adotta una sentenza interpretativa di rigetto, dimostrando la funzione esegetica della propria decisione nel fornire tre punti di riferimento per giudici futuri.

¹²⁴ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 220.

¹²⁵ Il riferimento è al riconoscimento della legittimità del rapporto di genitorialità sociale.

¹²⁶ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 221.

¹²⁷ *Codice civile*, art. 263, comma 2.

¹²⁸ *Codice civile*, art. 263, comma 4.

1. Il primo criterio ermeneutico a disposizione del giudice è la prevalenza dell'interesse del minore. Egli dovrà, nello specifico, valutare «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore»¹²⁹.
2. Il secondo criterio interpretativo riguarda la valutazione da parte del giudice a che l'azione ex art. 263, c.c. sia davvero idonea a realizzare l'interesse del minore¹³⁰.
3. Il terzo ed ultimo criterio consiste nel verificare se «l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»¹³¹.

Pertanto, il Giudice delle leggi non solo ha riconosciuto pienamente il principio della verità del parto nei casi di maternità surrogata, ma ne ha procurato una lettura che ne esclude a priori una contrapposizione con l'interesse del minore. Quest'ultimo non deve né prevalere e né retrocedere dinnanzi ad altri principi o valori in gioco. Al contrario, dovrà essere tutelato scegliendo altre strade o istituti che difendano parimenti il principio *mater semper certa est*¹³².

È, dunque, affidato al giudice l'arduo compito di effettuare il bilanciamento: ciò non può ridurre la condizione della nascita alla «rigida alternativa vero o falso»¹³³. La Corte individua delle variabili concrete che assumono rilievo nella valutazione del giudice¹³⁴.

In primo luogo, il riferimento è alla «durata del rapporto instauratosi col minore» e, quindi, alla «condizione identitaria già da esso acquisita». Si richiama

¹²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 127/2017.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 17.

¹³³ Francesca Angelini, op.sub.cit., p. 225.

¹³⁴ Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 17-18.

un profilo cui anche la CEDU aveva dato specifico rilievo nelle decisioni rese nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia, seppur con esiti diametralmente opposti¹³⁵.

In secondo luogo, la Corte rileva come il giudice debba soppesare anche le «le modalità di concepimento e della gestazione». Si rende necessario, cioè, procedere con una valutazione che attiene non solo alle modalità di concepimento, quanto alle modalità con cui viene condotta la stessa gestazione¹³⁶.

Infine, il Giudice costituzionale richiama «l'esistenza di strumenti legali» che permettono «la costituzione di un legame giuridico con il genitore contestato che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore un'adeguata tutela»¹³⁷. L'istituto dell'adozione in casi particolari, da un lato, fornisce una tutela del nato adeguata, escludendo ripercussioni negative anche e soprattutto su di lui. Dall'altro lato, impedisce che si giunga a legittimare il ricorso alla pratica che resta, in ogni caso, penalmente sanzionata¹³⁸.

Se è vero che il divieto generale di surrogazione non deve impedire che l'interesse del nascituro sia tutelato, lo è altrettanto che la circostanza per cui molti minori nascano in violazione del divieto non deve costituire di per sé un valido motivo per metterlo in discussione¹³⁹.

In conclusione, con la sentenza in esame, il Giudice costituzionale ritiene che, quando si osserva l'istituto della maternità surrogata *ex post*, la regola che il giudice deve applicare deve «tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso». Al contrario, si rende sempre necessario il bilanciamento che, nel suo «orientamento *ad plura*, è l'antitesi del volontarismo, incentrato sulla *reductio ad unum*»¹⁴⁰.

¹³⁵ Benedetta Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, 2019, p. 213.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 127/2017.

¹³⁸ Benedetta Liberali, *op.sub.cit.*, p. 214.

¹³⁹ Francesca Angelini, *op.sub.cit.*, p. 225.

¹⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 127/2017.

9.2 Osservare il divieto di maternità surrogata da una prospettiva costituzionale

Nella sentenza n. 127/2017, la Corte costituzionale ha espressamente chiarito il disvalore per la surrogazione di maternità come pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁴¹. E, proprio qui, risiede la chiave interpretativa per leggere *ex post* il divieto posto dall'art. 12, co. 6, legge n. 40/2004.

In primo luogo, il Giudice delle leggi intende riferirsi tanto alla maternità surrogata commerciale quanto a quella solidaristica. Al contrario della giurisprudenza precedente, quella che applica il divieto *ex post* non tiene conto dei limiti al diritto di autodeterminazione ex artt. 13 e 32 della Costituzione. Nel nostro ordinamento, invero, non può essere considerata lecita qualsiasi disposizione del proprio corpo in virtù dell'autonomia individuale, senza che divieti in merito siano considerati espressione di paternalismo. Diversamente, il diritto della gestante a non essere oggetto di pretese altrui troverebbe espressamente riconoscimento costituzionale negli artt. 2, 3 e 32¹⁴².

In secondo luogo, con l'inciso «mina nel profondo le relazioni umane», il Giudice costituzionale chiarisce che non solo la madre biologica è titolare dei beni offesi dalla maternità surrogata, ma anche l'intera collettività. Questa risulterebbe compromessa da tale nuova tecnica di “formazione” delle famiglie.

In terzo ed ultimo luogo, la Corte ha voluto sottolineare che, diversamente da altre ipotesi giurisprudenziali, nella surrogazione di maternità ci si trova di fronte alla precisa scelta di vietare, senza eccezioni, tale pratica. Tuttavia, non è chiaro se il divieto posto dall'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 abbia valenza transnazionale, colpendo anche le pratiche effettuate legittimamente all'estero. Nel dubbio, i giudici si sono orientati nel senso di non punire i genitori intenzionali,

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Stefania Cecchini, op.sub.cit., p. 19.

creando una disparità di trattamento nei confronti dei cittadini che violino lo stesso divieto in Italia.

10. Il legame tra il minore e la coppia intenzionale: la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021

La vicenda¹⁴³ riguarda una coppia omosessuale italiana che, sposatasi in Canada, decide di stipulare lì un accordo di maternità surrogata. Nell'utero di una donna è stato, così, impiantato un embrione, formato dai gameti di una donatrice anonima e di uno dei due uomini. Una volta nato il bambino, nel 2015, questo è stato consegnato ai due coniugi.

Nell'atto di nascita canadese, tuttavia, è stato indicato solo il padre biologico del minore: non sono stati menzionati la madre surrogata né il compagno e né la donatrice dell'ovocita. Il padre biologico e quello intenzionale hanno, quindi, proposto ricorso alla Corte Suprema della British Columbia. Accolto il ricorso, nel 2017 i due uomini vengono riconosciuti entrambi come genitori e, una volta tornati in Italia, chiedono il riconoscimento del provvedimento canadese.

In seguito al rifiuto oppostovi a tale richiesta, i coniugi chiedono alla Corte d'appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218/1995. Nel 2018, la Corte accoglie il ricorso e riconosce l'efficacia in Italia del provvedimento. Tuttavia, l'Avvocatura dello Stato propone ricorso per Cassazione, nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune dove era stato trascritto l'originario atto di nascita¹⁴⁴.

La Corte di Cassazione solleva la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto¹⁴⁵ delle norme che non consentono il riconoscimento e l'esecutività del provvedimento straniero. In particolare, è discusso il

¹⁴³ www.cortecostituzionale.it sentenza n. 33/2021, ultimo accesso 15/04/2024.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Il riferimento è all'art. 12, comma 6, legge 40/2004, all'art. 64, comma 1, lett. g) delle norme di diritto internazionale privato e all'art. 12 del regolamento sullo stato civile.

riconoscimento giuridico del legame del bambino con il genitore non biologico (o genitore intenzionale), che condivide il progetto di surrogazione senza aver dato il proprio apporto genetico¹⁴⁶.

La questione di costituzionalità si è resa necessaria poiché sul punto si erano già pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2019¹⁴⁷. La prima sezione della Corte, investita del ricorso, riteneva, tuttavia, che la posizione delle Sezioni Unite del 2019 sarebbe stata in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117¹⁴⁸ della Costituzione, dando luogo a un diritto vivente contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo¹⁴⁹.

Nella sentenza n. 33/2021, la Consulta prioritariamente ribadisce la posizione già assunta nella precedente pronuncia (sentenza n. 272/2017¹⁵⁰): «la maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Gli accordi con la donna prestatrice di utero, inoltre, comporterebbero il rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne economicamente bisognose o in condizioni sociali disagiate: queste verrebbero indotte ad accettare la gravidanza solo per motivi di bisogno¹⁵¹.

Dopo quanto premesso, viene affrontato e introdotto un importante principio di tutela del minore. Secondo la Corte non vi è dubbio che l'interesse del bambino sia quello di veder riconosciuto giuridicamente il legame con entrambi i componenti della coppia. In gioco c'è la tutela dell'identità del bambino, che sin dalla nascita è stato accudito in un determinato ambiente familiare. Non si tratta di

¹⁴⁶ www.altalex.com, ultimo accesso 16/04/2024.

¹⁴⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 12193/2019 della Corte di cassazione: le Sezioni Unite avevano escluso il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero con cui sia stato dichiarato il rapporto di filiazione tra il bambino nato con maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Il riconoscimento sarebbe contrario a ragioni di ordine pubblico, posto che l'ordinamento italiano punisce penalmente la pratica della surrogazione di maternità; v. Benedetta Liberali, op.sub.cit., p. 208e ss.

¹⁴⁸ *Corte costituzionale*, così recita l'art. 117: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹⁴⁹ www.cortecostituzionale.it sentenza n. 33/2021, ultimo accesso 16/04/2024.

¹⁵⁰ Vedi paragrafi 10, 11 e 12.

¹⁵¹ www.altalex.com, ultimo accesso 16/04/2024.

un “diritto alla genitorialità”, ma di «affermare il dovere della coppia all’esercizio delle responsabilità genitoriali nei confronti del minore»¹⁵².

La Corte costituzionale esclude che l’unica strada per soddisfare l’interesse sopra affermato sia costituita dal riconoscimento della sentenza straniera di filiazione. Nella motivazione si legge che anche l’interesse superiore del minore, come tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, si trova «in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]; se così non fosse si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei contorni delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute»¹⁵³.

Bilanciando, dunque, gli interessi in gioco, la Consulta afferma che la tutela del bambino può essere realizzata anche attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere¹⁵⁴.

Or bene, la Corte esamina la questione: la procedura di adozione in caso particolari¹⁵⁵ costituisce la “tutela sufficiente” richiesta dai parametri sopra delineati? La posizione assunta è negativa: essa non attribuisce la genitorialità all’adottante ed appare dubbio che sia in grado di costituire vincoli di parentela con nonni, zii, fratelli o sorelle. Un altro limite è rappresentato dall’assenso del genitore biologico, col rischio che non venga presentato in caso di crisi della coppia¹⁵⁶.

In conclusione, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, invita il legislatore a disciplinare un procedimento di adozione idoneo a realizzare l’interesse del minore nato all’estero, da maternità surrogata, al legame di filiazione con il genitore biologico¹⁵⁷.

¹⁵² www.cortecostituzionale.it sentenza n. 33/2021, ultimo accesso 16/04/2024.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ www.altalex.com , ultimo accesso 16/04/2024. Sul punto anche la CEDU: ha stabilito che, nella discrezionalità dei legislatori nazionali, costituisce tutela sufficiente per l’interesse del minore quella in grado di stabilire un legame di vera e propria filiazione, con modalità che garantiscano l’effettività e la celerità della sua messa in opera.

¹⁵⁵ Prevista dall’ordinamento italiano all’art. 44, comma 1, lett. d) della legge 184/83.

¹⁵⁶ www.altalex.com , ultimo accesso 16/04/2024

¹⁵⁷ www.cortecostituzionale.it sentenza n. 33/2021, ultimo accesso 16/04/2024.

CAPITOLO II

Uno sguardo comparato: la situazione in Spagna

1. Il diritto alla procreazione naturale e artificiale

L'idea dei “*derechos reproductivos*” si è consolidata a livello universale a partire dalla Conferenza Internazionale delle Nazioni Unite sulla popolazione e sviluppo¹⁵⁸ e la Quarta Conferenza Mondiale della donna¹⁵⁹. In particolare, il programma della prima definisce la salute riproduttiva come «uno stato generale di benessere fisico, mentale e sociale, non solo come l'assenza di malattie o infertilità, in tutti i suoi aspetti correlati al sistema riproduttivo e alle sue funzioni»¹⁶⁰.

Questa definizione – va precisato – non limita la sua portata riferendosi a un'appropriata procreazione responsabile o alla prevenzione da malattie sessualmente trasmissibili, bensì allude anche ai metodi, tecniche e servizi che contribuiscono alla salute riproduttiva, includendo anche le tecnologie progettate per trattare l'infertilità e per consentire alle coppie sterili di avere figli¹⁶¹.

¹⁵⁸ Svoltasi al Cairo (Egitto), nel 1994: 179 paesi hanno affermato che sviluppo e popolazione sono strettamente collegati, e che l'*empowerment* delle donne così come una risposta effettiva ai bisogni di istruzione e salute, ivi compresa la salute riproduttiva, sono strumenti fondamentali per il miglioramento delle condizioni di vita individuali e per uno sviluppo equo e sostenibile. Promuovere la parità tra donne e uomini, eliminare la violenza contro le donne e consentire loro di avere il controllo delle risorse e partecipare direttamente alle decisioni che riguardano la propria vita, a partire dalla scelta di quanti figli avere e quando, sono elementi essenziali delle politiche per la popolazione e lo sviluppo.

¹⁵⁹ Quarta ed ultima Conferenza mondiale delle donne, svoltasi a Pechino nel 1995: nella Dichiarazione finale venne espresso l'impegno dei governi a “far progredire gli obiettivi di uguaglianza, sviluppo e pace per tutte le donne, in qualsiasi luogo e nell'interesse dell'intera umanità”, ascoltando “la voce delle donne di tutto il mondo” nel rispetto delle diversità reciproche.

¹⁶⁰ Programma di Azione della Conferenza Internazionale sulla popolazione e lo sviluppo, al Cairo, 1994, par. 7.2.

¹⁶¹ Eleonora Lamm, *Gestación por substitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcellona, 2013, p. 230.

In questo modo, il diritto alla procreazione è stato inteso come il diritto di una coppia o di un individuo a riprodursi, non solo in forma naturale bensì anche mediante le nuove tecnologie riproduttive¹⁶².

Esiste, poi, una corrente dottrinale sostenitrice dell'esistenza di un vero e proprio diritto a procreare con fondamento costituzionale. Tale diritto troverebbe la propria base nella libertà, intesa come valore superiore dell'ordinamento giuridico spagnolo, così come sancito dall'art. 10, comma 1 della Costituzione spagnola¹⁶³. Pertanto, il diritto alla procreazione, come diritto fondamentale, è un diritto che possiede la persona per il fatto stesso di essere una persona, per la sua natura e dignità. Si tratta di un diritto di cui la persona gode senza la necessità di una concessione (di solidarietà) politica¹⁶⁴.

In altre parole, oggi si può parlare di un diritto a procreare tanto naturale quanto artificiale, attraverso le tecniche di riproduzione assistita. L'aspirazione di ogni essere umano a diventare genitore e l'evoluzione tecnologica che ha raffinato queste procedure hanno portato a tutelare – nonostante l'assenza di una norma che lo riconosca espressamente – l'esistenza di tale diritto e delle sue manifestazioni. Si tratta, quindi, di «promuovere un quadro giuridico che privilegi l'esercizio dei diritti riproduttivi, che rispetti e promuova il diritto delle persone alla maternità o paternità libere [...] per essere l'esempio di normative di una società democratica, pluralista, inclusiva e diversificata»¹⁶⁵.

¹⁶² Ciò è stato confermato anche dalla Corte dei Diritti umani (caso *Artavia Murilla y otros c. Costa Rica*, novembre 2012); dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Evans Vs. Reino Unido*, aprile 2007, caso *Dickson Vs. Reino Unido*, dicembre 2007 e caso *S.H. y otros Vs. Austria*, novembre 2011); dal Comitato dei diritti umani, per cui la possibilità di procreare è parte del diritto a fondare una famiglia.

¹⁶³ *Costituzione spagnola*, così recita l'art. 10: «la dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connotati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. Le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, s'interpretano in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna.»

¹⁶⁴ Eleonora Lamm, op.sub.cit., p. 232.

¹⁶⁵ Eduardo Zannoni, *La genética actual y el derecho de familia*. Comunicazione presentata al Congresso ispano-americano del diritto di famiglia, svoltasi in Càceres tra il 16 e il 20 ottobre 1987, *Revista Tapia*, numero monografico de Derecho de familia, numero II, 1987, p.54.

2. La tutela della dignità e della salute della gestante

I beni costituzionalmente tutelati in gioco nella surrogazione di maternità sono, prima di tutto, la dignità e la libertà della gestante. Entrambi sono sanciti da testi internazionali¹⁶⁶, a livello sovranazionale¹⁶⁷ e dalla Costituzione spagnola. In particolare, in questo terzo caso il riferimento è all'art. 1, comma 1 e all'art. 10, comma 1, i quali proclamano i valori e i fondamenti essenziali dell'ordinamento¹⁶⁸.

L'articolo 10, comma 1 della Costituzione spagnola dichiara la dignità della persona come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. Si tratta di un concetto complesso, per cui è utile richiamare la definizione fornita dal Tribunale costituzionale¹⁶⁹: «la dignità è un valore spirituale e morale inerente alla persona» che si proietta sui diritti individuali e, conseguentemente, deve «rimanere inalterata, in qualunque situazione si trovi la persona, costituendo un minimum inviolabile»¹⁷⁰.

Da tale concezione, Alegre Martínez rileva tre caratteri tipici della dignità della persona, costituzionalmente garantita:

1. in primo luogo, è la base costitutiva degli altri diritti inviolabili della persona, il che significa che la dignità personale prevarrà sempre sugli altri diritti;
2. in secondo luogo, la dignità funziona come un fine, sia di riconoscimento dei diritti che di garanzia di esercizio degli stessi;

¹⁶⁶ Il riferimento è alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (1948) o al Patto internazionale dei Diritti civili e Politici (1966).

¹⁶⁷ Il riferimento è all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea.

¹⁶⁸ Sara Alemán Merlo, *Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico acerca de su regulación a raíz de la sts 277/2022, de 31 de marzo*, Revista de Derecho Político, 2023, p. 237.

¹⁶⁹ Interprete supremo della Costituzione spagnola.

¹⁷⁰ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 238.

3. infine, e come conseguenze degli altri caratteri, la dignità diventa un limite, nella misura in cui l'esistenza dei diritti trae causa dal rispetto della dignità personale¹⁷¹.

L'articolo 1, comma 1 della Costituzione spagnola consacra la libertà come valore superiore dell'ordinamento giuridico, che deve essere utilizzato come parametro di interpretazione di tutte le norme che lo compongono. La libertà è intesa come libertà di azione: ciascun individuo è libero e non obbligato da alcun impulso esterno. Tuttavia, tale libertà non è illimitata: essa può essere ridimensionata dall'esigenza di rispettare altri diritti in modo ponderato, secondo quanto previsto dal quadro costituzionale¹⁷².

Avendo presentato questi due beni costituzionali, occorre ora chiedersi: la libera decisione di portare avanti una gravidanza per altri può o non può annullare la considerazione per cui questo processo implica un attentato alla dignità personale? Buona parte della dottrina e della giurisprudenza propendono per una posizione negativa: la surrogazione di maternità degrada l'essere umano alla condizione di mero oggetto. Pertanto, anche se la gestante si presta volontariamente – e anche altruisticamente – alla surrogazione di maternità, sarà ridotta a svolgere un ruolo strumentale: la sua funzione riproduttiva verrebbe utilizzata solo per raggiungere uno scopo. È lo stesso Tribunale costituzionale ad affermare che tanto la gestante quanto il minore nato da maternità surrogata sono trattati come «meri oggetti e non come persone dotate di dignità propria della loro condizione di essere umani»¹⁷³.

Inoltre, se la surrogazione di maternità diventasse un'opzione lavorativa per le donne, ossia un mezzo di sopravvivenza per raggiungere una stabilità economica, non si potrebbe parlare di un esercizio di autodeterminazione. Finché le donne offriranno il proprio corpo e il proprio utero saranno soltanto oggetto di mercificazione¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 239.

¹⁷³ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 240.

¹⁷⁴ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 241.

Il Tribunale costituzionale intende la dignità come una manifestazione di «autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita, che porta con sé la propensione al rispetto da parte degli altri». Ciò si traduce nella libertà della donna di prendere decisioni relative alla propria vita, al proprio corpo e alla propria riproduzione. Dobbiamo, allora, concludere che di fronte a un consenso libero, autentico e informato della gestante non sussista un attacco alla dignità personale?

In primo luogo, occorre sottolineare che il consenso della gestante e dei committenti non è simmetrico. Il primo mette a rischio alcuni propri diritti fondamentali, principalmente, il diritto all'integrità fisica e psichica nonché all'autodeterminazione)¹⁷⁵.

In secondo luogo, va segnalato il divario tra la prestazione del consenso e l'impossibilità di revocarlo una volta iniziata la gravidanza.

Pertanto, può rilevarsi che l'elemento caratterizzante la maternità surrogata – sia essa commerciale, sia essa altruistica – riguarda il consenso della gestante, permanente e irrevocabile: è ritenuto indiscutibilmente irrevocabile poiché limita sproporzionalmente il rispetto al libero sviluppo della personalità e della dignità umana della gestante. In definitiva, il contratto di maternità surrogata, in tutte le sue forme, risulta, quindi, incompatibile con il rispetto costituzionale della dignità e degli altri diritti fondamentali della gestante¹⁷⁶.

3. La procreazione attraverso la maternità surrogata

La *gestación subrogada*¹⁷⁷ come alternativa riproduttiva è una pratica profondamente controversa a diversi livelli, soprattutto da una prospettiva giuridica. Attualmente, nell'ordinamento giuridico spagnolo la maternità surrogata

¹⁷⁵ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 242.

¹⁷⁶ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 243.

¹⁷⁷ Corrispondente all'italiano “maternità surrogata”.

è vietata ma ciò non ha permesso di affrontare le problematiche legate alla transnazionalità di tale pratica.

Quello che è certo è che molti spagnoli si recano nei Paesi stranieri in cui è permessa la surrogazione per accedere a tale metodo, per poi ritornare in Spagna e pretendere l'iscrizione a registro della filiazione del nascituro. Una delle gravi controversie dottrinali in Spagna riguarda proprio la compatibilità di questo negozio giuridico con il quadro costituzionale spagnolo¹⁷⁸.

Esistono centinaia di definizioni di maternità surrogata, ma nessuna è accettata all'unanimità in quanto può risultare poco concreta e/o incompleta, a seconda degli elementi che comprende. Tuttavia, buona parte della dottrina ha aderito all'utilizzo della definizione fornita dalla *Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia*, del 23 novembre 2011, ritenendola estremamente completa. Essa ha definito la maternità surrogata come «un contratto, oneroso o gratuito, attraverso il quale una donna acconsente di portare a termine una gravidanza, mediante le tecniche di riproduzione assistita, apportando eventualmente anche il suo ovulo, con il compromesso di lasciare il figlio ai committenti [...]»¹⁷⁹.

Tale definizione rileva i tre elementi essenziali della pratica in questione:

11. il requisito per cui la gestante e i genitori intenzionali firmano un contratto;
12. in tale accordo la gestante si impegna a portare avanti la gravidanza per conto dei genitori committenti;
13. questo accordo può essere di carattere sia oneroso che gratuito.

¹⁷⁸ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 227 e 228.

¹⁷⁹ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 229.

4. Il quadro normativo della procreazione assistita in Spagna

La Costituzione spagnola del 1978 non sancisce esplicitamente un diritto alla procreazione medicalmente assistita¹⁸⁰. Al contrario, esso è garantito in via legislativa, salvaguardandosi il diritto a formare la propria famiglia, scegliendone il modello in modo «libero e responsabile»¹⁸¹.

Le prime leggi in materia risalgono agli anni Ottanta. Il riferimento è alla legge n. 35/1988 del 22 novembre, sulle tecniche di riproduzione assistita¹⁸² e alla legge n. 42/1988, del 28 dicembre, sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani, nonché delle loro cellule, tessuti e organi.

La *legge n. 35/1988* garantiva l'accesso alle tecniche di PMA, inclusa la procreazione eterologa, con donazioni di gameti maschili e femminili, da parte di donne coniugate, in una relazione di fatto oppure *singles*. Rendeva possibile, inoltre, la fecondazione *post mortem*. Non era richiesto il requisito della sterilità o dell'infertilità né era prevista un'età massima per potervi ricorrere né tantomeno un periodo minimo di convivenza per le coppie di fatto¹⁸³.

Tale intervento legislativo era stato criticato come illegittimo, sia dalla Chiesa cattolica che dal movimento femminista: ritenevano la legge contraria agli istituti del matrimonio e della famiglia. Il Tribunale costituzionale fece salva la maggior parte dei reclami ma confermò la legittimità della fecondazione eterologa e mantenne la scelta dell'anonimato dei donatori. Invero, nonostante le posizioni contrarie, è fattuale che la fecondazione eterologa sia socialmente accettata. A onor

¹⁸⁰ D'ora in avanti, PMA.

¹⁸¹ Myriam Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in Carlo Casonato, Tommaso E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37-39.

¹⁸² In attuazione della legge sulla procreazione assistita sono stati approvati: il *regio decreto n. 412/1996*, del 1° marzo – ancora in vigore –, che ha stabilito i protocolli di studio dei donatori di gameti e degli utenti delle tecniche di riproduzione assistita e che ha regolato la creazione del Registro nazionale di donatori di gameti e pre-embriani a fini di procreazione umana; il *regio decreto n. 413/1996*, del 1° marzo – ancora in vigore –, che ha posto i requisiti tecnici e funzionali per l'autorizzazione e l'omologazione dei centri e dei servizi sanitari incaricati di realizzare le tecniche di procreazione umana assistita; il *regio decreto n. 415/1997*, del 27 marzo – oggi abrogato –, con il quale si è istituita la Commissione nazionale sulla riproduzione umana assistita.

¹⁸³ Carmen Guerrero Picò, Spagna, p. 69, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

del vero, le modifiche intervenute sulla legge non sono mai state volte a limitare il ricorso alla tecnica procreativa¹⁸⁴. Il riferimento è:

- alla *legge n. 45/2003*, del 21 novembre, che ha limitato il numero degli embrioni da creare ed impiantare nella donna e ha ridotto il numero di embrioni soprannumerari, chiarendone il destino;
- al *regio decreto n. 120/2003*, del 31 gennaio, in base al quale si sono stabiliti i requisiti per la realizzazione di pratiche controllate, a fini riproduttivi, di fecondazione di ovociti o di tessuto ovarico precedentemente congelati;
- al *regio decreto n. 1720/2004*, del 23 luglio, in base al quale si sono stabilite le tipologie fisiopatologiche che permettevano il superamento dei limiti generali stabili per la fecondazione di ovociti nei processi di riproduzione assistita;
- al *regio decreto n. 2132/2004*, del 29 ottobre, che ha disciplinato i requisiti e le procedure per richiedere lo sviluppo di progetti di ricerca con cellule staminali ottenute da pre-embriani soprannumerari.

La legge attualmente in vigore è la *legge n. 14/2006*, del 26 maggio, sulle tecniche di riproduzione umana assistita¹⁸⁵, completata per certi aspetti dalla *legge n. 14/2007*, del 3 luglio, in materia di ricerca biomedica.

La legge sulla PMA è stata modificata, in primo luogo, dalla *legge n. 3/2007*, del 15 marzo, che disciplina la rettificazione nei registri della menzione relativa al sesso delle persone. Essa ha, inoltre, permesso l'iscrizione all'anagrafe della doppia filiazione materna di un figlio nato a seguito di tecniche di PMA¹⁸⁶. In secondo luogo, dalla *legge n. 26/2011*, del 1° agosto, di adeguamento normativo alla Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, che ha novellato le norme concernenti le informazioni da fornire alle persone disabili coinvolte affinché queste siano accessibili e comprensibili¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 70.

¹⁸⁵ D'ora in avanti, legge PMA.

¹⁸⁶ Vedi art. 7, comma 3, legge n. 3/2007.

¹⁸⁷ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 70.

In ultimo, con il regio decreto n. 42/2010, del 15 gennaio, è stata ridisegnata la struttura della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, allo scopo di dotarla di maggiore agilità ed efficacia nell'esercizio delle sue competenze¹⁸⁸.

5. Focus: l'articolo 10 della legge n. 14/2006 sulle tecniche di PMA

I contratti di *gestaciòn por substituciòn* (ossia, di maternità surrogata) sono nulli. L'art. 10 della legge 14/2006 del 26 maggio sulla tecniche di PMA così recita¹⁸⁹:

1. È nullo in modo assoluto il contratto con il quale si conviene la gravidanza, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione in favore del contraente o di un terzo.
2. La filiazione dei figli nati per gravidanza surrogata sarà determinata in base al parto.
3. Si fa salva la possibile azione di reclamo di paternità nei confronti del padre biologico, conformemente alle regole generali.

Al primo comma la legge sancisce il principio di nullità assoluta dei contratti di maternità surrogata, siano essi commerciali o solidaristici. Da essi non ne deriva alcun vincolo, né diritto e né dovere¹⁹⁰. La gestante non ha alcun obbligo di consegna del nascituro dopo il parto né di indennizzare il committente in caso di inadempimento, anche se ha ricevuto una somma in forza dell'accordo. In tal senso, quindi, appare evidente che la norma

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 79.

¹⁹⁰ Montées Penadés, *La reproducciòn humana asistitda en la experiencia jurídica española*, Rivista Jurídica de la Comunidad Valenciana, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5-22.

assuma una posizione contraria alla surrogazione di maternità: attraverso la nullità, il legislatore cerca di evitare la stipula di tali accordi¹⁹¹.

Il secondo comma si riferisce all'ipotesi in cui, nonostante la previsione di nullità di cui al comma primo, venga ugualmente concluso un contratto di maternità surrogata. In tal caso, siccome l'operazione non può essere annullata, la legge determina che la filiazione del nato spetta alla madre biologica: *mater semper certa est*¹⁹².

Al terzo comma, tuttavia, viene fatta salva l'azione di reclamo della paternità nei confronti del padre biologico. L'obiettivo è quello di non privare i bambini senza una filiazione biologica accertata. Tale accertamento non è, però, immediato né automatico: occorre ricorrere agli ordinari mezzi¹⁹³ regolati dalla legge spagnola¹⁹⁴.

Non esiste una fattispecie penale che punisca come delitto la maternità surrogata¹⁹⁵. Stipulare un contratto di gestazione per altri darà luogo alla commissione di uno di tre reati previsti dal Codice penale spagnolo: sostituzione del parto¹⁹⁶, occultazione o consegna del bambino¹⁹⁷ oppure la compravendita del minore¹⁹⁸. In ogni caso, è considerata un'infrazione molto grave e può essere penalizzata con una multa compresa tra e i 10.000 e i 1.000.000 euro così come con la chiusura o sospensione dei centri in cui si svolgono tali tecniche di riproduzione umana assistita.

La legge spagnola si limita a dichiarare la nullità del contratto ma non fornisce alcuna indicazione riguardante gli intermediari né la loro responsabilità.

¹⁹¹ Eleonora Lamm, op.sub.cit., p. 72.

¹⁹² Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 79.

¹⁹³ Il riferimento è alle azioni generali per l'accertamento legale della filiazione, regolate dagli artt. 764 e seguenti dal Codice di procedura civile spagnolo (c.d. LEC).

¹⁹⁴ Eleonora Lamm, op.sub.cit., p. 72.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Il riferimento è all'art. 220, Codice penale spagnolo: si configura tale reato quando la madre committente si attribuisce il figlio che, legalmente, è della madre gestante.

¹⁹⁷ Il riferimento è all'art. 220, Codice penale spagnolo: si configura tale reato quando la madre gestante consegna il figlio alla madre committente.

¹⁹⁸ Il riferimento è all'art. 221, Codice penale spagnolo: si configura tale reato quando la madre committente versa un corrispettivo in denaro alla madre gestante.

Si ricava, quindi, che la scelta legislativa consiste nel privare il contratto degli effetti giuridici e stabilire una relazione di filiazione nel rispetto della madre gestante, indipendentemente da che l'ovulo o l'embrione siano suoi o meno.

In conclusione, qualora venisse stipulato un contratto di gestazione per altri, esistono due meccanismi per impedire che si compiano gli obiettivi perseguiti dai contraenti. In primo luogo, il contratto è giuridicamente nullo e, come tale, non può essere fatto valere in tribunale; in secondo luogo, anche in caso di adempimento volontario, la filiazione materna sarà determinata dopo il parto. Ciò significa che anche se i test genetici possono dimostrare una relazione genetica con la madre che ha fornito gli ovuli, questo non avrà significato giuridico¹⁹⁹.

6. La prima giurisprudenza successiva alla legge n. 14/2006

Basandosi sul divieto di cui all'art. 10 della legge n. 14 del 2006, l'incaricato del Registro civile di Los Angeles-California, nel 2008, respinge la richiesta, da parte di due uomini spagnoli sposati, d'iscrizione di due gemelli nati da maternità surrogata. La coppia propone ricorso alla Direzione Generale dei Registri e del Notariato²⁰⁰, che accoglie la loro istanza²⁰¹.

Trattandosi di un caso d'iscrizione attraverso la presentazione di una certificazione straniera, la DGRN ritiene applicabile l'art. 81 del regolamento del Registro civile²⁰². In ipotesi come questa, dunque, il controllo di legalità dei certificati stranieri registrati deve comprendere la verifica che si tratti di un documento pubblico, autorizzato ed emanato da un'autorità straniera con funzioni equivalenti alle autorità omologhe spagnole.

¹⁹⁹ Eleonora Lamm, op.sub.cit., p. 73 e 74.

²⁰⁰ D'ora in avanti, DGRN: massimo organo spagnolo in materia di Registri civili.

²⁰¹ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 80.

²⁰² Secondo il quale «il documento autentico, sia in originale che in copia, sia esso giudiziario, amministrativo o notarile, è titolo per iscrivere il fatto del quale dà fede. Lo è anche il documento autentico straniero, dotato di fede in Spagna in base alle leggi o ai trattati internazionali».

Nella fattispecie, in primo luogo, la DGRN ammette che la certificazione californiana integra i requisiti formali per l'iscrizione. In secondo luogo, che l'iscrizione non produce effetti contrari all'ordine pubblico internazionale spagnolo: non viola la struttura basilare e fondamentale della società spagnola, avendo la Spagna ammesso la filiazione a beneficio di due uomini nei casi di adozione²⁰³. Puntualizza, altresì, che il non permettere questa sarebbe discriminatorio e dichiara «inapplicabile l'art. 10 della legge 14/2006²⁰⁴»²⁰⁵.

La *resolución* della DGRN è oggetto di ricorso da parte del Pubblico ministero, la cui istanza viene accolta con la sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010.

Il Tribunale, al contrario della DGRN, ritiene applicabile l'art. 23 della legge sul Registro civile²⁰⁶. È in tale contesto – e non nel generico ed astratto riferimento all'ordine pubblico internazionale spagnolo – che deve esaminarsi se sia o meno applicabile la legge n. 14 del 2006²⁰⁷.

In aggiunta, il Tribunale disattende il resto della motivazione della DGRN²⁰⁸:

- a) il sillogismo²⁰⁹ formulato dalla DGRN viene smentito: «giacché i figli naturali non possono avere due genitori maschi naturali, per la semplice ragione che gli uomini non possono, allo stato attuale della scienza, concepire né dare alla luce»²¹⁰;
- b) l'impossibilità dell'iscrizione non nasce dal fatto che i richiedenti sono maschi ma dalla circostanza che i bambini sono nati come conseguenza di

²⁰³ E permettendo altresì la filiazione a beneficio di due donne.

²⁰⁴ «Dato che l'addetto del registro non sta procedendo a determinare una filiazione ma quello che determina è se una filiazione già determinata possa accedere al Registro».

²⁰⁵ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 80.

²⁰⁶ Autorizza l'iscrizione nel Registro civile spagnolo di una certificazione emanata da un registro straniero «purché non ci sia dubbio della realtà del fatto iscritto e della sua legalità in conformità della legge spagnola», secondo quanto era stato sottolineato in precedenza in altre decisioni della stessa DGRN.

²⁰⁷ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 81.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Se i figli adottati possono avere due genitori maschi e la legge non distingue tra figli adottati e figli naturali, i figli naturali devono poter avere due genitori maschi naturali.

²¹⁰ Primera Instancia n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010.

un contratto di maternità surrogata. Tale conseguenza giuridica sarebbe applicabile nello stesso caso di una coppia di uomini, di donne, a singles di entrambi i sessi o a una coppia eterosessuale;

- c) è vero che l'interesse superiore del minore consiglia l'iscrizione perché, in caso contrario, i minori potrebbero rimanere privi di filiazione iscritta nel Registro civile e i minorenni hanno diritto ad un'identità unica. Tuttavia, il conseguimento del fine indicato non legittima applicazioni contrarie all'ordinamento giuridico: il risultato deve ottenersi attraverso le modalità che il diritto spagnolo precisa²¹¹.

6.1 La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio del 2014 n. 15

I genitori dei gemelli nati in California da maternità surrogata presentano ricorso in appello contro la sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010. Questo viene respinto, così come quello promosso, successivamente, in Cassazione. Con sentenza del 6 febbraio, la sala civile del Tribunale supremo ha *escluso* che possa risultare la filiazione dei due uomini nel Registro civile, come preteso dai ricorrenti²¹².

Il perno della decisione è il riconoscimento di decisioni straniere di nascita realizzate da organismi equivalenti al Registro civile e il rispetto dell'ordine pubblico spagnolo. Per riconoscere il titolo straniero, la normativa che disciplina il Registro civile esige che nell'anagrafe straniera esistano garanzie analoghe a quelle stabilite in Spagna per l'iscrizione del fatto, senza dubbi sulla sua legalità conformemente alla legge spagnola²¹³.

²¹¹ La dottrina ha evidenziato l'esistenza di un sotterfugio legale, che permetterebbe di fatto l'iscrizione in casi di maternità surrogata: l'uomo padre biologico del neonato potrebbe esercitare l'azione di reclamo della paternità (ex art. 10, comma 3 della legge n. 14 del 2006).

²¹² Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 84.

²¹³ Ibidem.

L'ordinamento spagnolo non accetta che la generalizzazione dell'adozione o che i progressi nelle tecniche di PMA violino la dignità della gestante e del minore né che mercifichino la gestazione e la filiazione. L'art. 10 della legge sulla PMA forma parte dell'ordine pubblico internazionale spagnolo in materia e viene definito come il «sistema di diritti e di libertà individuali garantiti nella Costituzione e negli accordi internazionali sui diritti umani ratificati dalla Spagna e di valori e principi che questi incarnano». Ciò agisce come limite al riconoscimento di decisioni di autorità straniera²¹⁴.

Il Tribunale Supremo ha respinto la doglianza relativa ad un'asserita discriminazione partita dai ricorrenti: la causa del rifiuto dell'iscrizione non è stata il fatto che entrambi sono di sesso maschile, bensì che la filiazione pretesa traesse origine da un contratto di maternità surrogata stipulato in California²¹⁵.

Non ammette che l'interesse superiore del minore possa fungere da mezzo per ottenere risultati contrari alla legge, alla quale il giudice è sottoposto. Al contrario, il concetto di "interesse superiore del minore" dev'essere interpretato conformemente ai valori della società e non spetta ai tribunali esercitare funzioni che spettano al legislatore. In casi come quello di specie, devono ponderarsi tutti i beni giuridici in gioco nonché il principio della dignità della gestante e l'interesse del minore di non essere oggetto di traffico commerciale²¹⁶.

Il Tribunale Supremo ha sancito, altresì, che deve garantirsi l'integrazione dei bambini nella loro famiglia e ha chiesto al Pubblico ministero di avviare le azioni pertinenti per determinare la corretta filiazione dei minori in applicazione delle regole di cui all'art. 10 della legge sulla PMA. Sottolinea, a tal proposito, l'esistenza di altri istituti che permettono l'integrazione reale dei minori nel nucleo familiare: l'affidamento, l'adozione²¹⁷.

La sentenza, in ultimo, rileva come non si debba analizzare la legalità della decisione straniera ma il riconoscimento in Spagna di una decisione straniera

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

valida e legittima, conformemente alla normativa californiana. Per tale ragione, non occorre applicare l'art. 10 della legge sulla PMA bensì è necessario analizzare il caso dalla prospettiva dell'ordine pubblico internazionale, in relazione all'interesse superiore del minore²¹⁸. Alla luce di tutto quanto detto, conclude che spetta al legislatore garantire i diritti di tutte le parti ma che, in questo caso specifico, l'applicazione del principio dell'ordine pubblico ha pregiudicato i minori coinvolti, privandoli della loro identità e del loro nucleo familiare²¹⁹.

7. La sentenza del Tribunale supremo del 31 marzo del 2022 n. 277

Nella sentenza del Tribunale Supremo, n. 277/2022 (31 marzo), si rileva che, in caso di surrogazione di maternità con componente straniera, la soddisfazione dell'interesse del minore fa sì che il riconoscimento della filiazione, stabilita al di fuori dei confini spagnoli, avvenga attraverso le pertinenti azioni di reclamo o l'adozione²²⁰.

Il caso riguarda un giudizio di filiazione nel quale il querelante (un nonno) chiede la dichiarazione di paternità per possesso di stato per sua figlia, madre tramite maternità surrogata di un bambino nato nel 2015, in Messico²²¹.

In un primo momento, il Tribunale di Prima Istanza n. 77 di Madrid respinge la domanda e invita la madre intenzionale a chiedere alla Direzione Generale della Famiglia e del Minore della Comunità di Madrid la custodia o l'affidamento prima dell'adozione²²².

²¹⁸ A sostegno della tesi, il giudice ha ripercorso le tendenze (allora) attuali nel piano nazionale ed internazionale volte a regolarizzare e a rendere più flessibili i casi di figli nati da madri surrogate.

²¹⁹ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 84.

²²⁰ Non esiste ancora un'alternativa alla lettera dell'art. 10 della legge 14/2006.

²²¹ Vedi sentenza TS, n. 277/2022 del 31 marzo 2022.

²²² Maria Angeles Serrano Ochia, *El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España*, Revista española de Derecho constitucional, 2023, p. 131.

Viene, allora, convenuta in appello la ventiduesima sezione dell'*Audiencia Provincial* di Madrid. Tenuto conto del superiore interesse del minore, della mancanza di un padre biologico identificato e della mancata concessione dell'affidamento e della custodia, attribuisce la filiazione mediante il possesso di stato nell'interesse del minore.

Presentando ricorso in Cassazione, il Tribunale Supremo all'unanimità contesta che il possesso di stato civile sia il metodo ammissibile per stabilire la filiazione, almeno fino a quando la via dell'adozione si possibile e non sia stata respinta. A differenza della sua prima sentenza, qui il Tribunale Supremo ha esaminato i contratti sottoscritti tra le parti e il contesto in cui è stato firmato l'accordo commerciale. In questo modo, risulta evidente che la gestazione condotta in Messico entra a pieno titolo nel concetto di vendita di un bambino, azione vietata nell'ordinamento giuridico spagnolo²²³.

Il Tribunale Supremo sottolinea che il contratto di surrogazione ha avuto luogo prima della riforma legislativa in Messico e utilizza un linguaggio grezzo per concordare gli aspetti della surrogazione di maternità: attentano alla dignità tanto della gestante quanto del minore.

Inoltre, constata che la gestante ha rinunciato alla determinazione della filiazione in suo favore prima dell'inizio della surrogazione, che l'ha costretta a subire trattamenti medici che hanno posto in pericolo la sua salute. Questo fa sì che il minore nato da surrogazione di maternità sia stato oggetto di questo contratto vessatorio e contrario alla dignità di tutti gli esseri umani²²⁴.

Infine, da questa seconda sentenza deduciamo che il Tribunale Supremo non è totalmente contrario ai contratti di maternità surrogata sottoscritti in Paesi dove, per esempio, siano legalizzati come accordi altruistici²²⁵.

Il Tribunale Supremo mette in evidenza l'esistenza di contratti di maternità surrogata commerciali che violano i più elementari diritti della madre

²²³ Maria Angeles Serrano Ochia, op.sub.cit., p. 132.

²²⁴ Maria Angeles Serrano Ochia, op.sub.cit., p. 133.

²²⁵ O dove, a seguito di un processo giudiziale, viene emesso un ordine parentale o una decisione giudiziale che consenta l'iscrizione nel Registro Civile spagnolo della paternità di chi è il padre biologico.

gestante e, quindi, del nascituro dentro un contesto in cui partecipano attivamente le agenzie di intermediazione²²⁶.

8. Il trattamento giuridico-costituzionale della *gestación por sustitución* dal punto di vista della dignità e dei diritti del minore

Il minore, nella *gestación por sustitución*²²⁷, è colui che richiede la maggiore protezione, data la sua incapacità di difendere se stesso e i suoi diritti. Così, l'art. 3 della Convenzione sui Diritti del Bambino (1989) ritiene il quadro della protezione dell'interesse superiore del minore come principio guida, sancito dall'ordinamento giuridico spagnolo per mezzo dell'art. 39, comma 4, Costituzione spagnola.

In questo contesto, parte della dottrina ha sostenuto la necessità di riconoscere il vincolo della filiazione, che unisce il minore, nato da maternità surrogata, e i committenti. Un'altra posizione, invece, ritiene che l'interesse dei minori ammetta il perseguimento di pratiche come la GS, che commercializzano la filiazione e finiscono per trasformare i minori in un oggetto da sottoporre alle regole di mercato. Ma quali sono i rischi costituzionali a cui possono andare incontro i minori con la surrogazione di maternità?²²⁸

8.1 Il rischio di cosificazione del minore e la strumentalizzazione della vita umana

I difensori della GS rilevano che il desiderio e la ferma volontà dei committenti di essere genitori li guiderà ad agire nell'interesse del minore. Tuttavia,

²²⁶ Maria Angeles Serrano Ochia, op.sub.cit., p. 134.

²²⁷ D'ora in avanti, GS.

²²⁸ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 244.

il Comitato di bioetica spagnolo²²⁹ avverte che lo stesso desiderio può comportare anche il rischio di percepire il minore come oggetto, come «proprietà di altri»²³⁰.

In questo senso, esistono già dei casi nell'ambito del diritto comparato in cui, quando il minore non soddisfa le aspettative per le quali è stato acquistato, difficilmente sarà accettato dai committenti²³¹.

Pertanto, il TS, nella già menzionata²³² sentenza 247/2014 del 6 febbraio, rileva che l'ordinamento giuridico spagnolo non accetta, né in materia di adozione né di tecniche di riproduzione assistita, la violazione della dignità del minore per mezzo della mercificazione della filiazione. Con la GS si produce una "cosificazione" del bambino, nel determinare la sua filiazione a favore del committente per mezzo di un contratto: ciò lo rende un oggetto di un traffico commerciale²³³.

Della stessa linea di pensiero è la sentenza 277/2022 del 31 marzo²³⁴: il TS avverte che «il futuro bambino, privato del diritto di conoscere le sue origini [...], è considerato come l'oggetto del contratto, che la gestante si obbliga a consegnare alla committente».

Ciò è una delle principali ragioni che giustificano l'esistenza, nell'ordinamento giuridico spagnolo, dell'art. 10, Legge sulle tecniche di PMA, come norma di ordine pubblico.

²²⁹ www.ohchr.org, *Informe de Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, ultimo accesso 02/05/2024.

²³⁰ Questo perché i committenti possono scegliere alcuni aspetti relativi alle caratteristiche sia del minore sia della madre gestante.

²³¹ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 245. La Conferenza dell'Aia sul Diritto Internazionale Privato, in una relazione di febbraio del 2015, ha già messo in guardia contro le gravi minacce «ai diritti umani, inclusi quelli del minore, in relazione ai contratti di GS internazionali, in particolare: abbandono dei nati da parte dei committenti per ragioni di salute o di preferenza di sesso [...]».

²³² Vedi paragrafo 7. *Segue*: La sentenza del Tribunale Supremo del 6 febbraio 2014.

²³³ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 245.

²³⁴ Vedi paragrafo 8. La sentenza del 31 marzo 2022.

8.2 Il rischio del traffico dei minori

Pur condividendo la carica genetica di uno dei due committenti, la madre gestante viene pagata per rinunciare alla maternità legale e lasciare il minore che ha partorito ai genitori intenzionali²³⁵. In questo senso, si pronuncia il TS nella recente sentenza 277/2022 del 31 marzo²³⁶, ritenendo che la gestazione per sostituzione nella sua modalità commerciale rientra completamente nella definizione di «vendita di minore»²³⁷. Occorrono tre condizioni:

- a) la remunerazione o qualsiasi altra retribuzione;
- b) il trasferimento del minore (dalla madre che lo ha partorito ai committenti);
- c) lo scambio del minore²³⁸ con il denaro.

Di conseguenza, il TS stabilisce che i beni costituzionalmente protetti, quali sono la dignità e l'integrità morale del bambino, vengono gravemente violati: il minore viene considerato come oggetto di un contratto²³⁹.

Tuttavia, è lecito domandarsi se la GS altruistica riesca ad arginare tale pericolo: nella «gestazione per altri si acquisisce un figlio; la donazione di un figlio è inaccettabile come lo è la sua vendita»²⁴⁰. Inoltre, va rilevato che la maggior parte della normativa degli altri Stati, che ammettono la maternità surrogata in forma altruistica, prevedono sempre una compensazione economica per la gestante²⁴¹.

²³⁵ È abbastanza evidente che tale modalità commerciale della GS rientra nella definizione contenuta nell'art. 2 del Protocollo Facoltativo della Convenzione sui Diritti del Bambino relativo alla vendita dei minori, la prostituzione infantile e l'utilizzo del minore nella pornografia (2000): «per vendita di bambini si intende qualsiasi atto o transazione in base alla quale un minore è trasferito da una o più persone a un'altra, in cambio di remunerazione o di qualsiasi altra retribuzione».

²³⁶ Vedi paragrafo 8. La sentenza del 31 marzo 2022.

²³⁷ Descritta nel sopracitato art. 2 del Protocollo Facoltativo della Convenzione sui Diritti del Bambino relativo alla vendita dei minori, la prostituzione infantile e l'utilizzo del minore nella pornografia (2000).

²³⁸ Inoltre, la consegna del minore, da parte della madre gestante, non deve necessariamente essere attuale (cioè, di un bambino già nato) ma può anche essere futura.

²³⁹ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 246.

²⁴⁰ Arechederra Aranzadi, *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 307.

²⁴¹ Come, del resto, accade nel caso oggetto della sentenza 272/2022 del 31 marzo. Per esempio, questo accade in Canada paese dove è legalizzata la modalità altruistica: teoricamente si tratta di una pratica altruistica, però si è potuto constatare che esistono pagamenti sotto copertura, mediante l'uso dei "trusts" o delle fatture da rimborsare false.

Persiste, quindi, anche in questa forma il rischio di traffico dei minori e di strumentalizzazione della gestante²⁴².

In ogni caso, la questione di fondo, morale e giuridica, riguarda la legittimazione di un contratto che mette in circolazione il corpo, l'integrità fisica e psichica della gestante, nonché la trasmissione contrattuale del minore e della filiazione, al di là dell'esistenza o meno di una compensazione economica²⁴³.

La domanda che resta aperta, quindi, è che cosa cagioni una maggior lesione della sfera dei diritti costituzionali del minore: la legalizzazione della maternità surrogata o la situazione attuale di incertezza per i minori nati tramite questa via?

8.3 I problemi relativi alla tutela dei diritti fondamentali dei minori nati attraverso la surrogazione di maternità

Non può non essere rilevante la problematica che riguarda i diritti fondamentali dei minori, nati attraverso la maternità surrogata, in un paese nel quale i genitori intenzionali non hanno alcun vincolo.

Nel momento in cui i minori vengono trasferiti nello Stato di provenienza dei committenti, sorgono ostacoli relativi al loro riconoscimento e alla registrazione della loro filiazione. Occorre tenere fede al rispetto dell'interesse del minore e all'ordine pubblico consacrati nel quadro giuridico-costituzionale spagnolo.

In primo luogo, dev'essere rispettato il diritto alla vita familiare del minore. Ciò, conformemente anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, implica il mantenimento del legame familiare sviluppato con i committenti²⁴⁴. Tuttavia, non si può né si deve escludere che l'origine della vita

²⁴² Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 246.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 247.

familiare possa costituire reato: in tal caso, non può invocarsi l'interesse superiore del minore né la conservazione di tale vita familiare come «scusa per non applicare le disposizioni penali corrispondenti»²⁴⁵.

Alcuni autori ritengono che la condotta fraudolenta dei committenti debba prevalere sull'interesse superiore del minore, bloccando così gli effetti sanzionatori (eventuali) che potrebbero ricadere sul riconoscimento della filiazione in favore dei committenti²⁴⁶. Su tale linea interpretativa, in varie occasioni, si è mossa la *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*²⁴⁷, per continuare a registrare la filiazione determinata all'Estero nel Registro Civile dei minori, sulla base della concezione per cui il loro interesse superiore esige che questi rimangano nelle mani dei genitori intenzionali²⁴⁸.

Al contrario, altri autori sostengono che l'interesse superiore del minore «non può invocarsi come paracadute dopo aver violato la legge»²⁴⁹ e nello stesso senso ha argomentato il TS nella sentenza 247/2014 del 6 febbraio.

Di conseguenza, l'avvertimento del TS in merito al ricorso abusivo all'interesse superiore del minore dev'essere accolto come un fondamento che avvalli in modo tassativo il riconoscimento della filiazione derivante da una surrogazione di maternità transnazionale²⁵⁰. Ciò perché tale argomentazione «dovrebbe arrivare ad ammettere la determinazione della filiazione a favore delle persone dei paesi sviluppati, in buona situazione economica, che abbiano ottenuto loro un bambino proveniente da famiglie non strutturate o da ambienti problematici, qualunque sia stato il mezzo con il quale lo abbiano ottenuto, poiché l'interesse superiore del minore giustificherebbe la sua integrazione in una

²⁴⁵ SSTEDH *caso Paradiso Campanelli v. Italia* del 24 gennaio del 2017; *caso Valdis Fjolvnsdóttir y otros v. Islandia* del 18 maggio del 2012.

²⁴⁶ Presno Linera, M.A. Jimenez Blanco, P., *Liberdad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia*, Revista Española de Derecho Europeo, 2014, num. 51, p. 25; Hernandez Llinas, L., *Gestación*.

²⁴⁷ D'ora in avanti, DGRN.

²⁴⁸ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 247.

²⁴⁹ M. Hualde Manso, M.T., *De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2012, n. 10, p. 7

²⁵⁰ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 248.

famiglia di buona posizione e interessata a lui»²⁵¹. Risulta essenziale rimarcare tale passaggio poiché riflette il primato assoluto dell'ordine pubblico di fronte ad una valutazione individualistica degli interessi in causa²⁵².

In ogni caso, parallelamente, la giurisprudenza avverte che deve salvaguardarsi il diritto alla vita privata e, nel concreto, il diritto all'identità personale del minore. Questo implica, tra le altre cose, che il minore ha diritto a conoscere chi sono i suoi genitori biologici²⁵³ e, se del caso, di stabilire i vincoli giuridici di filiazione a loro corrispondenti²⁵⁴. A tal fine, il TS segnala che la determinazione della filiazione debba realizzarsi conformemente ai criteri previsti dalla legge e non attribuendo efficacia a certificazioni straniere contrarie alle norme sostanziali nonché ai principi dell'ordinamento giuridico spagnolo²⁵⁵.

Così, l'art. 10 della Legge sulla PMA vieta che il contratto di maternità surrogata sia un titolo valido a determinare la filiazione. Conseguentemente, fissa una soluzione che conferisce sicurezza giuridica e, quindi, più conforme al rispetto dell'identità personale del minore.

Da un lato, l'accertamento della paternità del committente con legame biologico potrà avvenire in via giudiziale, in accordo con l'art. 10, comma 3 della Legge sulla PMA²⁵⁶, in modo da garantire adeguatamente la protezione del nascituro e il rispetto al suo diritto all'identità²⁵⁷.

Dall'altro lato, la madre legale sarà la gestante in applicazione della regola generale²⁵⁸, anche se nell'interesse superiore del minore, mediante i meccanismi

²⁵¹ Sentenza 835/2014 del 6 febbraio.

²⁵² Dato che, con questa clausola, s'intende tutelare, in ultima analisi, la dignità e i diritti fondamentali di tutta la popolazione, comprese le parti che non compaiono nel caso concreto davanti ai Tribunali.

²⁵³ Nel *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* del 2017 si difende il fatto che in questi casi la legge dovrebbe garantire al figlio la «conoscenza delle sue origini biologiche: non solo per sapere le circostanze relative alla gestante e alla gravidanza, che potrebbero pregiudicare la propria salute, ma per scoprire l'identità di chi lo ha partorito», p. 37.

²⁵⁴ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 248.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Così la sentenza 277/2022 del 31 marzo.

²⁵⁷ Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 248.

²⁵⁸ Ibidem.

legali permessi, si potrà posteriormente stabilire la filiazione a favore della madre intenzionale²⁵⁹.

In Spagna, nella sua ultima sentenza in materia, il TS ha ribadito che tale meccanismo è l'istituto dell'adozione²⁶⁰ poiché, essendo sottoposto a controllo giudiziario, essa assicura adeguatamente la protezione dei diritti e degli interessi del nascituro di fronte al rischio di traffico dei minori²⁶¹.

De Verda e Beamonte²⁶² o Farnòs Amoròs²⁶³ contestano l'uso dell'adozione²⁶⁴ per conseguire gli effetti della filiazione desiderati invece di ammettere direttamente la GS per raggiungere lo stesso risultato. È facile far fronte a questa obiezione, dal momento che è ben conosciuta l'importanza delle garanzie formali volte a garantire i diritti fondamentali²⁶⁵. Se l'adozione è un processo più completo è perché mira a garantire un'adeguata protezione dei diritti della donna adottante e del minore in misura maggiore rispetto al meccanismo della maternità surrogata²⁶⁶. E, dati i rischi che comporta tale pratica, non può essere sminuita una maggior salvaguardia dei diritti fondamentali e della dignità delle parti implicate²⁶⁷.

Pertanto, può affermarsi che la giurisprudenza spagnola si è attenuta debitamente alla dottrina del Tribunale di Strasburgo relativamente alla prevalenza

²⁵⁹ E ciò anche in assenza di un legame genetico, in conformità con quanto disposto dal parere della CEDU.

²⁶⁰ Sentenza 277/2022 del 31 marzo, «quando chi chiede il riconoscimento del rapporto di filiazione è la madre committente, la via per la quale debba ottenere la determinazione della filiazione è l'adozione».

²⁶¹ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 249; l'analisi delle circostanze socio-familiari o l'idoneità dell'adottante o degli adottanti ad assumere il ruolo di genitore nei confronti del minore adottato non devono essere considerate come un ostacolo alla soddisfazione dell'interesse superiore del minore, oggetto di adozione, ma come azioni volte alla sua soddisfazione.

²⁶² De Verda y Beamonte, J.R., *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 septiembre de 2012)*, Diario de la Ley, 2010, p. 5.

²⁶³ Farnòs Amoròs, E., *La filiació derivada de la reproducció assistida: voluntad y biología*, Anuario de Derecho Civil de Ministerio de Justicia, vol. 68, 2015, p. 93.

²⁶⁴ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 249; essendo un procedimento più ampio e completo.

²⁶⁵ Sentenza 335/2015 del 2 febbraio: «non si annulla l'iscrizione della filiazione, dei nati da una maternità surrogata, nei confronti dei committenti per obbligarli a fare una deviazione, compilare delle formalità e tornare allo stesso punto».

²⁶⁶ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 249.

²⁶⁷ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 249. Inoltre, vale la pena segnalare che, in conformità della Ley de Jurisdicción Voluntaria, si attribuisce priorità al trattamento dell'adozione; l'art. 176, comma 2, Codice civile spagnolo esonera dall'intervento le autorità amministrative in caso di adozione del figlio del coniuge dell'adottante o della persona unita per altra relazione affettiva.

della protezione dell'interesse superiore del minore. Ciononostante, il criterio dell'ordine pubblico continua a mantenere quanto decretato nella sentenza 247/2014²⁶⁸. Conseguentemente, a volte, l'applicazione di questa dottrina implica il rischio dell'iscrizione della filiazione dei minori nati all'Estero mediante GS con base nella certificazione straniera, nella misura in cui la determinazione di tale filiazione debba realizzarsi con i mezzi previsti dall'ordinamento giuridico spagnolo (che sono stati sottolineati dalla precitata giurisprudenza del TS)²⁶⁹.

In definitiva, il quadro disegnato dal TS mira a raggiungere un equilibrio tra l'interesse delle parti implicati – incluso l'interesse superiore del minore – e la protezione dell'ordinamento giuridico. Va osservato che il Tribunale ritiene che i diritti della madre gestante e dei figli «risultano gravemente lesionati se fosse potenziata la pratica della surrogazione di maternità commerciale, in quanto faciliterebbe l'intervento delle agenzie di intermediazione nella surrogazione, nel caso in cui queste possano assicurare – alle loro potenziali clienti – il riconoscimento quasi automatico in Spagna della filiazione risultante dal contratto di surrogazione di maternità, nonostante la violazione dei diritti delle madri gestanti e dei loro figli»²⁷⁰.

Pertanto, una volta esaminati

- i rischi che implica la legalizzazione di un contratto come quello della maternità surrogata rispetto alla dignità;
- i diritti e gli interessi dei minori;
- le difficoltà che comporta il divieto attuale in Spagna, poiché può arrecare un certo pregiudizio alle parti coinvolte

si deve concludere che la GS possa produrre gravi danni alla sfera dei diritti costituzionali e degli interessi del minore. Il risultato è la mercificazione nei confronti del nascituro o della sua filiazione²⁷¹.

²⁶⁸ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 249.

²⁶⁹ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 250.

²⁷⁰ Sentenza 277/2022 del 31 marzo.

²⁷¹ Sara Alemàn Merlo, op.sub.cit., p. 250.

Quindi, per rispettare i diritti e gli interessi del minore, la surrogazione di maternità dovrebbe essere svolta al fuori dal commercio, poiché ciò contraddice le esigenze minime della dignità sopra la quale si sostanzia l'intero sistema costituzionale spagnolo²⁷².

9. La maternità surrogata in Italia e in Spagna: situazioni a confronto

Nella Costituzione italiana non c'è un riferimento diretto al diritto alla procreazione. Questo, al contrario, è desumibile dagli articoli 29, 30 e 31 della Carta fondamentale, nonché riconducibile nella sfera dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 della stessa. La procreazione è intesa come fatto responsabile della coppia e, quindi, come diritto sociale. Per tale ragione è, quindi, preferibile parlare di diritto alla libertà procreativa: viene accentuato l'elemento della scelta e della responsabilizzazione alla procreazione, essendo necessario limitarne i modi e i tempi²⁷³.

In Spagna, il diritto alla procreazione si è consolidato a livello universale a partire dalla Conferenza Internazionale delle Nazioni Unite sulla popolazione e sviluppo: è stato inteso come il diritto di una coppia o di un individuo a riprodursi, tanto in forma naturale quanto mediante le nuove tecnologie. Esiste, però, una corrente dottrinale che ne riconosce un fondamento costituzionale. Tale diritto, cioè, troverebbe la propria base nella libertà, valore superiore dell'ordinamento giuridico spagnolo sancito dall'art. 10, comma 1 della Costituzione spagnola. Si tratterebbe, pertanto, di un diritto che riguarda la persona in quanto tale, per la sua natura e dignità²⁷⁴.

²⁷² Sara Alemán Merlo, op.sub.cit., p. 250; Salazar Benitez, O, *La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros*, 2017, p. 38.

²⁷³ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione italiana*, cap. 1, pg. 1ss.

²⁷⁴ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale e artificiale*, cap. 2, pg. 31ss.

Anche in Italia, del resto, può parlarsi di un diritto alla procreazione artificiale. Nella sentenza n. 162/2014 è la stessa Corte costituzionale a sancire che «l'atto che consente di diventare genitori incontra dei limiti e deve essere bilanciato» con altri interessi rilevanti. Viene, quindi, configurato come un diritto sociale. In tale scenario, è lo Stato a svolgere la funzione di garantire regole a tutela degli interessi coinvolti: il diritto alla libertà procreativa è ancorato al diritto alla salute, considerato come manifestazione della libertà e della personalità dell'individuo²⁷⁵.

È proprio su queste basi che il legislatore italiano, dopo anni di silenzio, ha introdotto la prima disciplina organica in materia di riproduzione artificiale: la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Risultato di un iter cominciato solo nel 1997, tale normativa risulta «caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici [...] che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna». Viste le consistenti eccezioni di incostituzionalità di cui si è fatto foriere, il testo attuale della legge rende oggi possibile anche in Italia l'accesso alle tecniche di P.m.a. e, al tempo stesso, vieta la maternità surrogata nelle sue dimensioni commerciale e solidaristica²⁷⁶. È la stessa sentenza costituzionale del 2017 a confermare il divieto di maternità surrogata: tale contratto «offendo in modo intollerabile la dignità umana della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

In Spagna, i beni costituzionalmente tutelati in gioco nella maternità surrogata sono la dignità e la libertà della gestante. L'art. 10, comma 1 della Costituzione spagnola a riguardo dichiara la dignità della persona come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. È valore superiore dell'ordinamento e, come tale, dev'essere utilizzato come parametro di interpretazione di tutte le norme che lo compongono. Pertanto, per buona parte della dottrina e della giurisprudenza spagnole, la surrogazione di maternità degrada

²⁷⁵ Intendendo tanto la donna, quanto l'embrione.

²⁷⁶ Vedi paragrafo 2. *Il diritto alla procreazione artificiale e la tutela della salute*, cap. 1, pg. 4ss.

l'essere umano alla condizione di mero oggetto, sia nella sua forma commerciale che nella sua forma altruistica. È lo stesso Tribunale costituzionale ad affermare che, tanto la gestante quanto il minore nato da maternità surrogata, sono trattati come «meri oggetti e non come persone dotate di dignità personale propria della loro condizione di essere umani»²⁷⁷.

Per tale ragione, vari interventi legislativi hanno condotto all'attuale legge in vigore in materia di tecniche di riproduzione umana assistita: la legge n. 14 del 26 maggio del 2006. In particolare, è l'art. 10 a dichiarare nullo, in modo assoluto, il contratto di *gestaciòn por substituciòn*²⁷⁸.

Tanto in Italia quanto in Spagna, quindi, è la donna che partorisce la madre ad ogni effetto²⁷⁹, vietando ogni forma di accordo prenatale. Tuttavia, possiamo cogliere alcune differenze.

In Italia, la maternità surrogata si pone come una fattispecie che viola le norme di ordine pubblico e buon costume, essendo intesa come forma di “sfruttamento” della donna gestante. Attualmente, tale pratica è vietata solo se l'atto di gestazione per altri sia compiuto in Italia: quindi, le coppie che si recano all'estero non sono perseguibili, poiché compiuto su un suolo nazionale di un Paese in cui non costituisce reato. Nei Paesi in cui la maternità surrogata è consentita è anche pienamente riconosciuto lo *status* di genitore in capo alle coppie committenti: questi, quindi, al momento della nascita sono considerati genitori a tutti gli effetti. La situazione si complica una volta rientrati in Italia. Per la legge italiana, al contrario, non sono considerati genitori e si deve procedere all'”adozione in casi particolari”²⁸⁰.

In Spagna, l'ordinamento è più specifico di quello italiano. Pur adottando una posizione di drastica opposizione al fenomeno, è più chiaro e contempla sia

²⁷⁷ Vedi paragrafo 2. *La tutela della dignità e della salute della gestante*, cap. 2, pg. 32ss.

²⁷⁸ Vedi paragrafo 5. *Focus: l'articolo 10 della legge 14/2006 del 26 maggio sulle tecniche di PMA*, cap. 2, pg. 38ss.

²⁷⁹ Per il principio *mater semper certa est*.

²⁸⁰ Deborah Gallo, *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio “de iure condito” e “de iure condendo”*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N. 20°, 2024, p. 958ss.

l'ipotesi di gestazione a titolo oneroso che quella a titolo gratuito, vietandole entrambe. Inoltre, viene rafforzato il concetto di filiazione, che viene strettamente legato al momento del parto, in quanto è esplicitamente prevista la costituzione del rapporto filiale con la madre di parto. Allo stesso tempo, tuttavia, viene riconosciuta la possibilità per il padre biologico di esercitare l'azione di riconoscimento del figlio: non è di poco conto, se si considerare che è attraverso essa che può accertarsi la paternità del figlio nato all'estero da madre surrogata. In questo modo, si risolvono i problemi di registrazione dei bambini di padre biologico nati fuori dalla Spagna, ricorrendo alla maternità surrogata²⁸¹.

Inoltre, in relazione al legame genitoriale e ai procedimenti di filiazione, l'ordinamento spagnolo prevede la possibilità per il genitori – che non ha un legame genetico col minore – di adottare il figlio del coniuge attraverso una procedura speciale: la c.d. *Stepchild adoption*. Con l'adozione effettuata dalla madre intenzione, si annulla la filiazione materna generata dalla nascita.

Infine, a differenza della normativa italiana, quella spagnola non pone a carico degli eventuali soggetti che stipulano un contratto di maternità surrogata alcuna sanzione pecuniaria e/o detentiva: l'unica sanzione prevista dall'ordinamento spagnolo è la nullità del contratto²⁸².

²⁸¹ Deborah Gallo, op.sub.cit., p. 965ss.

²⁸² Ibidem.

CAPITOLO III

Uno sguardo comparato: la situazione nel Regno Unito e in Portogallo

Il Regno Unito

1. La procreazione naturale e artificiale

Nel Regno Unito, il concetto giuridico di *madre* riflette il paradigma della procreazione naturale: è madre colei che affronta la gravidanza e partorisce. Già nell'*Ampthill Peerage Case*²⁸³, Lord Simon aveva statuito che «sebbene integri un rapporto giuridico, la maternità è basata su un dato di fatto, dimostrato in modo tangibile dal parto». La maternità è, pertanto, nella filiazione naturale, segue il principio *mater semper certa est*²⁸⁴.

In tal senso, l'assenza dell'istituto del parto anonimo nell'ordinamento del Regno Unito rappresenta una conferma della rilevanza impositiva della dimensione biologica. Rispetto alla situazione in Italia, colei che partorisce non può opporsi alla registrazione del suo nome nell'atto di nascita del minore e all'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione. L'unica possibilità concessa alla donna incinta, nel Regno Unito, che non voglia diventare mamma è l'interruzione di gravidanza²⁸⁵.

La rilevanza del parto resta centrale anche nei casi di procreazione medicalmente assistita. A riguardo, la *Section 33 (1) HFEA 2008*²⁸⁶, titolata “il significato di ‘madre’”, riporta che «potrà essere riconosciuta quale madre soltanto la donna che stia portando avanti o abbia portato a termine una gravidanza, quale

²⁸³ *Ampthill Peerage Case* 1977, A.C. 545, §577.

²⁸⁴ Marco Poli, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, Rivista degli studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, 2020, pg. 3.

²⁸⁵ Michael Freeman, Alice Margaria, *Who and what is a mother? Maternity, responsibility and liberty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, p. 157.

²⁸⁶ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, che disciplina le modalità di riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali nei confronti di un bambino tramite gestazione per altri.

risultato dell'impianto di un embrione o di sperma e cellule uovo e nessun'altra». Allo stesso modo, poi, la Section 47 HFEA 2008 specifica che la donatrice di cellule uovo non è ipso iure madre per il solo fatto di aver contribuito con i propri gameti: l'attribuzione dello *status* è vincolato alla gravidanza e al parto. Si esclude, quindi, autonoma rilevanza costitutiva al legame genetico e/o sociale²⁸⁷.

Siffatta impostazione appare ancora più evidente in alcuni casi. Ad esempio, si pensi alla maternità di una coppia composta da due donne: potrà essere madre soltanto colei che ha partorito, mentre la moglie, la *civil partner* o la compagna assumerà, dopo la nascita della prole, lo *status* di genitore²⁸⁸. In tal senso, si palesa un evidente contrasto tra il linguaggio di genere utilizzato nell'identificazione delle figure giuridiche di madre e padre e la dicitura neutra cui si è ricorsi per descrivere la genitore che non è genitrice²⁸⁹.

Gravidanza e parto si sono confermati condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione dello *status* di madre: «ciò che conta, quindi, è essenzialmente l'esperienza procreativa della gravidanza e del parto, a prescindere da chi la porti avanti sia un uomo o una donna»²⁹⁰.

In base alla casistica riportata, appare evidente come la maternità sia *unica*. Non ci sono maternità *altre*: le figure femminili che hanno gestato saranno genitori, non madri, agli occhi del diritto. La maternità unica è altresì indisponibile: chi partorisce non può determinarsi nell'attribuzione della titolarità del rapporto, che viene imposto per il fatto biologico del parto²⁹¹.

In dottrina si individuano tre *rationes* sottese alla regola del *favor gestationis*:

²⁸⁷ Marco Poli, op.sub.cit., p. 4.

²⁸⁸ Ciò accadrà sia nel caso in cui la donna non abbia partecipato geneticamente al progetto genitoriale, sia qualora la stessa abbia invece contribuito alla nascita fornendo il materiale genetico impiegato nella formazione dell'embrione, però impiantato nell'utero della compagna. Sebbene entrambe le donne saranno in egual misura titolari del rapporto di filiazione, colei che non ha partorito non sarà mai madre.

²⁸⁹ Marco Poli, op.sub.cit., p. 4.

²⁹⁰ Marta Mantione, *Il parto non è solo donna: la decisione dell'High Court inglese richiama l'attenzione sul concetto di "madre"*, in *Minorigiustizia*, 2019, p. 186.

²⁹¹ Marco Poli, op.sub.cit., p. 6.

1. anzitutto, la centralità del legame gestazionale potrebbe trovare fondamento nella cura e nel dolore insiti nella gravidanza e nel parto: costituirebbe elemento autonomo e sufficiente alla formazione dello *status* di madre;
2. la seconda possibile ratio, invece, muove dall'assunto che il parto costituisca di per sé un elemento di fatto più facilmente tracciabile e accertabile rispetto alla donazione di una cellula uovo;
3. infine, in ultima analisi, la scelta di non far discendere la maternità dal legame genetico rappresenterebbe un incentivo alla donazione dei gameti²⁹².

Parallelamente, a livello giurisprudenziale, nel caso *Re G*²⁹³ la baronessa Hale ha esposto che «se in parte questa impostazione potrebbe rappresentare la risposta ad un'esigenza di certezza e convenienza, essa riconosce anche una verità più profonda: che il processo del portare in grembo un bambino e di metterlo al mondo porta con sé [...] una relazione molto speciale tra madre e figlio [...]».

Alla luce di quanto osservato, in dottrina e giurisprudenza, la soluzione individuata dall'ordinamento del Regno Unito fa emergere in modo chiaro come il concetto di madre sia non solo unico ma anche indissolubile. La dimensione genetica, biologica e sociopsicologica si concentrano in un'unica figura, quella della donna che partorisce. Ciò riflette inequivocabilmente la riproduzione *tout court* della filiazione naturale, in cui l'assimilazione del legame genetico, biologico e di cura è dato per scontato²⁹⁴.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ *Re G (a child)*, 2006.

²⁹⁴ Marco Poli, *op.sub.cit.*, p. 6.

2. La procreazione attraverso la surrogazione di maternità

In dottrina si è evidenziato che «la legge inglese attribuisce lo *status* di madre alla gestante, perché questo produrrà il risultato corretto in termini di genitorialità in tutti i casi, tranne che per quelli di surrogazione di maternità»²⁹⁵.

La *surrogacy*²⁹⁶, dunque, si discosta dalla filiazione naturale, mettendo potenzialmente in crisi la maternità, intesa come unica, e la relativa attribuzione delle componenti genetiche, biologiche e di cura di un'unica donna²⁹⁷.

Attorno alla surrogazione di maternità gravano una pluralità di soggetti: la madre surrogata, i genitori intenzionali e, potenzialmente, una donatrice e/o un donatore di gameti. Pertanto, è possibile distinguere due forme di *surrogacy*²⁹⁸:

- *surrogacy* tradizionale (conosciuta anche come *straight* o *partial surrogacy*), dove la madre surrogata non contribuisce solo biologicamente alla nascita ma anche geneticamente alla formazione dell'embrione, fornendo la cellula uovo che sarà fecondata con il materiale genetico del padre intenzionale;
- *gestational surrogacy* (conosciuta anche come *host* o *full surrogacy*), dove la madre surrogata non ha alcun legame genetico con l'embrione, che sarà il risultato di una IVF²⁹⁹ omologa o eterologa, a seconda che si ricorra a gameti forniti, rispettivamente, dai soli genitori intenzionali o anche da terzi.

A fronte di questa pluralità di soggetti, la domanda che sorge spontanea è: chi è *ipso iure* genitore? L'ordinamento del Regno Unito, a differenza di altri, non diversifica la risposta giuridica a seconda che si ricada nel primo o nel secondo scenario appena presentano. Il mero legame genetico non è

²⁹⁵ Gillian Douglas, *The intention to be a parent and the making of mothers*, in *The modern law review*, 1994, p. 640.

²⁹⁶ Corrispondente all'italiano "maternità surrogata".

²⁹⁷ Frederik Swennen, *Mothershoods in the law*, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz, E. Schumann, *Motherhood and the law*, Gottingen, 2019, p. 101ss.

²⁹⁸ Marco Poli, op.sub.cit., p. 7.

²⁹⁹ Fecondazione in vitro.

giuridicamente determinante per l'attribuzione dello *status filiationis*. È, invece, centrale, nella determinazione della genitorialità giuridica, il c.d. *surrogacy agreement*. Si tratta di un accordo nel quale, prima dell'inizio della gestazione, la madre surrogata e i genitori intenzionali stabiliscono che la prima porterà avanti la gravidanza con l'intento di affidare il nascituro ai secondi, che saranno gli unici genitori *ipso iure*³⁰⁰.

L'attribuzione dello *status* genitoriale alla coppia, tuttavia, non si produce per effetto della mera volontà delle parti manifestata nell'accordo: è necessario l'intervento del giudice competente, tramite il *parental order*³⁰¹. Si tratta di una pronuncia dichiarativa, tramite la quale è accertata la genitorialità giuridica dei genitori intenzionali, escludendo quella della madre surrogata³⁰².

Il p.o. ricopre, dunque, un ruolo fondamentale. La genitorialità *ipso iure* relative ai minori nati tramite surrogazione è inequivocabile: la gestante è, al momento della nascita, madre e i genitori intenzionali devono, in un successivo momento, fare domanda di p.o. per vedere stabilito il legame giuridico di filiazione con la prole³⁰³.

Più specificatamente, la surrogata è, nei confronti del minore, madre giuridica titolare della responsabilità genitoriale³⁰⁴, così come la persona con la quale è sposata o unita civilmente. Nell'ipotesi in cui, al contrario, sia *single* la legge riconosce la paternità giuridica del padre intenzionale che abbia un legame genetico con il nascituro³⁰⁵. Affinché anche allo stesso venga riconosciuta la medesima responsabilità genitoriale, dovranno essere rispettati i requisiti dettati dalla *section 4* del *Children Act 1989*³⁰⁶.

³⁰⁰ Marco Poli, op.sub.cit., p. 8.

³⁰¹ D'ora in avanti, p.o.

³⁰² Marco Poli, op.sub.cit., p. 8.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Intesa, dalla *section 3* del *Children Act 1989*, come «all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and administration of his/her property».

³⁰⁵ Sections 36-38 HFEA 2008.

³⁰⁶ Marco Poli, op.sub.cit., p. 9.

Se, dopo la nascita, tutto procede come pattuito nel *surrogacy agreement*, la madre surrogata affiderà la persona minore ai genitori intenzionali e questi provvederanno a richiedere un p.o. In tal caso, i committenti si vedranno riconosciuti *ipso iure* la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale, estinguendo, in questo modo, lo *status* di madre surrogata³⁰⁷.

Affinché i genitori intenzionali possano essere identificati *ipso iure* come genitori del minore nato tramite *surrogacy*, è chiaro, quindi, che è fondamentale la concessione di un p.o. L'ordinamento del Regno Unito, nell'individuare il legame materno, attribuisce *ab origine* rilevanza al solo dato biologico. L'atto di nascita si formerà registrando la maternità giuridica della madre surrogata. La volontà di genitorialità assumerà rilievo giuridico solo in un secondo momento, con il p.o., pronunciato da una *Family Court* e solo qualora vengano rispettate le condizioni tassativamente previste *ex lege*. La volontà, quindi, avrà una valenza solo sopravvenuta. Al contrario, i p.o. di «*transformative orders*³⁰⁸»: capacità di garantire rappresentazione e tutela alla genitorialità dei genitori intenzionali instaurata a seguito di una maternità surrogata³⁰⁹.

3. Il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita

In assenza di una Costituzione scritta nel Regno Unito, in tema di procreazione medicalmente assistita assumono rilievo gli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, incorporata nell'ordinamento britannico per mezzo dello *Human Rights Act* del 1998. Secondo tale *Act*, le corti hanno l'obbligo di far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo là dove i diritti sanciti dalla Convenzione siano rilevanti³¹⁰.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ Con tale espressione si enfatizza la capacità di un *order* di incidere – modificandola – sull'identità stessa della persona di età minore.

³⁰⁹ Marco Poli, op.sub.cit., p. 9.

³¹⁰ Sarah Pasetto, Regno Unito, p. 40, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

La procreazione medicalmente assistita ha, inoltre, una compiuta regolamentazione a livello legislativo e infra-legislativo.

Il 25 luglio 1978, in provincia di Manchester, nasceva Louise Brown, la prima bambina nata da un embrione in provetta dai medici Patrick Steptoe e Robert Edwards³¹¹. La procedura seguita non era illecita, ma il rivoluzionario caso ha suscitato forti polemiche. Nella comunità medica e nell'opinione pubblica erano insorte profonde divisioni: alcuni denunciavano l'assoluta pericolosità dell'evoluzione, che avrebbe comportato una vera e propria rivoluzione sociale; altri, che tale modalità fosse un tentativo di “sostituirsi a Dio”; altri ancora, che tale novità rappresentasse un'ulteriore mercificazione della donna³¹².

Nonostante il clamore suscitato dal caso di Louise Brown, il Parlamento ha tardato ad intervenire. L'inerzia è stata piuttosto lunga e generalizzata, dal momento che, dopo il 1978, sono stati proposti – e respinti – solo tre progetti di legge. Nel 1982, peraltro, era stata convocata una commissione allo scopo di valutare gli orientamenti dell'opinione pubblica in tema di nuove tecnologie disponibili per la procreazione medicalmente assistita e per la ricerca sugli embrioni. La commissione, presieduta da *Lady Warnock*, ha riunito esponenti e studiosi delle principali correnti di pensiero religioso, etico, laico e del mondo della medicina. Le raccomandazioni avanzate dalla stessa hanno costituito il fondamento della prima legge sulla procreazione assistita e sulla ricerca embrionale, lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*³¹³.

L'*Act* ha creato la *Human Fertilisation and Embryology Authority*³¹⁴, l'ente governativo incaricato della concessione di autorizzazioni relative ai

³¹¹ Quest'ultimo ha ottenuto il Premio Nobel per la medicina nel 2010 per il suo contributo nel campo della procreazione medicalmente assistita.

³¹² Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 40.

³¹³ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 41. La maggior parte delle raccomandazioni della commissione è ispirata alla tolleranza reciproca: l'esistenza di alcune obiezioni, di tenore religioso o etico, non viene percepita come motivo sufficiente per impedire l'accesso alle nuove tecnologie da parte di coloro che esprimano un pensiero diverso. La commissione ha raccomandato la creazione di un'autorità dotata del potere di concedere autorizzazioni relative all'esecuzione di trattamenti di inseminazione artificiale, fecondazione in vitro e procedure connesse, comprese la conservazione e il congelamento di gameti ed embrioni, anche donati.

³¹⁴ D'ora in avanti, Authority.

trattamenti di procreazione assistita e alle ricerche embriologiche, che compie accertamenti sulle cliniche e gestisce un registro delle informazioni sull'effettuazione dei vari trattamenti e sui relativi esiti³¹⁵.

L'Authority ricopre anche una serie di altre funzioni³¹⁶.

1. In primo luogo, svolge un ruolo nella formulazione delle *policies* relative alla procreazione assistita. Essa ha il compito di redigere ed aggiornare periodicamente un codice di condotta, il c.d. *Code of Practice*³¹⁷, destinato alle cliniche, che stabilisce le linee guida circa l'esecuzione corretta delle attività autorizzate. Ha, inoltre, l'obbligo di promuovere l'adesione al Codice.
2. In secondo luogo, ha il potere di emanare istruzioni (*directions*) con riguardo a tematiche particolari, vincolanti per le cliniche coinvolte.
3. In terzo luogo, svolge un ruolo di informazione sui trattamenti e sulla ricerca sugli embrioni, anche con riguardo alle richieste di informazioni avanzate ai sensi del *Freedom of Information Act 2000* e fornisce consulenze ai ministeri competenti sui recenti sviluppi nella procreazione assistita e nella ricerca embrionale.

Per assicurare l'approvazione del progetto, nell'Act del 1990 era stata introdotta una previsione secondo la quale il personale medico aveva l'obbligo di tenere conto del benessere di qualsiasi nascituro, compreso il bisogno di avere un padre. Or bene, la nuova disciplina è stata, tuttavia, criticata: comporterebbe un onere eccessivo per il personale medico, che

³¹⁵ Il 7 luglio 2013, l'HFEA è stata confermata come autorità di regolamentazione indipendente del Regno Unito per la procreazione assistita e la ricerca sugli embrioni. La conferma è giunta in seguito alla valutazione indipendente commissionata dal Governo volta ad accertare l'opportunità, in termini di efficienza di risorse e di funzioni, di unire la HFEA e la *Human Tissue Authority*. Il parere finale reso a riguardo, poi accolto dal Governo britannico, è stato in senso contrario all'unione.

³¹⁶ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 42-43.

³¹⁷ Il *Code of Practice*, inoltre, delinea i principi generali che dovrebbero essere rispettati nello svolgimento delle attività regolate e nell'esecuzione delle funzioni da parte dell'Authority stessa. Il suo valore non è chiaro: una valutazione delle sue disposizioni non costituisce reato, a differenza della violazione della maggior parte delle previsioni dell'Act.

esegue i trattamenti di procreazione assistita, soprattutto perché le cliniche non dispongono dei poteri e del personale specializzato a condurre verifiche e accertamenti. Il controllo del rispetto di quanto stabilito è difficoltoso. Inoltre, potrebbe essere adottata la sussistenza di una discriminazione: le coppie o gli individui che non soffrono di problemi di fertilità non devono essere sottoposti ad alcuna indagine circa la loro idoneità a divenire genitori³¹⁸.

I pazienti possono richiedere il controllo giurisdizionale (*judicial review*), se il rifiuto proviene da un ospedale del *National Health Service*. In alternativa, essi possono invocare lo *Human Rights* del 1998, ed in particolare gli articoli 8, 12 e 13 della CEDU³¹⁹.

Parallelamente, la disciplina della procreazione medicalmente assistita ha conosciuto un aggiornamento. Nel 2008 è stato approvato lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, il quale ha approvato modifiche ed integrazioni alla normativa vigente. In relazione alla fecondazione eterologa, l'Act del 2008 ha introdotto agevolazioni in materia del riconoscimento della genitorialità delle donne *singles* e delle coppie lesbiche, attraverso l'eliminazione dell'obbligo precedentemente imposto sulle cliniche e di valutare il bisogno, dei nascituri, di un padre³²⁰.

Tra la normativa secondaria, invece, rilevante in materia di fecondazione eterologa vi sono soprattutto le *Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations* del 2004, che hanno eliminato l'anonimato della donazione³²¹.

Dall'insieme della normativa emerge una notevole apertura del Regno Unito nei confronti dei trattamenti di procreazione medicalmente assistita. Apertura che è ulteriormente testimoniata anche dal caso della *Gambling Commission*³²², che ha autorizzato una società priva di scopo di lucro coinvolta

³¹⁸ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 45.

³¹⁹ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 45.

³²⁰ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 46.

³²¹ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 47.

³²² L'ente governativo che concede le autorizzazioni per l'organizzazione e lo svolgimento delle lotterie.

nella lotta all'infertilità ad indire una lotteria nella quale il primo premio è una somma di 25.000 sterline da utilizzare per un ciclo di procreazione assistita presso un'apposita clinica³²³.

3.1 *Focus*: La maternità surrogata

In conformità alle raccomandazioni della Commissione *Warnock*, la maternità surrogata non è una tecnica regolamentata dalla legge o dall'*Authority*: la pratica è semplicemente tollerata. Come presentemente esplicito, si distingue tra maternità surrogata completa e parziale: solo nel primo caso è necessario rivolgersi ad una clinica autorizzata *dall'Authority*, che è, quindi, tenuta a compiere tutti gli accertamenti necessari³²⁴.

La Commissione *Brazier*, convocata tredici anni dopo, ha espresso un parere leggermente più favorevole alla pratica, escludendo comunque che la normativa non avrebbe dovuto sostenerla o incoraggiarla³²⁵.

Anche la giurisprudenza è mutata nel corso degli anni rispetto alla condanna unanime della surrogazione di maternità espressa dalla *Court of Appeal* del 1978. Ora, trattandosi di una pratica meramente tollerata, la conclusione di un accordo di maternità surrogata non integra un reato ma l'accordo stesso non ha valore legale. Ciò è stato sancito dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990, che ha modificato a tal fine il *Surrogacy Agreements Act* 1985. La coppia committente non può, dunque, citare in giudizio la madre surrogata se essa rifiuta di consegnare il bambino; allo stesso modo, la madre surrogata non può citare in giudizio la coppia committente per non aver versato i pagamenti concordati o per non volere il bambino in seguito alla nascita³²⁶.

³²³ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 48.

³²⁴ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 59.

³²⁵ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 60.

³²⁶ *Ibidem*.

Se la commercializzazione è espressamente vietata per legge, la prassi è piuttosto diversa. Nei casi in cui la madre surrogata è sconosciuta ai committenti, in genere essa riceve circa 10-15mila sterline per i propri servizi, che potrà mantenere anche qualora le autorità locali ne venissero a conoscenza³²⁷.

La madre del bambino è la madre che porta o ha portato a termine la gravidanza. Dunque, la madre surrogata è sempre la madre della prole dal momento della nascita, a prescindere dall'esistenza di un eventuale legame genetico tra partoriente e bambino. Essa, dunque, ha il diritto di tenere il bambino, essendo la madre legale, finché non viene eseguito un p.o. o finché non viene avviata la procedura di adozione da parte della madre committente. Se, da un lato, tale approccio britannico ha il pregio della chiarezza e della semplicità, esso ha anche il grave difetto di porre la madre surrogata in una posizione precaria: data la non giustiziabilità degli accordi di maternità surrogata, se la coppia committente non desidera più il bambino, esso sarà a carico della madre committente³²⁸.

4. Il progetto di riforma

Il *consultation paper* presentato dalle Commissioni di Riforma propone di affiancare all'*iter* tradizionale un nuovo procedimento per il riconoscimento della genitorialità nei casi di surrogazione di maternità. Il *new pathway*³²⁹ si caratterizza per la possibilità di attribuire ai genitori intenzionali la titolarità del rapporto di filiazione *ab origine*³³⁰.

Per garantire adeguata tutela ai soggetti coinvolti, le Commissioni hanno individuato specifici requisiti di idoneità. In particolare, è importante sottolineare

³²⁷ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 60: ciò è possibile perché le corti hanno il potere di autorizzare ex post i pagamenti versati, anche in violazione del divieto imposto per legge. Se le Corti ritengono che è nell'interesse del minore rimanere con la coppia committente, l'autorizzazione retrospettiva di qualsiasi versamento effettuato sarà concessa con relativa facilità.

³²⁸ Sarah Pasetto, op.sub.cit., p. 61.

³²⁹ D'ora in avanti, n.p.

³³⁰ Marco Poli, op.sub.cit., p. 9.

che – a differenza di quanto previsto dalla *section 54 HFEA 2008* – non sia necessario che almeno uno dei genitori intenzionali condivida un legame genetico con il minore³³¹.

Per accedere al n.p., le parti devono stipulare un *surrogacy agreement* prima del concepimento. Tale accordo dovrà contenere una dichiarazione volta a dimostrare la volontà delle parti a che, alla nascita, il minore viva con i genitori intenzionali, che ne saranno genitori *ipso iure*. Dovrà, inoltre, essere formalizzato l'accordo per cui la madre surrogata, e l'eventuale uso *partner*, non saranno genitori legali. Dopo il parto, quest'ultima avrà comunque un periodo limitato di tempo per esercitare il diritto di opporsi all'acquisizione della genitorialità giuridica da parte dei committenti³³². Va da sé che il consenso a tale costruzione dello *status filiationis* dovrà essere prestato volontariamente da individui capaci ed essere ricevuto da soggetti a ciò autorizzati³³³.

La grande novità introdotta dal n.p. è, dunque, quella di riconoscere la volontà (*intention*) delle parti quale elemento costitutivo *ab origine* del rapporto genitoriale. Nel percorso tradizionale, invece, la volontà delle parti aveva solamente una rilevanza sopravvenuta: l'atto di nascita si formava con l'indicazione della madre surrogata e dell'eventuale partner come genitori *ipso iure*. Nel n.p., invece, viene eliminata rilevanza all'elemento gestazionale: assume rilevanza costitutiva la volontà³³⁴.

Sebbene, in base all'accordo di surrogazione, si presuma che i genitori intenzionali saranno *ipso iure* genitori, questi non possono procedere *de plano* a

³³¹ Marco Poli, op.sub.cit., p. 10.

³³² Marco Poli, op.sub.cit., p. 10.

³³³ Più precisamente, tale consenso dovrà essere raccolto dal personale della clinica presso cui si opererà l'IVF (funzionale alla surrogazione) o di una *surrogacy organization* accreditata. Le medesime cliniche, poi, dovranno tenere traccia degli accordi di surrogazione in cui saranno coinvolti. Tale documentazione sarà conservata per un periodo di 100 anni, per dimostrare l'avvenuta surrogazione. Una copia degli accordi verrà, altresì, custodita nel Registro nazionale degli accordi di surrogazione. Dopo il parto, dunque, non sarà il servizio sanitario nazionale (NHS) a fornire al Registro le informazioni utili alla formazione dell'atto di nascita. Al contrario, saranno i genitori ad essere gravati dall'onere di denunciare la nascita entro i termini legali (42 giorni in Inghilterra e Galles, 21 giorni in Scozia). Quindi, la madre surrogata può opporsi in qualsiasi momento, purché entro i termini stabiliti.

³³⁴ Marco Poli, op.sub.cit., p. 11.

registrare la nascita del minore: tale facoltà è sottoposta a un limite corrispondente al periodo concesso alla surrogata di opporsi.

5. Il diritto del minore ad accedere alle informazioni relative all'accordo di surrogazione

Le Commissioni dedicano un intero capitolo del *consultation paper* ad indagare il diritto del minore ad accedere alle informazioni relative all'accordo di surrogazione³³⁵.

Molti danno per scontata la conoscenza delle loro origini, potendole apprendere direttamente in famiglia, ma per altri – come i figli adottati o nati da surrogazione di maternità – si tratta di una conquista recente. È solo dalla fine degli anni Ottanta che si è cominciato a parlare, a riguardo, di un diritto fondamentale³³⁶.

Per quanto riguarda, invece, la PMA, fino al 2005 l'ordinamento del Regno Unito ha garantito particolare tutela all'anonimità dei donatori di gameti, riconoscendo solo limitati diritti ai minori concepiti con IVF eterologa³³⁷. Lo *Human Fertilisation and Embryology Authority Regulation 2004*, poi, ha ribaltato tale impostazione emendando proprio la *section 31* dello HFEA 1990. Tale intervento ha stabilito che tutte le persone concepite tramite fecondazione eterologa, con gameti donati dopo il 1° aprile 2005, possono, una volta raggiunta

³³⁵ Marco Poli, op.sub.cit., p. 12.

³³⁶ A livello internazionale, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 Novembre 1989, ha affermato per prima (all'art. 7) che le persone minori hanno il diritto di conoscere i loro genitori, nella misura possibile. Successivamente, è intervenuta la Convenzione de L'Aia del 1993 sulla protezione dei minori e cooperazione in materia di adozione internazionale: all'art. 30 prevede che le autorità competenti si impegnino a conservare e a garantire l'accesso alle informazioni sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e quelle relative alla sua storia sanitaria. Inoltre, tale diritto è stato oggetto di un graduale processo di riconoscimento anche attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti umani in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU.

³³⁷ La *section 31* dello HFEA 1990 prevedeva che alla maggiore età fosse garantito l'accesso solo a informazioni non identificative: quelle necessarie da un punto di vista medico e quelle relative ad eventuali familiarità genetiche con la persona che s'intendeva sposare.

la maggiore età, richiedere e venire a conoscenza di informazioni relative alla persona che ha donato (anche quelle identificative)³³⁸.

Quanto finora delineato ha evidentemente delle ripercussioni anche nella fattispecie di surrogazione di maternità: i minori nati tramite tale pratica potranno avere accesso all'identità di chi ha donato i gameti nel caso in cui si sia ricorsi a una PMA in strutture riconosciute. Con esplicito riferimento alla *surrogacy*, poi, è il caso di sottolineare come non sia previsto alcun obbligo, in capo ai genitori intenzionali, di comunicare al minore le circostanze che hanno portato al suo concepimento e alla sua nascita. Parallelamente, seppur la *section 31 HFEA 1990* individui una procedura atta a soddisfare il diritto a conoscere le proprie origini genetiche, l'ordinamento britannico non contempla norme specifiche relative alla divulgazione informativa circa la nascita da surrogazione³³⁹.

Le Commissioni non ritengono sussista alcuna ragione per trattare le origini biologiche di una persona in modo diverso rispetto a quelle genetiche. Alla luce di tale disparità di trattamento, si è dunque evidenziata la necessità di riformare la disciplina in materia³⁴⁰. Quali le soluzioni proposte?

Le Commissioni sottolineano che una riforma dei registri anagrafici esorbiterebbe rispetto all'oggetto del *consultation paper*. Per tale motivo, hanno concluso che l'identità della madre surrogata non possa essere ivi riportata. Affinché, dunque, le persone nate dalla *surrogacy* possano accedere alle proprie origini biologiche, propongono che l'atto integrale³⁴¹ faccia esplicita menzione dell'avvenuta stipulazione dell'accordo di surrogazione. Le informazioni identificative, invece, saranno conservate nel registro nazionale degli accordi di surrogazione: un registro ad hoc, che le Commissioni propongono di istituire³⁴².

³³⁸ Marco Poli, op.sub.cit., p. 13.

³³⁹ Marco Poli, op.sub.cit., p. 14: appare, quindi, evidente come, in seno a tale diritto – da intendersi come il diritto a identificare la propria provenienza – si crei una netta distinzione tra discendenza genetica (di cui si ha diritto a venire a conoscenza) e discendenza biologica (che non sembra, invece, ricoprire alcuna rilevanza giuridica nell'ambito della maternità surrogata).

³⁴⁰ Marco Poli, op.sub.cit., p. 14.

³⁴¹ Lo stato civile del Regno Unito prevede due forme di atto di nascita: l'atto integrale (*full birth certificate*), che riporta le informazioni relative ai genitori, e l'atto sintetico (*short birth certificate*), contenente solo i dati del minore.

³⁴² Marco Poli, op.sub.cit., p. 15.

Il diritto a conoscere le proprie origini, quindi, verrà soddisfatto attraverso gli atti anagrafici e il nuovo registro, come sopra individuati. Ciò implica, necessariamente, che solo alcune persone nate tramite *surrogacy* potranno accedere ad una rivelazione piena delle loro origini genetiche e biologiche. Tutti coloro, invece, che sono dovuti ricorrere ad un parental order, avranno la facoltà di richiedere l'atto di nascita integrale, potendo accedere all'informazione di essere nati tramite surrogazione.

Abbiamo precedentemente detto che il Regno Unito delinea una maternità unica e indisponibile. Secondo alcuni, tale impostazione verrebbe incrinata dalla *surrogacy* e, maggiormente, dal *new pathway*: la scissione tra maternità biologica e sociale comporterebbe una maggior fluidità dello *status*³⁴³.

Occorre sottolineare che, se da una parte, è innegabile come la maternità surrogata sfidi alcuni principi consolidati in materia di filiazione, dall'altra, il riconoscimento di rilevanza giuridica accordata alla volontà non intacca il modello di maternità unica e inscindibile. La disciplina del n.p., invero, non ha fatto altro che attribuire la maternità alla madre intenzionale, svuotando il parto di significato, sulla base di un accordo validato da un controllo amministrativo. Non viene, quindi, costruita una maternità giuridica flessibile: viene solo tracciato un percorso parallelo a quello tradizionale (escludente)³⁴⁴.

6. La maternità surrogata in Italia e nel Regno Unito: situazioni a confronto

Nella Costituzione italiana non c'è un riferimento diretto al diritto alla procreazione. Questo, al contrario, è desumibile dagli articoli 29, 30 e 31 della Carta fondamentale, nonché riconducibile nella sfera dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 della stessa. La procreazione è intesa come fatto responsabile della coppia e, quindi, come diritto sociale. Per tale ragione è, quindi,

³⁴³ Marco Poli, op.sub.cit., p. 16.

³⁴⁴ Ibidem.

preferibile parlare di diritto alla libertà procreativa: viene accentuato l'elemento della scelta e della responsabilizzazione alla procreazione, essendo necessario limitarne i modi e i tempi³⁴⁵.

Nel Regno Unito, il concetto giuridico di madre riflette il paradigma della procreazione naturale: è madre colei che affronta la gravidanza e partorisce. La rilevanza del parto resta centrale anche nei casi di procreazione medicalmente assistita, così come riportato dalla *Section 33 HFEA 2008*. Dalla casistica britannica, appaiono evidenti due caratteristiche della maternità³⁴⁶:

- unica, poiché non ci sono maternità altre (colei che ha ricoperto il ruolo di surrogata resta genitrice, non madre, agli occhi del diritto);
- indisponibile, poiché chi partorisce non può determinarsi nell'attribuzione della titolarità del rapporto, che viene imposto per il fatto biologico del parto.

In Italia può parlarsi di un diritto alla procreazione artificiale. Nella sentenza n. 162/2014 è la stessa Corte costituzionale a sancire che «l'atto che consente di diventare genitori incontra dei limiti e deve essere bilanciato» con altri interessi rilevanti. Viene, quindi, configurato come un diritto sociale. In tale scenario, è lo Stato a svolgere la funzione di garantire regole a tutela degli interessi coinvolti: il diritto alla libertà procreativa è ancorato al diritto alla salute, considerato come manifestazione della libertà e della personalità dell'individuo³⁴⁷.

È proprio su queste basi che il legislatore italiano, dopo anni di silenzio, ha introdotto la prima disciplina organica in materia di riproduzione artificiale: la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Risultato di un iter cominciato solo nel 1997, tale normativa risulta «caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici [...] che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e

³⁴⁵ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione italiana*, cap. 1, pg. 1ss.

³⁴⁶ Vedi paragrafo 1. *La procreazione naturale e artificiale nel Regno Unito*, cap. 3, pg. 60ss.

³⁴⁷ Intendendo tanto la donna, quanto l'embrione.

all'autodeterminazione della donna». Viste le consistenti eccezioni di incostituzionalità di cui si è fatto foriere, il testo attuale della legge rende oggi possibile anche in Italia l'accesso alle tecniche di P.m.a. e, al tempo stesso, vieta la maternità surrogata nelle sue dimensioni commerciale e solidaristica³⁴⁸. È la stessa sentenza costituzionale del 2017 a confermare il divieto di maternità surrogata: tale contratto «offendo in modo intollerabile la dignità umana della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Nel Regno Unito, invece, manca una Costituzione scritta. In sua assenza, in tema di procreazione medicalmente assistita, assumono rilievo gli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, incorporata nell'ordinamento britannico per mezzo dello *Human Rights Act* del 1998. La prima legge in materia è lo *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990, della quale hanno costituito le fondamentali raccomandazioni della commissione convocata nel 1982, allo scopo di valutare gli orientamenti dell'opinione pubblica in merito alle nuove tecnologie disponibili in tale settore. A seguire, nel 2008 è stato approvato o *Human Fertilisation and Embryology Act*, che ha approvato modifiche e integrazioni alla normativa³⁴⁹.

Inoltre, a differenza dell'ordinamento italiano, nell'ordinamento britannico, la maternità surrogata è una pratica che viene tollerata: la conclusione di un accordo di *surrogacy* non costituisce reato ma tale accordo non ha valore legale³⁵⁰. La *surrogacy* si discosta dalla filiazione naturale, mettendo potenzialmente in crisi la maternità così intesa. Per l'ordinamento britannico, a differenza di altri, il mero legame genetico non è giuridicamente determinante per l'attribuzione dello *status filiationis*. Al contrario, è centrale il c.d. *surrogacy agreement*: un accordo nel quale la surrogata e i genitori intenzionali stabiliscono che la prima porterà avanti la gravidanza con l'intento di affidare il nascituro ai secondi, che saranno gli unici genitori *ipso iure*. L'attribuzione di tale *status*,

³⁴⁸ Vedi paragrafo 2. *Il diritto alla procreazione artificiale e la tutela della salute*, cap. 1, pg. 4ss.

³⁴⁹ Vedi paragrafo 3. *Il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita nel Regno Unito*, cap. 3, pg. 65ss.

³⁵⁰ Vedi paragrafo 4. *Focus: La maternità surrogata nel Regno Unito*, cap. 3, pg. 69ss.

tuttavia, non si produce per effetto della mera volontà delle parti manifestata nell'accordo: è necessario l'intervento del giudice competente, tramite il *parental order*. Se, dopo la nascita, tutto procede come pattuito nel *surrogacy agreement*, la madre surrogata affiderà la prole ai genitori intenzionali e questi provvederanno a richiedere un p.o. In tal caso, questi si vedranno riconosciuta *ipso iure* la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale, estinguendo lo *status* di madre surrogata³⁵¹.

In Italia, invece, la maternità surrogata si pone come una fattispecie che viola le norme di ordine pubblico e buon costume, essendo intesa come forma di "sfruttamento" della donna gestante. Attualmente, tale pratica è vietata solo se l'atto di gestazione per altri sia compiuto in Italia: quindi, le coppie che si recano all'estero non sono perseguibili, poiché compiuto su un suolo nazionale di un Paese in cui non costituisce reato. Nei Paesi in cui la maternità surrogata è consentita è anche pienamente riconosciuto lo *status* di genitore in capo alle coppie committenti: questi, quindi, al momento della nascita sono considerati genitori a tutti gli effetti. La situazione si complica una volta rientrati in Italia. Per la legge italiana, al contrario, non sono considerati genitori e si deve procedere all'"adozione in casi particolari"³⁵².

³⁵¹ Vedi paragrafo 2. *La procreazione attraverso la surrogazione di maternità*, cap. 3, pg. 62ss.

³⁵² Deborah Gallo, *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio "de iure condito" e "de iure condendo"*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N. 20°, 2024, p. 958ss.

Il Portogallo

1. Il diritto alla procreazione naturale e artificiale nella Costituzione portoghese

Nella Costituzione portoghese non c'è un espresso riferimento al diritto di procreazione naturale; tuttavia, lo si può implicitamente ricavare da alcune disposizioni della stessa.

Anzitutto, l'art. 26, comma 3³⁵³ e l'art. 36, comma 1³⁵⁴, facendo riferimento all'«identità genetica dell'uomo» e alla possibilità di formare una famiglia nonché di stringere un vincolo matrimoniale, sott'intendono un diritto alla maternità e alla genitorialità.

In secondo luogo, centrale nella Costituzione portoghese³⁵⁵ è il principio di dignità ex art. 1, per cui «il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e sociale»³⁵⁶. Si tratta di uno dei “Principi fondamentali”, che precedono la Parte Prima intitolata “Diritti e doveri fondamentali”. Il riferimento a una «società libera, giusta e sociale» ammette un'apertura verso la procreazione naturale, intesa come processo di fecondazione naturale che permette la crescita di un contesto sociale, libero e giusto.

Un limite irrinunciabile, la dignità, per la Riforma costituzionale del 1997: si è imposto al legislatore ordinario il compito di regolare la materia della procreazione medicalmente assistita³⁵⁷, al fine di stare al passo con gli sviluppi

³⁵³ Costituzione portoghese, così recita l'art. 26, comma 3: «la legge garantisce la dignità personale e l'identità genetica dell'uomo, in particolare nella creazione, nello sviluppo e nell'uso delle tecnologie e della sperimentazione scientifica».

³⁵⁴ Costituzione portoghese, così recita l'art. 36, comma 1: «ogni persona ha diritto di formare una famiglia e di sposarsi a parità di condizioni».

³⁵⁵ La Costituzione portoghese del 1976 è stata preceduta da diversi altri testi costituzionali: nel 1822, dai tratti prettamente liberal democratici; nel 1911, liberale, democratica e repubblicana; nel 1826 e nel 1838, con l'obiettivo di conciliare il liberalismo con la monarchia; nel 1933, come strumento al servizio del regime dittatoriale di Oliveira Salazar e Marcelo Caetano (abbattuto con la Rivoluzione democratica del 25 aprile 1974).

³⁵⁶ Costituzione portoghese.

³⁵⁷ D'ora in poi, PMA.

della realtà sociale³⁵⁸. La Costituzione portoghese riconosce espressamente un diritto alla procreazione artificiale. A riguardo, l'art. 67, comma 2, lett. e) prevede che «è compito dello Stato, per la protezione della famiglia, in particolare: [...] disciplinare la procreazione assistita nei termini che tutelino la dignità della persona umana»³⁵⁹. Or bene, per delimitare le opzioni legislative in questa materia si ritengono sufficienti i principi fondanti dello Stato di diritto democratico presenti nella Carta fondamentale³⁶⁰.

2. Il quadro normativo *ante legem* n. 23/2006 sulla PMA

Nel 1986 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa invitò gli Stati membri a regolamentare la PMA con la raccomandazione n. 1046 sull'utilizzo di embrioni e feti umani per fini diagnostici, terapeutici o scientifici, tenendo conto dei valori umani che richiedono protezione giuridica. Fu, allora, creata in Portogallo la Commissione per l'inquadramento legislativo delle nuove tecnologie: dal carattere provvisorio e restrittivo, nello stesso anno fu elaborato il decreto-legge n. 319, il quale sancì il permesso all'accesso a tecniche di PMA³⁶¹.

Nel 1997, a seguito della riforma costituzionale, fu approvato un progetto – mai convertito in legge – che regolava complessivamente la PMA. Tuttavia, il Presidente della Repubblica pose il veto: non c'era sufficiente maturità nella materia e mancava il consenso sulla fecondazione in vitro, sull'utilizzo delle tecniche di diagnosi preimpianto, sulla ricerca con embrioni e sul diritto alla privacy³⁶².

³⁵⁸ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, *La Corte costituzionale portoghese tra scienza e dignità: procreazione medicalmente assistita e sperimentazione sugli embrioni*, in Trento Biolaw Selected Student Papers, 2016, p. 7.

³⁵⁹ Costituzione portoghese.

³⁶⁰ Carmen Guerrero Picò, Portogallo, p. 139, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

³⁶¹ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, op.sub.cit., p. 7.

³⁶² Ibidem.

Nel corso degli anni, il dibattito sulla questione si è acceso fino a sentire l'esigenza di una legislazione in materia. Pertanto, nel 2006 si arriva ad approvare la legge n. 32 che regola la PMA e alcune questioni ad essa connesse³⁶³. Nonostante tale legge sia da considerarsi come "vittoria" di un iter turbolento, il Portogallo è stato uno degli ultimi paesi europei a legiferare in materia³⁶⁴.

3. La procreazione attraverso la maternità surrogata: la legge n. 32/2006 sulla PMA

La legge 32/2006 si apre con l'enumerazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita consentite³⁶⁵. Esse sono sussidiarie e non alternative alla procreazione naturale: il loro utilizzo è subordinato a una serie di condizioni di ammissibilità (quali, diagnosi di infertilità, trattamento di malattie gravi)³⁶⁶. L'accesso a tali tecniche è consentito solo alle coppie spostate, non separate legalmente o di fatto, o conviventi *more uxorio* di sesso diverso, unite da almeno due anni³⁶⁷. I beneficiari dovranno avere almeno 18 anni e non essere indetti o inabilitati per motivi psichici³⁶⁸.

La legge permette:

- la fecondazione eterologa, con donazione di spermatozoi, di ovuli o di embrioni³⁶⁹;

³⁶³ Tra cui, la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni.

³⁶⁴ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, op.sub.cit., p. 7.

³⁶⁵ Il riferimento è all'art. 2, legge 32/2006:

- inseminazione artificiale;
- fertilizzazione in vitro;
- iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi;
- trasferimento di embrioni, di gameti o di zigoti;
- diagnosi genetica preimpianto;
- altre tecniche di laboratorio di manipolazione genetica o embrionale, equivalenti o sussidiarie rispetto a quelle precedentemente elencate.

³⁶⁶ Il riferimento è all'art. 2, legge 32/2006.

³⁶⁷ Il riferimento è all'art. 29, legge 32/2006.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Il riferimento è all'art. 28, legge 32/2006.

- la fecondazione *post mortem* solo per realizzare un progetto genitoriale già stabilito per iscritto prima della morte del padre, purché sia decorso un termine necessario per permettere alla madre di giungere a una decisione ponderata³⁷⁰.

Risultano, invece, vietate:

- la compravendita del materiale biologico di cui al primo punto precedente³⁷¹;
- la clonazione umana a fini riproduttivi, l'utilizzo delle tecniche di PMA per determinare caratteristiche non mediche dei nascituri, se pur con alcune eccezioni³⁷²;
- la maternità surrogata, sia a titolo oneroso che gratuito, ma solo la prima viene sanzionata penalmente³⁷³.

Nello specifico, per quanto concerne la maternità surrogata, di rilievo è l'art. 8 della legge n. 32/2006 per cui «sono nulli i contratti sia gratuiti che onerosi che hanno ad oggetto la maternità surrogata»³⁷⁴. Al comma 2, poi, ne fornisce una definizione: «qualunque situazione nella quale una donna sia disposta a portare avanti una gravidanza per conto di altri ed a consegnargli il neonato dopo il parto, rinunciando ai poteri e ai doveri propri della maternità». Al comma 3, viene enfatizzato il principio *mater semper certa est*: «la donna che porta avanti la gravidanza è considerata a tutti gli effetti di legge la madre del nascituro».

³⁷⁰ Il riferimento è all'art. 22, legge 32/2006.

³⁷¹ Il riferimento è all'art. 28, legge 32/2006.

³⁷² Il riferimento è all'art. 7, legge 32/2006.

³⁷³ Il riferimento è all'art. 39, legge 32/2006.

³⁷⁴ Il riferimento è all'art. 8, comma 1 legge 32/2006.

4. La prima giurisprudenza costituzionale *post legem* n. 32/2006

Il 3 marzo 2009 il Tribunale costituzionale portoghese, con la sentenza 101, si è pronunciato sulla costituzionalità della legge 32/2006 sulla PMA, a seguito del ricorso presentato da un gruppo di deputati dell'Assemblea della Repubblica. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata per presunto contrasto di varie norme della legge con diversi documenti internazionali³⁷⁵ e con la Costituzione³⁷⁶.

La Costituzione è il primo parametro utilizzato dai giudici per valutare la legittimità della legge in discorso. Come precedentemente detto, l'unico riferimento espresso alle tecniche di PMA dalla Costituzione portoghese è all'art. 67, comma 2, lett. e). Tale disposizione rileva l'obbligo per il legislatore di procedere a regolamentare la materia, ma non riconosce il diritto a qualsiasi tecnica di PMA: esclude quelle lesive della dignità umana³⁷⁷. Per la Costituzione, quest'ultimo principio è necessario per concretizzare e delimitare il contenuto di diritti fondamentali costituzionalmente consacrati³⁷⁸; il riferimento è all'integrità fisica e morale³⁷⁹, al diritto dell'identità personale, genetica e sviluppo della personalità³⁸⁰, al diritto di costruire una famiglia³⁸¹ e al diritto alla salute³⁸².

Per quello che in tale sede interessa, i ricorrenti sollevano questione di legittimità costituzionale riguardo l'art. 39. Non sottoponendo a sanzione penale la maternità surrogata a titolo gratuito, verrebbe promosso un atteggiamento permissivo nei confronti di tale pratica e ciò rappresenterebbe un rischio per la

³⁷⁵ Nello specifico, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la Convenzione di Oviedo.

³⁷⁶ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, op.sub.cit., p. 10.

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, op.sub.cit., p. 11.

³⁷⁹ Costituzione portoghese, art. 25.

³⁸⁰ Costituzione portoghese, art. 26.

³⁸¹ Costituzione portoghese, art. 36.

³⁸² Costituzione portoghese, art. 64.

dignità umana e altri diritti dell'uomo. Inoltre, tale mancanza creerebbe una contraddizione rispetto all'art. 8³⁸³ della stessa legge³⁸⁴.

I giudici rigettano la questione. L'art. 8 attribuisce a entrambe le forme di maternità surrogata, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito, le stesse conseguenze sul piano civile. In secondo luogo, l'applicazione di una sanzione penale deve essere vista come ultima *ratio*: il ricorso ad essa è giustificato solamente dalla necessità di proteggere un assetto legale o un valore che non può essere protetto allo stesso modo per altra via. La scelta di ricorrere a tale soluzione spetta esclusivamente al legislatore e il Tribunale potrà intervenire solo nei casi in cui essa risulti manifestamente arbitraria e non è il caso in questione. Il Tribunale, quindi, conclude sostenendo come dalle norme che regolano la maternità surrogata non emerga un atteggiamento permissivo verso la maternità surrogata³⁸⁵.

5. La legge n. 25/2016 e il *Decreto Regolamentar* n. 6/2017 del 31 luglio del 2017

Il 22 agosto del 2016, su iniziativa del *Bloco de Esquerda* (uno dei partiti della sinistra *Iusitana* che appoggiano il monocolore socialista), si conclude un processo legislativo che conduce alla promulgazione della legge n. 25 sulla “gestazione per sostituzione”. Il dibattito parlamentare si era concentrato su:

- il carattere di eccezionalità del ricorso alla gestazione per altri;
- il titolo gratuito;
- la salvaguardia del legame “privilegiato” tra la madre genetica e il bambino.

³⁸³ Costituzione portoghese, art. 8.

Comma 1: «sono nulli i contratti sia gratuiti che onerosi che hanno ad oggetto la maternità surrogata».

Comma 2 definizione di maternità surrogata «qualunque situazione nella quale una donna sia disposta a portare avanti una gravidanza per conto di altri ed a consegnargli il neonato dopo il parto, rinunciando ai poteri e ai doveri propri della maternità».

Comma 3: «la donna che porta avanti la gravidanza è considerata a tutti gli effetti di legge la madre del nascituro».

³⁸⁴ Isabella Murello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon, op.sub.cit., p. 14.

³⁸⁵ Ibidem.

Tale legge si è inserita nella più ampia revisione della legge sulla PMA 32/2006: viene consentito l'accesso alla pratica a tutte le donne, eliminando ogni requisito legato allo stato civile o all'orientamento sessuale³⁸⁶.

Il primo agosto del 2017 entra in vigore il *Decreto Regolamentar* n. 6/2017, pubblicato nel *Diario da Repubblica*: un provvedimento attuativo, emanato dal governo *Iusitano*, per dare concreta applicazione alla legge 25/2016.

Con tale decreto, si apre la possibilità di iniziare l'iter di autorizzazione che conduce alla richiesta di maternità surrogata.

Sulla base della legge 25/2016, possono avere accesso alla “gravidanza di sostituzione” solo le donne che si trovino in una situazione eccezionale: un quadro clinico che impedisca la gravidanza³⁸⁷, debitamente comprovata. Il ricorso alla surrogazione è possibile, poi, solo a titolo gratuito. A queste condizioni, la gravidanza può essere oggetto di un apposito contratto di maternità surrogata, che a sua volta dipende da una preventiva autorizzazione da parte del Consiglio Nazionale per la Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA) e da un parere dell'ordine dei medici³⁸⁸.

Dando seguito a quanto disposto, il decreto in discorso garantisce la priorità attribuita al legame tra la madre genetica e il bambino, a partire dal processo di maternità surrogata. Deve, inoltre, essere garantito alla gestante un'adeguata assistenza psicologica, prima e dopo il parto³⁸⁹.

³⁸⁶ www.articolo29.it, ultimo accesso 17/05/2024.

³⁸⁷ In particolare, in caso di assenza, lesione o malattia dell'utero tali da impedire alla donna in forma assoluta e definitiva la gravidanza o in altri casi clinici idonei a giustificarla.

³⁸⁸ www.articolo29.it, ultimo accesso 17/05/2024.

³⁸⁹ *Ibidem*.

6. Il Tribunale costituzionale e l'Acòrdão n. 225/2018 del 24 aprile

Trenta deputati dell'*Assembleia da República* hanno presentato ricorso al Tribunale costituzionale portoghese contro alcune disposizioni della legge 32/2006 sulla PMA, come novellati dalla legge 25/2016³⁹⁰.

La pronuncia del Tribunale³⁹¹ ha riguardato la legittimità di tre profili: a) il riconoscimento della gestazione per altri; b) la regola dell'anonimato dei donatori e della gestante; c) la regola che dispensa automaticamente dall'indagine sulla paternità del figlio nato da una donna che si sia sottoposta a tecniche di PMA³⁹².

a) Il Tribunale ha ritenuto che la gestazione per altri – concepita come metodo di procreazione sussidiario ed eccezionale, basato sul consenso pieno di entrambe le parti interessate, mediante un contratto a titolo gratuito – non sia lesiva di per sé della dignità della gestante³⁹³ e del bambino né dell'obbligo dello Stato di proteggere l'infanzia³⁹⁴.

Tuttavia, ferma restando codesta legittimità generale, il Tribunale portoghese ha dichiarato incostituzionale alcune disposizioni della legge sulla PMA. In concreto, ha censurato le disposizioni seguenti.

- I limiti alla revoca del consenso prestato dalla gestante. Ex art. 8, comma 8, in combinato disposto con l'art. 14, comma 5, questo poteva essere prestato solo prima di iniziare la pratica. Il legislatore, tuttavia, non aveva tenuto conto del fatto che la gestante avrebbe potuto volersi ritirare dal progetto

³⁹⁰ Carmen Guerrero Picò, *Il tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, in Corte Costituzionale, Servizio Studi, Area di diritto pubblico comparato, 2018, p. 1.

³⁹¹ L'Acòrdão n. 225/2018 del 24 aprile.

³⁹² Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 2.

³⁹³ Nello specifico, per il Tribunale costituzionale portoghese non può dirsi che la gestante sia sfruttata economicamente. Questa e i beneficiari si impegnano, liberamente e reciprocamente, in un progetto – la surrogazione – che avviene con la partecipazione di tutti. La gestante è mossa da uno stimolo altruistico, per vincere difficoltà che i beneficiari non sarebbero in grado di superare.

³⁹⁴ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 2.

genitoriale poiché non più desiderosa di portare a termine la gravidanza oppure perché desiderosa di condurla come progetto genitoriale proprio.

La disciplina della revoca mancava di proporzionalità e violava il diritto fondamentale allo sviluppo della personalità (in conformità con il principio della dignità umana) e il diritto a formare una famiglia. Dunque, per le stesse ragioni, il giudizio di illegittimità si è esteso anche all'art. 8, comma 7, che prevedeva che il bambino fosse sempre figlio dei beneficiari, senza tener conto di un'eventuale revoca della gestante³⁹⁵.

- L'incertezza giuridica riguardo allo *status* della filiazione dei bambini nati in seguito alla dichiarazione di nullità del contratto. Ex art. 8, comma 12, la legge non aveva introdotto alcuna modulazione in base al tempo che fosse trascorso o alla rilevanza dei motivi invocati per giustificare la nullità: in tal modo, veniva leso l'interesse superiore del bambino, il diritto all'identità personale e il principio di certezza del diritto³⁹⁶.
- L'indeterminatezza della legge relativamente ai limiti dell'autonomia delle parti e alle possibili restrizioni nei confronti del comportamento della gestante. Ex art. 8, commi 4, 10 e 11, in secondo luogo il legislatore si era limitato a stabilire che il contratto dovesse prevedere come agire in caso di malformazioni del feto nonché in caso di interruzione di gravidanza. In secondo luogo, a vietare l'introduzione di clausole che incidessero sulla dignità e sui diritti della gestante. Questo, tuttavia, non permetteva di stabilire quali fossero i parametri di concretizzazione prevedibili ad opera delle parti: veniva, così, violato il principio di determinatezza delle leggi, corollario del principio dello Stato di diritto democratico³⁹⁷.

b) La regola dell'anonimato dei donatori (nel caso di utilizzo di tecniche di

³⁹⁵ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 2-3.

³⁹⁶ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 3.

³⁹⁷ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 3.

procreazione eterologa) e della madre surrogata (art. 15, commi 1 e 4, LPMA) è stata ritenuta illegittima.

La disciplina, invero, non permetteva di valutare tutte le circostanze delle fattispecie concrete né, quindi, bilanciare tutti i diritti fondamentali in gioco. Considerata la crescente rilevanza delle concezioni per cui conoscere le proprie origini fosse elemento fondamentale della costruzione identitaria, il legislatore aveva imposto una restrizione non necessaria dei diritti all'identità personale e al libero sviluppo della personalità³⁹⁸.

c) Il Tribunale portoghese ha escluso la violazione della dignità umana, del principio di uguaglianza e del diritto all'identità personale nel caso di rinuncia automatica ad indagare sulla paternità in presenza del consenso all'utilizzo di tecniche di PMA. I donatori invero, non possono essere considerati genitori agli effetti della determinazione della filiazione³⁹⁹.

Il Tribunale costituzionale portoghese ha, poi, deciso che i processi terapeutici di gestazione per altri già avviati, con contratti approvati dal Consiglio nazionale di procreazione assistita, non sarebbero stati interessati dalle anzidette dichiarazioni di costituzionalità⁴⁰⁰.

7. Il decreto dell'Assemblea della Repubblica n. 208/XIV del 26 novembre 2021 e l'esistenza di un "diritto al figlio"

Il 29 novembre 2019, il Presidente della Repubblica portoghese, Marcelo Rebelo de Sousa, ha promulgato il decreto dell'Assemblea della Repubblica n. 208/XIV, del 26 novembre 2021, che modifica il regime giuridico applicabile alla

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit., p. 4.

⁴⁰⁰ *Acórdão* n. 225/2018 del 24 aprile.

gestazione per sostituzione, novellando la legge 32/2006 sulla PMA. Il Presidente ha ritenuto superate le criticità delle precedenti proposte di legge, riguardanti la disciplina sulla revoca del consenso della gestante, su cui si era pronunciato il Tribunale costituzionale⁴⁰¹.

La nuova disciplina⁴⁰²:

- prevede il termine di venti giorni entro i quali la gestante può decidere di non cedere il neonato alla coppia di committenti⁴⁰³;
- è applicabile solo ai cittadini portoghesi e agli stranieri con residenza permanente in Portogallo;
- autorizza eccezionalmente la celebrazione di negozi giuridici di “gestazione per altri” di natura gratuita, formalizzati per iscritto, autorizzati dal *Conselho Nacional de Procriação Medicalmente Assistida*. Sentiti l’ordine dei medici e degli psicologi, in caso di grave infertilità;
- la gestante dovrà essere, preferibilmente, una donna già madre;
- si devono utilizzare gameti di almeno uno dei beneficiari e non possono utilizzarsi gli ovociti della gestante;
- si utilizza unicamente il rimborso delle spese mediche e di trasporto;
- il contratto non può essere concluso se esiste un rapporto di dipendenza economica tra le parti;
- il bambino risulterà figlio dei beneficiari.

Per quanto concerne il piano strettamente biologico, va considerato che il Portogallo si inserisce nell’elenco dei Paesi che, legalizzando la maternità surrogata, riconoscono espressamente l’esistenza di un inedito “diritto al

⁴⁰¹ Carmen Guerrero Picò, *Il presidente Rebelo promulga la legge che permette la “gestazione per altri”*, in Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, 2021.

⁴⁰² www.centrostudilivativo.it, ultimo accesso 28/05/2024 e Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit.

⁴⁰³ Carmen Guerrero Picò, op.sub.cit.: diritto, questo, già riconosciuto, in primo luogo, dalle Corti statunitensi, che nel corso degli ultimi anni si sono più volte occupate dei numerosi e sempre dilaceranti contenziosi nascenti dalla pratica dell’utero in affitto. In secondo luogo, anche in Italia: la Corte di appello di Milano ha stabilito la possibilità della gestante di tenere per sé il nascituro, non potendo imporsi alla donna né per contratto né per legge di usare il proprio corpo a fini riproduttivo e di essere o meno madre.

figlio”, violando la costitutiva dignità del nascituro che, in quanto essere umano, non va reso oggetto di un presunto diritto altri⁴⁰⁴.

Deve, poi, aggiungersi che, sebbene sia per adesso prevista come pratica al fine di garantire la maternità a quelle donne che, per motivi clinici, non possono intraprendere la gestazione, questo non ridimensiona la struttura antigiusuridicità della pratica della surrogazione, poiché riduce sia la gestante, sia il nascituro, sia i committenti a mezzi per la soddisfazione di un desiderio⁴⁰⁵.

L’oggettivazione del nascituro non è data solo dall’eventuale presenza del compenso a favore della gestante, ma dal fatto che proprio quest’ultima recide ogni legame con il nascituro, consegnandolo alla coppia committente come una qualunque *res* oggetto di trasferimento contrattuale, sia esso un trasferimento a titolo oneroso o gratuito. Il fine c.d. altruistico non depotenzia il disvalore giuridico dell’operazione: il giusto fine necessita sempre del giusto mezzo, ossia di un mezzo che non strumentalizzi o violi la dignità umana⁴⁰⁶.

Con la legalizzazione della maternità surrogata si apre la via per la completa destrutturazione dei rapporti familiari che la maternità surrogata causa, per la completa reificazione dell’essere umano e per il riconoscimento legale di forme di famiglia che, in realtà, risultano contrarie al piano del diritto naturale⁴⁰⁷.

Infine, quindi, la deliberazione del Parlamento portoghese, lungi dal rappresentare la soluzione di alcuni problemi, è essa stessa causa prima e diretta di beni più gravi e di ulteriori difficoltà, perché si inserisce in un momento di sfavore internazionale nei confronti della maternità surrogata che, da più parti, si richiede venga sanzionata ovunque come reato “universale”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ www.centrostudilivativo.it, ultimo accesso 28/05/2024.

⁴⁰⁵ Ibidem.

⁴⁰⁶ Ibidem.

⁴⁰⁷ Ibidem.

⁴⁰⁸ Ibidem.

8. La maternità surrogata in Italia e in Portogallo: situazioni a confronto

Nella Costituzione italiana non c'è un riferimento diretto al diritto alla procreazione. Questo, al contrario, è desumibile dagli articoli 29, 30 e 31 della Carta fondamentale, nonché riconducibile nella sfera dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 della stessa. La procreazione è intesa come fatto responsabile della coppia e, quindi, come diritto sociale. Per tale ragione è, quindi, preferibile parlare di diritto alla libertà procreativa: viene accentuato l'elemento della scelta e della responsabilizzazione alla procreazione, essendo necessario limitarne i modi e i tempi⁴⁰⁹.

Anche nella Costituzione portoghese non c'è un espresso riferimento alla procreazione naturale. Tuttavia, lo si può implicitamente ricavare da alcune disposizioni della stessa: l'art. 26, comma 3, l'art. 36, comma 1 e l'art. 1. Il riferimento a una «società libera, giusta e sociale» ammette un'apertura verso la procreazione naturale, intesa come processo di fecondazione naturale che permette la crescita di un contesto sociale, libero e giusto⁴¹⁰.

In Italia può parlarsi anche di un diritto alla procreazione artificiale, seppur senza espresso riferimento nella Carta fondamentale. Nella sentenza n. 162/2014 è la stessa Corte costituzionale a sancire che «l'atto che consente di diventare genitori incontra dei limiti e deve essere bilanciato» con altri interessi rilevanti. Viene, quindi, configurato come un diritto sociale. In tale scenario, è lo Stato a svolgere la funzione di garantire regole a tutela degli interessi coinvolti: il diritto alla libertà procreativa è ancorato al diritto alla salute, considerato come manifestazione della libertà e della personalità dell'individuo⁴¹¹.

È proprio su queste basi che il legislatore italiano, dopo anni di silenzio, ha introdotto la prima disciplina organica in materia di riproduzione artificiale: la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata “norme in materia di procreazione

⁴⁰⁹ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione italiana*, cap. 1, pg. 1ss.

⁴¹⁰ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione portoghese*, cap. 3, pg. 78.

⁴¹¹ Intendendo tanto la donna, quanto l'embrione.

medicalmente assistita”. Risultato di un iter cominciato solo nel 1997, tale normativa risulta «caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici [...] che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e all’autodeterminazione della donna». Viste le consistenti eccezioni di incostituzionalità di cui si è fatto foriere, il testo attuale della legge rende oggi possibile anche in Italia l’accesso alle tecniche di P.m.a. e, al tempo stesso, vieta la maternità surrogata nelle sue dimensioni commerciale e solidaristica⁴¹². È la stessa sentenza costituzionale del 2017 a confermare il divieto di maternità surrogata: tale contratto «offendo in modo intollerabile la dignità umana della donna e mina nel profondo le relazioni umane»

Al contrario, nella Costituzione portoghese il riferimento alla procreazione artificiale si individua all’art. 67, comma 2, lett. e): «è compito dello Stato, per la protezione della famiglia, in particolare: [...] disciplinare la procreazione assistita nei termini che tutelino la dignità della persona umana»⁴¹³. Tale limite si è posto come irrinunciabile anche per la Riforma costituzione del 1997: si è imposto al legislatore ordinario il compito di regolare la materia della PMA, per stare al passo con gli sviluppi sociali. Fu, dunque, approvato un progetto di legge che la disciplinasse espressamente ma il Presidente della Repubblica vi pose un veto. Nel corso degli anni, il dibattito sulla questione si è acceso fino a sentire l’esigenza di una legislazione che ha condotto all’approvazione della legge n. 32/2006 sulla regolamentazione della PMA⁴¹⁴.

Tale legge dichiara nulli i contratti di surrogazione di maternità, siano essi gratuiti o onerosi: la donna che porta avanti la gravidanza dev’essere considerata, a tutti gli effetti, madre del nascituro. Nel 2009, vengono sollevate le prime questioni di illegittimità costituzionale: il Tribunale costituzionale portoghese,

⁴¹² Vedi paragrafo 2. *Il diritto alla procreazione artificiale e la tutela della salute*, cap. 1, pg. 4ss.

⁴¹³ Vedi paragrafo 1. *Il diritto alla procreazione naturale nella Costituzione portoghese*, cap. 3, pg. 79.

⁴¹⁴ Vedi paragrafo 3. *La procreazione attraverso la maternità surrogata: la legge 32/2006 sulla PMA*, cap. 3, pg. 80.

tuttavia, le rigetta, concludendo che dalle norme regolatorie tale pratica non emerga alcun atteggiamento permissivo.

Tuttavia, nel 2016 si apre un iter legislativo che conduce – a differenza di quanto accaduto in Italia – alla promulgazione della legge 25/2016 sulla “gestazione per sostituzione”: viene concesso l’accesso alla surrogazione di maternità a tutte le donne, in condizioni di salute eccezionali e impeditive di una gravidanza e solo stipulando un contratto in forma gratuita⁴¹⁵. A riguardo, nel 2019, trenta deputati dell’Assemblea hanno presentato ricorso al Tribunale costituzionale portoghese: pur non ritenendo illegittima in generale la gestazione per altri, ha censurato alcune disposizioni della legge riforma, in particolare

- la censura sulla revoca del consenso per la gestante;
- l’incertezza giuridica riguardo allo *status filiationis* dei bambini nati a seguito di dichiarazione di nullità del contratto;
- l’indeterminatezza della legge relativamente ai limiti dell’autonomia delle parti.

Nel 2021, una nuova riforma della legge 32/2016 ha, quindi, investito il Portogallo, aggiustando i rilievi sollevati dal Tribunale costituzionale. Ad oggi, legalizzando la maternità surrogata, il Portogallo si inserisce nell’elenco dei Paesi che riconoscono espressamente l’esistenza di un inedito “diritto al figlio”, violando la costitutiva dignità del nascituro. Si apre la completa destrutturazione delle forme di famiglia, in quanto contrarie al piano del diritto naturale: il fine c.d. altruistico non depotenzia il disvalore giuridico dell’operazione⁴¹⁶.

In Italia, la maternità surrogata si pone come una fattispecie che viola le norme di ordine pubblico e buon costume, essendo intesa come forma di “sfruttamento” della donna gestante. Attualmente, tale pratica è vietata solo se

⁴¹⁵ Vedi paragrafo 5. *La legge 25/2016 e il Decreto Regulamentar n. 6/2017 del 31 luglio del 2017*, cap. 3, pg. 83 e ss.

⁴¹⁶ Vedi paragrafo 7. *Il decreto dell’Assemblea della Repubblica n. 208/XIV, del 26 novembre del 2021 e l’esistenza di un “diritto al figlio”*, cap. 3, pg. 87 e ss..

l'atto di gestazione per altri sia compiuto in Italia: quindi, le coppie che si recano all'estero non sono perseguibili, poiché compiuto su un suolo nazionale di un Paese in cui non costituisce reato. Nei Paesi in cui la maternità surrogata è consentita è anche pienamente riconosciuto lo status di genitore in capo alle coppie committenti: questi, quindi, al momento della nascita sono considerati genitori a tutti gli effetti. La situazione si complica una volta rientrati in Italia. Per la legge italiana, al contrario, non sono considerati genitori e si deve procedere all'adozione in casi particolari⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Deborah Gallo, *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio "de iure condito" e "de iure condendo"*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N. 20°, 2024, p. 958ss.

CONCLUSIONI

La surrogazione di maternità è oggi un fenomeno in crescita, rispetto al quale è stato possibile effettuare una lettura in chiave comparata di alcuni Paesi, al fine di mettere in risalto le analogie e le differenze.

In *Italia*, il ricorso – sia gratuito che commerciale – a tale pratica è vietato dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Viene considerata una forma di sfruttamento, lesiva dell'ordine pubblico, del buon costume nonché della dignità umana, in quanto degradante per le donne gestanti. Attualmente, tale pratica è proibita solo se l'atto di gestazione per altri sia compiuto in Italia: le coppie che si recano all'estero non sono perseguibili. La situazione si complica una volta rientrati in Italia: legge italiana non riconosce la coppia come genitori, perciò occorrerà procedere all'adozione in casi particolari". Tuttavia, la maggioranza di Governo ha di recente presentato una proposta di legge – ottenendo l'approvazione della Camera – per renderla reato universale: perseguibile dalla giustizia italiana anche se svoltasi all'estero.

Anche in *Spagna* la maternità surrogata è vietata, sia nella sua forma a pagamento che in quella altruistica, ex articolo 10, legge n. 14/2006. È considerata pratica che degrada tanto la gestante quanto il nascituro a mero oggetto, privandoli della loro dignità personale, propria della loro condizione di esseri umani. La normativa spagnola prevede la costituzione del rapporto filiale con la madre di parto, riconoscendo, però, la possibilità per il padre biologico di esercitare l'azione di riconoscimento del figlio.

Diverso è il discorso per il *Regno Unito*, dove la maternità surrogata è una pratica che viene tollerata, nella sua forma gratuita: un accordo di *surrogacy* non costituisce reato ma non ha valore legale. Per l'ordinamento britannico, il mero legame genetico non è giuridicamente determinante per l'attribuzione dello *status filiationis*. Centrale è il c.d. *surrogacy agreement*: un accordo nel quale la surrogata e i genitori intenzionali stabiliscono che la prima porterà avanti la gravidanza con

l'intento di affidare il nascituro ai secondi, che saranno gli unici genitori *ipso iure*. L'attribuzione di tale *status*, tuttavia, non si produce per effetto della mera volontà delle parti manifestata nell'accordo: è necessario l'intervento del giudice competente, tramite il *parental order*. Se, dopo la nascita, tutto procede come pattuito nel *surrogacy agreement*, la madre surrogata affiderà la prole ai genitori intenzionali e questi provvederanno a richiedere un p.o. In questo modo, questi si vedranno riconosciuta *ipso iure* la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale, estinguendo lo *status* di madre surrogata.

Infine, in *Portogallo* oggi la surrogazione di maternità è stata legalizzata, con la riforma del 2021 della legge n. 32/2006. In questo modo, il Paese si inserisce nell'elenco di quelli che riconoscono espressamente l'esistenza di un inedito "diritto al figlio", violando la costitutiva dignità del nascituro. Si apre la completa destrutturazione delle forme di famiglia, in quanto contrarie al piano del diritto naturale: il fine c.d. altruistico non depotenzia il disvalore giuridico dell'operazione.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

Alemàn Merlo Sara, *Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico acerca de su regulación a raíz de la sts 277/2022, de 31 marzo*, Revista de Derecho Politico, 2023.

Amoròs Farnòs, *La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología*, Anuario de Derecho Civil de Ministerio de Justicia, vol. 68, 2015.

Angelini Francesca, *Bilanciare insieme verità del 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, 2018.

Angelini Francesca, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, CEDAM, Roma, 2007.

Angelini Francesca, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

Aranzadi Arechederra, *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo*, Aranzadi, Navarra, 2018.

Baldini Gianni, *L'accesso alle tecniche di pma: libertà o diritto*, University Press, Firenze, 2007.

Baldini Gianni, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006.

Batia Giovanni, *Il contratto di "maternità surrogata". Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo attuale*, in "Diritto.it".

Benítez Salazar, *La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros*, in Revista General de derecho constitucional, 2017.

Berti de Marinis Giovanni, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in Actualidad jurídica iberoamericana, 2015.

Carrato Aldo (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio studi, Corte costituzionale 2021.

Cecchini Stefania, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019.

Cerotto Alfonso, Zanon Nicolò (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Franco Angeli, Milano 2004.

Consorte Francesca, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, cit.

Conti Roberto, *I giudici e il biodiritto. Un esame “concreto” dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma, 2014.

Corti Ines, *Maternità per sostituzione*, Giuffré, Milano, 2011.

D’Aloia Antonio, Torretta Paola, *La procreazione come diritto della persona*, Giuffré Editore, Milano, 2011.

D’Aloia Antonio, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, Giuffré editore, Milano, 2003.

De Verda y Beamonte José Ramon, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 septiembre de 2012)*, *Diario de la Ley*, 2010.

Douglas Gillian, *The intention to be a parent and the making of mothers*, in *The modern law review*, 1994.

Feraci Ornella, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Revistas UC3M*, 2015.

Flamigni Carlo, Mori Maurizio, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Net, Milano, 2005.

Farri Monaco, *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, in *Minori e Giustizia*, 2005 (2).

Freeman Micheal, Margaria Alice, *Who and what is a mother? Maternity, responsibility and liberty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012.

Gallo Debora, *Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell’ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio “de iure condito” e “de iure condendo”*, *Actualidad Juridica Iberoamericana* N. 20°, 2024.

Grasso Alfio Guido, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli Editore, Torino, 2020.

Guerrero Picò Carmen, *Il tribunale costituzionale si pronuncia sulla “gestazione per altri”*, in Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di diritto pubblico comparato, 2018.

Guerrero Picò Carmen, Portogallo, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

Guerrero Picò Carmen, Spagna, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

Iacometti Myriam, *La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo*, in Carlo Casonato, Tommaso E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.

Lamm Eleonora, *Gestaciòn por substituciòn. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions de Universitat de Barcelona, Barcellona, 2013.

Liberali Benedetta, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, 2019.

Linera Presno, Blanco Jimenez M.A., *Liberdad, igualdad, ¿maternidad? La gestaciòn por substituciòn u su tratamiento en la jurisprudencia*, Revista Española de Derecho Europeo, 2014.

Lecaldano Eugenio, *Bioetica e scelte morali*, Laterza, Biblioteca di cultura moderna, 2015.

Magnani Carlo, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Quattroventi, Urbino, 1999.

Mantione Marta, *Il parto non è solo donna: la decisione dell’High Court inglese richiama l’attenzione sul concetto di “madre”*, in *Minorigiustizia*, 2019.

Mantovani Ferrando, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 2005.

Manso M. Hualde, *De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestaciòn contratada*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2012.

Murello Isabella, Ruaro Isabella, Scalcon Elena, *La Corte costituzionale portoghese tra scienza e dignità: procreazione medicalmente assistita e sperimentazione sugli embrioni*, in Trento Biolaw Selected Student Papers, 2016.

Olivito Elisa, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, pubblicazione su volume, 2017.

Pasetto Sarah, Regno Unito, in Paolo Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2014.

Penadés Montées, *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*, Rivista Juridica de la Comunidad Valenciana, Tirant lo Blanch, 2003.

Pezzini Barbara, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, Abstract, 2019.

Pezzini Barbara, *Nascere dal corpo di una donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, Università degli studi di Bergamo, 2017.

Poli Ludovica, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, DPCE online, 2017.

Poli Marco, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in Rivista degli studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, 2020.

Rimoli Francesco, *Appunti per uno studio sul diritto della procreazione*, in Studi in onore di M. Mazziotti di Celso, Padova, 1994.

Robertson, *Children of choice: freedom and the new reproductive technologies*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

Rodotà Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Mondadori, Milano, 2015.

Serrano Ohia Maria Angeles, *El interés superior del minor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución en España*, Revista española de Derecho constitucional, 2023.

Serughetti Giorgia, *Maternità surrogata, oltre l'alternativa tra proibizionismo e laissez faire*, Università degli studi Milano-Bicocca, 2018.

Sgorbati Barbara, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, Rivista di Biodiritto, 2016.

Swennen Frederik, *Mothershoods in the law*, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz, E. Schumann, *Motherhood and the law*, Gottingen, 2019.

Zannoni Eduardo, *La genética actual y el derecho de familia*, Revista Tapia, numero II, 1987.

GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, sentenza del 24 luglio 2000, n. 332.

Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31.

Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2015, n. 205.

Corte costituzionale, sentenza del 12 aprile 2017, n. 127.

Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, n. 175.

Corte di Cassazione, I sezione civile, sentenza del 16 settembre 2014, n. 24001.

Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.

Corte di Cassazione, sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia del 24 gennaio 2012, n. 25358.

Tribunale costituzionale portoghese, sentenza del 3 marzo 2009, n. 101.

Tribunale costituzionale portoghese, sentenza del 24 aprile 2018, n. 225.

Tribunale spagnolo, sentenza del 15 settembre 2010, n. 15.

Tribunale supremo spagnolo, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 835.

Tribunale supremo spagnolo, sentenza del 31 marzo del 2022, n. 277.

Tribunale spagnolo, sentenza del 2 febbraio 2015, n. 335.

NORMATIVA

Codice civile, articoli 5, 263,

Codice di procedura civile, articolo 700.

Codice civile spagnolo, articolo 176.

Codice di procedura civile spagnolo, articoli 764 e seguenti.

Codice penale spagnolo, articoli 220, 221.

Costituzione italiana, articoli 3, 29, 30, 31, 36, 42,

Costituzione portoghese, articoli 8, 25, 26, 36, 64.

Costituzione spagnola, articoli 1, 10.

Legge 1978, n. 194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”, articolo 1.

Legge 1975, n. 151, “La riforma del diritto di famiglia”.

Legge 1995, n. 218, “La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”.

Legge 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

Legge 2006, n. 14, “Sobre técnicas de reproducción asistida”.

Children Act 1989.

Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) del 2008, *sections* 31, 36-38.

Legge 2006, n. 32, “Procriação medicamente assistida”.

URL

www.altalex.com

www.articolo29.it

www.biodiritto.org

www.centrostudilivatino.it

www.cortecostituzionale.it

www.ohchr.org

