

Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto

Angelo Schillaci*

HUMAN DIGNITY AND LEGAL CHALLENGES IN SURROGACY

ABSTRACT: The article analyzes the challenges posed by surrogacy to law and its regulatory capacity. Starting from an overview of the Italian and Portuguese case law that has questioned the relationship between surrogacy and dignity, as well as the consequences of surrogacy on parental status, surrogacy is discussed within the frame of the relationship among dignity, self-determination, and the normative, socio-economic and cultural conditions of freedom of choice over one's own body.

KEYWORDS: Surrogacy; human dignity; self-determination; best interests of the child; parental status

SOMMARIO: 1. Le gestazioni per altri – 2. GPA e declinazioni della dignità nella giurisprudenza: il caso italiano – 2.1. La sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale – 2.2. Conseguenze in materia di riconoscimento dell'omogenitorialità maschile: la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale – 2.3 La giurisprudenza successiva – 3. L'esperienza portoghese: tra giudice costituzionale e legislatore – 4. Paradigmi ricostruttivi e alternative regolatorie.

1. Le gestazioni per altri

Segnata da profonda conflittualità fin dalla scelta della denominazione, la gestazione per altri rinvia a complesse esperienze di vita e relazione, che chiamano in causa – da un lato – la scelta di diventare genitori e – dall'altro – l'imprescindibile necessità di tutelare la dignità di tutte le persone coinvolte. Il dibattito sulla gestazione per altri si è più di recente intrecciato, d'altra parte, con il dibattito sul riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, soprattutto maschile; e, in questa prospettiva, con il problema del riconoscimento – nell'ordinamento italiano – dello *status filiationis* legittimamente acquisito dal minore nello stato estero di nascita, nei confronti di entrambi i genitori. Di tutti questi aspetti si cercherà di dare conto nel presente contributo. In particolare, si tenterà di fornire una cornice ricostruttiva della – o, come subito si dirà, *delle* – gestazioni per altri, anche in relazione alla tenuta (e alle diverse declinazioni) del principio di dignità nelle sentenze che, in Italia e all'estero, hanno affrontato il tema. Allo stesso tempo, seppur incidentalmente, si affronteranno i più recenti approdi della giurisprudenza interna – costituzionale, di legittimità e di merito – e sovranazionale che si sono occupati del riconoscimento dello *status filiationis* acquisito nello stato estero di na-

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, "Sapienza" Università di Roma. Mail: angelo.schillaci@uniroma1.it. Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Diritto e persone LGBTQI*, a cura di Marco Pelissero e Antonio Vercellone. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

scita da parte dei minori nati con GPA, e in particolare della trascrivibilità integrale dei loro atti di nascita, ovvero dell'esistenza di strumenti alternativi per assicurare piena ed effettiva tutela al loro superiore interesse a veder riconosciuto giuridicamente il rapporto con entrambi i genitori.

Come accennato, la gestazione per altri evoca profondi conflitti attorno ad alternative centrali nella riflessione del/la giurista. Dal rilievo del corpo come mezzo di costruzione di relazioni e di esercizio di diritti fondamentali fino al rapporto – pure dal corpo mediato – tra dignità, autodeterminazione e concrete dinamiche dell'eguaglianza sostanziale¹, la GPA non può dirsi tema pacificato. E non può dirsi pacificata, soprattutto, la riflessione sul ruolo e sulla specifica funzione del diritto nella gestione di una esperienza di vita così complessa e plurale².

Tale conflittualità è ben evidente sin dalle scelte terminologiche, ciascuna delle quali possiede una specifica carica denotativa, che non può né deve essere sottaciuta. Ciò risulta in modo particolarmente chiaro nell'uso di espressioni quali *utero in affitto* o *affitto d'utero*, che riducono la pratica alla sua sola dimensione economico-commerciale, stigmatizzando con essa la reificazione del corpo femminile (ridotto, tuttavia, a una sua sola parte, con quella che efficacemente è stata definita «brutale sineddoche che rimuove la donna in quanto soggetto»³). Viceversa, e all'estremo opposto, l'espressione *gestazione per altri* – pure usata ai fini di questo scritto e particolarmente adatta a descrivere, nella loro oggettività e senza implicare il riferimento ad alcuna precomprensione del fenomeno, le esperienze di surrogazione – è ritenuta da alcune eccessivamente neutralizzante⁴ specie sotto il profilo dell'occultamento del legame tra surrogazione e relazione materna, o ancora l'attitudine a ridurre il processo gestazionale a «processo oggettivato e “disincarnato” dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica»⁵. Ancora, l'espressione *surrogazione di maternità* – che si differenzia da *maternità surrogata* per il più netto accento sulla dinamica di relazione sottesa alla surrogazione – ha il pregio di essere utilizzata nell'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004 e, dunque, di rappresentare la denominazione dell'istituto accolta dal diritto

¹ Su cui v. fin d'ora P. VERONESI, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, 2, 2020, 8 ss.

² In diverse prospettive v. almeno: E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017 e B. PEZZINI, M. CAIELLI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019 (https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf), A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, 2020, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; G. VIGGIANI, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, 1, 2021, 141 ss., A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il giudice delle leggi*, *ivi*, 193 ss., S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo e come fine*, *ivi*, 161 ss., E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 149 ss. e L. GUIZZARDI, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, *ivi*, 193 ss., nonché V. SCAUSI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss.

³ Così, condivisibilmente, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183 ss., 194.

⁴ Cfr. in particolare E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità...*, cit., 3 ss., 4.

⁵ Così ancora B. PEZZINI, *op. loc. cit.*

positivo. Infine, è stata proposta in dottrina la denominazione di *gravidanza per altri*, che pare egualmente descrittiva del fenomeno e senza dubbio più adeguata a restituire la sostanza delle relazioni mobilitate dalla surrogazione, ed in particolare la «irriducibilità della gravidanza come esperienza umana relazionale»⁶.

Le incertezze e il conflitto sul *nomen* rinviano, d'altra parte, alla significativa complessità del fenomeno e alle molteplici possibilità di inquadramento del medesimo. Sullo sfondo della ricostruzione astratta della fattispecie – una donna si impegna a portare a termine una gravidanza per altri, sia con contestuale ovodonazione da parte di un'altra donna (surrogazione meramente gestazionale) sia acconsentendo alla fecondazione di un proprio ovocita (surrogazione cd. tradizionale, oggi per lo più desueta) – non soltanto pulsa una concreta e complessa vicenda di relazioni, ma si stagliano, soprattutto, contesti normativi e socio-economici plurali e frastagliati che, a loro volta, rendono problematica la possibilità di un approccio generale e astratto all'istituto.

Si pensi, solo per fare taluni esempi, al diverso rilievo del ruolo degli attori economici – e, dunque, del mercato – nella pratica della GPA⁷. Ancora, si pensi alle molteplici difficoltà che si incontrano al momento di qualificare come libera la scelta della donna che decida di portare una gravidanza per altri, e cioè allo specifico rilievo del contesto in cui la scelta è effettuata, con riferimento alla polarità tra «libera scelta» e «libera condizione»⁸, ossia al peso specifico delle concrete condizioni socio-economiche e culturali in cui la donna può versare, o in una parola alle condizioni di eguaglianza *materiale* in cui ella può o meno trovarsi. Si pensi a come tutto questo inevitabilmente incida sulla concreta portata di concetti come dignità, libertà, responsabilità, solidarietà e autodeterminazione, pure fondamentali nell'orizzonte ricostruttivo *delle* gestazioni per altri. E si pensi, infine, in questa prospettiva, al ruolo del diritto come strumento di regolazione e, in particolare, al modo in cui i diversi schemi regolatori offerti dalla comparazione⁹ – ovvero l'assenza stessa di regolazione, ovvero ancora la proibizione – reagiscono sulle concrete condizioni in cui la GPA viene realizzata.

Non sembra esistere, insomma, un solo punto di vista per riguardare il fenomeno né un unico paradigma giuridico per inquadrarlo. Non sembra esistere, cioè, un solo modello – astratto – di gestazione per altri. Esistono, piuttosto, tante *gestazioni* per altri, quanti sono i modi in cui la GPA è vissuta dalle sue attrici e dai suoi attori (compresi, se del caso, gli attori economici e gli operatori giuridici e sanitari); e quanti sono gli schemi regolatori, e i modi in cui gli stessi reagiscono sul contesto in cui si trovano a operare.

⁶ Ivi, 201. La denominazione di *gravidanza per (altre e) altri* è accolta, tra gli altri, da M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni...*, cit., 3 ss. Più risalente la formula di *maternità per sostituzione* (I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000).

⁷ V. CALDERAI, *Breaking out of the regulatory delusion. The ban to surrogacy and the foundations of European constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, 1 ss.

⁸ A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020.

⁹ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, 2013. Sul modello statunitense, v. per tutti M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari...*, cit., 3 ss., specie 7 ss.

Il momento regolatorio, d'altra parte, deve restare sensibile in primo luogo ai contesti e, in secondo luogo, non rinunciare all'istanza di assicurare il massimo di tutela possibile a tutte le soggettività coinvolte, a partire dalla donna e dal/la nato/a. Uno spazio di intervento stretto e instabile, che non cessa di porre interrogativi al/la giurista; ma che può rappresentare, al tempo stesso, una sfida affascinante, consentendo al diritto di recuperare la propria pretesa regolatoria, per un verso componendo in armonia libertà, responsabilità e rilievo specifico delle relazioni; e, per altro verso, reagendo di fronte all'istanza del profitto che, nelle vicende della procreazione (anche al di là della gestazione per altri) finisce spesso per assumere un rilievo non secondario.

La controversia sulla GPA investe, dunque, snodi delicati sia sul piano teorico che su quello metodologico, a partire dalle diverse declinazioni della dignità e del suo intreccio con la libertà fino ad arrivare alla questione della mediazione delle dinamiche del mercato nell'accesso alle tecnologie riproduttive. Sullo sfondo resta la domanda sulle possibilità del diritto che, anche in relazione a vicende come questa, si pongono al crocevia tra indifferenza, ostilità e assunzione di responsabilità regolatoria. Chi scrive resta convinto che tale ultima ipotesi sia quella che, ancora, pone le sfide più affascinanti: e ciò, sia per quel che riguarda le diverse declinazioni del principio dignità (in senso oggettivo e soggettivo) e sia per quel che riguarda la concreta capacità della regolazione giuridica di intervenire a organizzare la libertà e ad arginare quelle situazioni di subordinazione che pure incidono sulle concrete condizioni di esercizio della libertà medesima, anche (ma non solo) in relazione al ruolo del mercato.

Esemplare, al fine di approfondire simili aspetti problematici, la diversa posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana e dal Tribunale costituzionale portoghese.

2. GPA e declinazioni della dignità nella giurisprudenza: il caso italiano

2.1. La sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 263 c.c. – relativo all'impugnazione dell'atto di nascita per difetto di veridicità – proprio con riferimento alla fattispecie di nascita all'estero a seguito di GPA, con conseguente formazione dell'atto di nascita indicando quali genitori la coppia (eterosessuale) che aveva fatto ricorso alla pratica, la Corte costituzionale italiana ha affermato, nella sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Tale affermazione – che, nonostante la sua dirompente portata, appare tra parentesi e nel contesto di una esemplificazione – si collega ad un più complesso percorso argomentativo con il quale la Corte, dichiarando l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha ritenuto che l'articolo 263 c.c. debba già essere interpretato nel senso di escludere qualunque automatismo tra modi della nascita e contestazione dello *status* di figlio, dovendosi piuttosto verificare, in concreto, se l'annullamento dell'atto di nascita corrisponda all'interesse del minore¹⁰. Allo stesso tempo, la Corte indica – appunto – che nell'operare tale bilanciamento

¹⁰ Sulla quale vedi, in diverse prospettive, S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, 2990 ss.; A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2018, 385 ss. Sulla vicenda v. altresì il *focus* preventivo pubblicato sul fasc. 2/2017 della rivista *Genius* su

il giudice debba valutare se e in che limiti l'accertamento della verità della nascita assuma rilievo pubblicistico, ad esempio in relazione ai modi della nascita medesima, con specifico riguardo alla circostanza che questa sia avvenuta a seguito del ricorso a GPA.

L'esistenza nell'ordinamento italiano, in materia, di un divieto assistito da sanzione penale (cfr. art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004) corrobora il rilievo pubblicistico dell'interesse sotteso al divieto medesimo e, di conseguenza giustifica (almeno nell'iter argomentativo della Corte) l'idoneità di tale interesse a concorrere nelle valutazioni funzionali al bilanciamento tra tutela dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito ed esigenza di assicurare la corrispondenza dell'atto alla verità della nascita (come vuole la *ratio* dell'art. 263 c.c., disposizione indubbiata).

Sullo sfondo di tale itinerario argomentativo si staglia, con sufficiente chiarezza, il riferimento a una declinazione in senso oggettivo della dignità, che assume – in questo caso – la funzione di limite a qualsivoglia scelta in senso contrario da parte dei soggetti coinvolti; allo stesso tempo, come rivelato dalla lettera della decisione, nessun rilievo può assumere l'istanza relazionale cui pure l'esercizio di autonomia decisionale da parte dei soggetti coinvolti potrebbe dare luogo. Tutto al contrario, accanto alla violazione della dignità si afferma che la GPA «mina nel profondo» le relazioni umane a partire, si deve ritenere, dalla relazione di gravidanza.

Gli effetti di tale presa di posizione da parte della Corte costituzionale sono andati ben al di là della portata specifica della decisione – che, come ricordato, risolve nel senso dell'inammissibilità (senza dispiegare, pertanto, efficacia generale) – e anzi ne hanno parzialmente distorto la *ratio*, specie sotto il profilo della produzione di (assai discutibili, come si vedrà) automatismi tra la considerazione del disfavore verso la GPA e impossibilità di riconoscere in Italia lo *status* di figlio/a legittimamente acquisito nello Stato estero di nascita anche nei confronti del genitore di intenzione.

Per un verso, infatti, il nesso così strettamente ribadito dalla Corte tra disfavore verso la GPA e tutela della dignità della donna ha facilitato l'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità che – dopo una iniziale apertura alla integrale trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero a seguito di ricorso alla GPA¹¹, con riconoscimento dunque del doppio legame genitoriale, anche cioè nei confronti del genitore di intenzione – ha in seguito ritenuto (Cass., SS.UU. 8 maggio 2019, n. 12193) che la trascrizione integrale fosse *preclusa* dalla radicale contrarietà all'ordine pubblico delle modalità della nascita, espressamente citando la posizione della Corte costituzionale¹²; per altro verso, la stessa giu-

Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri), a cura di B. PEZZINI e con contributi di G. FERRANDO, I. CORTI, S. STEFANELLI, G. BRUNELLI, S. NICCOLAI e A. RUGGERI (<http://www.geniusreview.eu/2017/genius-2017-2/>).

¹¹ Accanto alle recentissime Corte d'appello di Bari, decreto del 9 ottobre 2020 e Corte d'appello di Firenze, decreto del 28 gennaio 2020 (su cui si tornerà), si pensi – tra le più note – Corte d'appello di Trento, decreto del 23 febbraio 2017 (in *Articolo29.it*, con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/due-padri-i-loro-figli-la-corte-dappello-di-trento-riconosce-per-la-prima-volta-il-legame-tra-i-figli-e-il-padre-non-genetico/>), Corte d'appello di Venezia, ordinanza del 28 giugno 2018 (in *Articolo29.it* con commento di A. SCHILLACI, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*, 19 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/due-padri-veneziana-unaltra-importante-conferma/#more-12588>), nonché le altre che possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.

¹² Centrale, nell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, una declinazione del concetto di ordine pubblico parzialmente diversa da quella di cui alla sentenza n. 19599/2016 e che risente, per un verso, della configurazione del

risprudenza costituzionale che, negli anni successivi al 2017, si è occupata di omogenitorialità (soprattutto maschile), ha ribadito il disfavore verso la pratica, seppur mostrando – da ultimo – una più marcata sensibilità verso l’istanza di tutela delle e dei minori nati a seguito del ricorso a GPA.

Non erano mancati peraltro, a seguito della pronuncia n. 12193/2019, arresti di segno contrario da parte della giurisprudenza di merito. Tanto la Corte d’Appello di Firenze, con decreto del 28 gennaio 2020, quanto la Corte d’Appello di Bari, con decreto del 9 ottobre 2020¹³ avevano infatti continuato a ritenere la trascrivibilità in Italia dell’atto di nascita estero recante l’indicazione di due padri a seguito di nascita da gestazione per altri (ovvero la rettificabilità dell’atto di nascita già formato, mediante annotazione della seconda paternità), valorizzando in particolare i contorni – complessi, come desumibile dalla stessa sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale – del bilanciamento tra il giudizio di disvalore espresso dal nostro ordinamento rispetto alla gestazione per altri e l’interesse del minore alla conservazione di uno *status* già legittimamente acquisito all’estero (secondo la legge del luogo di nascita) e corrispondente alla concreta fisionomia della sua identità personale, affettiva e familiare¹⁴. Anche per effetto della posizione assunta dalla Corte costituzionale, in ogni caso, la circostanza che la nascita sia avvenuta a seguito di GPA continua ad operare – nella giurisprudenza largamente prevalente – quale limite esterno alla possibilità di rendere operanti le ordinarie regole che presidiano la circolazione e la garanzia della conservazione/continuità degli *status* legittimamente acquisiti all’estero, ivi compreso – come confermato da ultimo da Cass. SS. UU, sent. 31 marzo 2021, n. 9006 – lo *status* di figlio adottivo: anche in tal caso, afferma la Corte, la trascrizione dell’adozione estera (a favore di coppia di padri) è consentita e non contrasta con l’ordine pubblico, «ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»¹⁵.

concetto fornita da Cass., SS. UU., sent. n. 16601/2017 (relativa, tuttavia, a questione attinente alla responsabilità civile: su tale decisione v. F. CAROCCIA, *Dell’ordine pubblico e dei danni punitivi. Una rosa è una rosa?* in *La nuova giur. civ. comm.*, 2019, 941 ss.; in generale cfr. anche EAD., *Ordine pubblico: la gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, nonché, in prospettiva costituzionale A. LONGO, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 2017, 419 ss.) e, per altro verso, della recisa qualificazione della GPA nella sentenza n. 272/17, come si è visto, nei termini di pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

¹³ Entrambe pubblicate in *Articolo29.it*, rispettivamente agli indirizzi: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-firenze-decreto-28-gennaio-2020/> e http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accogliamento-Corte-dAppello-Bari_oscurato.pdf.

¹⁴ Significativo, in particolare, il rilievo attribuito da App. Bari all’inidoneità degli strumenti alternativi di riconoscimento del legame parentale – in primis, l’adozione in casi particolari – rispetto allo scopo di garantire pienezza di status al minore; mentre della decisione fiorentina deve essere sottolineato lo sforzo di distinguere tra il bilanciamento – in astratto e a monte – tra interesse pubblico a contrastare la pratica della gestazione per altri e interesse del minore e i diversi contorni che detto bilanciamento assume in concreto, specie quando si rilevi – di nuovo – l’inesistenza o l’insufficienza di strumenti alternativi di riconoscimento dello *status*.

¹⁵ Su questa decisione, v. almeno F. ANGELINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2021, 186 ss. e S. CELENTANO, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, in *Articolo29.it*, 31 marzo 2021.

2.2. Conseguenze in materia di riconoscimento dell'omogenitorialità maschile: la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale

Simile assetto ha condizionato, in modo particolare, le dinamiche relative al riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità. Mentre infatti, nel caso di omogenitorialità femminile, esiste una giurisprudenza che consente la trascrizione dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due madri¹⁶, nel caso di omogenitorialità maschile l'evidenza del ricorso alla GPA preclude la trascrivibilità e rende percorribile unicamente la soluzione dell'adozione in casi particolari, peraltro in assenza di una espressa disciplina legislativa.

Tale quadro è stato confermato, seppure con alcune sfumature, dalla sentenza 9 marzo 2021, n. 33 della Corte costituzionale, investita dalla prima sezione civile della Corte di cassazione di questione di legittimità costituzionale riguardante proprio la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita formato all'estero e recante l'indicazione di due padri, in relazione a un minore nato a seguito del ricorso a GPA, come consentito dalla legge del luogo di nascita. La sezione, in particolare, dubitava della legittimità costituzionale dell'automatismo tra disfavore verso la GPA e impossibilità di trascrizione dell'atto di nascita estero, sotto il profilo del contrasto di esso con la tutela del preminente interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita, anche alla luce dei più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in casi consimili, ha affermato la necessità di assicurare il riconoscimento giuridico del legame con entrambi i genitori di intenzione attraverso procedure rapide, efficaci e non discriminatorie (per il minore) sul piano degli effetti dello *status* riconosciuto¹⁷.

¹⁶ E si è registrata altresì una giurisprudenza (di merito) che, tra il 2018 e il 2020, ha ritenuto di poter applicare alle coppie di donne il principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004: sul punto v., in generale, A. SCHILLACI, *Non imposta né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, destinato a *GenIUS*, 2, 2021, online first all'indirizzo: <http://www.geniusreview.eu/2021/non-imposta-ne-vietata-lomogenitorialita-a-meta-del-guado-tra-corti-e-processo-politico/>.

¹⁷ E in particolare del parere preventivo reso il 10 aprile 2019 dalla Corte Edu (domanda n. P16-2018-001), su richiesta della Corte di cassazione francese, alla luce del quale la prima sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che in virtù del medesimo potesse aprirsi a un superamento della posizione espressa dalle Sezioni Unite. Come noto, con tale parere, la Corte Edu – pur ribadendo che rientra nel margine di apprezzamento degli stati membri la scelta relativa allo strumento con cui assicurare il riconoscimento dello *status filiationis* al nato da GPA – ha, per un verso, affermato che grava sugli stati medesimi l'obbligo positivo di dare riconoscimento a tale *status* anche nei confronti del genitore cd. di intenzione (con ciò superando almeno in parte l'orientamento assunto in precedenza nella decisione *Mennesson e Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n. 65941 e 65942/11); e, per altro verso, ha chiarito che gli strumenti di riconoscimento alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita estero o alla registrazione anagrafica devono essere idonei ad assicurare una tutela equivalente sul piano sostanziale e soprattutto di rapida ed effettiva realizzazione. Sul parere, v. A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, 1, 2019, pp. 68 ss.; R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php) e M. GATTUSO, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *Articolo29.it*, 6 maggio 2019 (<http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>). Per una conferma di questo orientamento cfr. altresì Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ric. n. 11288/18 (definitiva).

La Corte costituzionale – pur ribadendo in modo deciso il giudizio di disfavore verso la gestazione per altri, già espresso nella sentenza n. 272/17 – non ne replica la durezza dei toni e sembra accennare lo sforzo di declinare la violazione della dignità femminile in relazione alla concretezza delle situazioni e, in particolare, al «rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»; esso, prosegue la Corte, condizionerebbe pesantemente «la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»¹⁸. Pertanto, ferma restando la condanna della gestazione per altri, la Corte accenna alla complessità delle situazioni e delle esperienze che sottostanno alla surrogazione di maternità, e dunque alle concrete condizioni in cui la decisione di portare avanti una gravidanza per altri viene assunta¹⁹.

In ogni caso, il giudizio di disvalore verso la GPA non sembra implicare automatiche conseguenze sulla tutela degli interessi del bambino: molto significativo, in questo senso, l'uso dell'avversativo «però» all'inizio del par. 5.2 del *Considerato in diritto* e anche, nel primo capoverso del medesimo paragrafo, l'accurata descrizione delle vicende che conducono, di regola, all'istanza di riconoscimento del legame parentale con entrambe le figure genitoriali (quella geneticamente legata al minore e quella d'intenzione) in caso di nascita da GPA²⁰.

La valutazione dell'interesse del minore, secondo la Corte, deve tuttavia tenere conto dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»²¹. Con tale scopo deve essere bilanciato l'interesse del minore e da ciò può derivare, come nella specie, l'impossibilità di trascrivere integralmente l'atto di nascita formato all'estero, come ritenuto dalle Sezioni Unite. La continuità dello *status* deve essere dunque assicurata, ma le sue forme possono essere temperate – in concreto – in considerazione del concorrente interesse a dissuadere dal ricorso alla GPA. Ciò risulta coerente, ritiene la Corte, con l'orientamento della giurisprudenza della Corte Edu che, in effetti, ha riconosciuto un margine di apprezzamento agli stati

¹⁸ Cons. dir., par. 5.1.

¹⁹ Va peraltro sottolineato che in una recentissima pronuncia – la n. 79/2022, relativa agli effetti dell'adozione in casi particolari, su cui pure brevemente si tornerà – la Corte sembra nuovamente irrigidire la propria posizione, nella misura in cui afferma che la GPA asseconderebbe «un'inaccettabile *mercificazione* del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale» (Cons. dir., par. 5.2.3, corsivo aggiunto).

²⁰ La Corte sottolinea, ad esempio, che il ricorso alla GPA avviene di regola in paesi ove essa è consentita e regolata dal diritto e accenna alla condivisione, da parte della coppia, del percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nonché, infine, al quotidiano svolgimento delle funzioni di cura del minore. Testualmente: «Le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura» (Cons. dir., par. 5.2.).

²¹ Cons. dir., par. 5.5. Analogamente, si veda anche la recentissima sentenza n. 79/2022, secondo la quale lo «sforzo» di arginare il ricorso alla GPA – che, secondo la Corte, richiede impegni «anche a livello internazionale» – non consente di ignorare «la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico» (cfr. Cons. dir., par. 5.2.3).

quanto alle forme del riconoscimento del legame parentale con il genitore d'intenzione in caso di nascita da GPA, ribadendo che tuttavia tale riconoscimento debba aver luogo ed essere garantito in forme idonee ad assicurare con la massima celerità e certezza l'interesse del minore²².

A tale riguardo, l'idoneità dello strumento alternativo individuato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 12193/19 – ma anche, a ben vedere, anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 272/17 – è oggetto di penetranti rilievi critici nella sentenza in esame, che su di essi basa, in particolare, l'articolazione del monito al legislatore. Ciò contribuisce peraltro a temperare un *iter* argomentativo che – altrimenti – sarebbe risultato completamente sbilanciato sul versante della salvaguardia dell'interesse pubblico a disincentivare il ricorso alla GPA.

È dunque al legislatore che spetta – «in prima battuta» – il compito di assicurare il «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori» e l'individuazione – definita «indifferibile» – di soluzioni idonee a porre rimedio all'insufficienza di tutele riscontrata dalla decisione²³.

La Corte indica al legislatore alcune possibili linee di intervento. In particolare, in linea con la precedente sentenza n. 272/17, la Corte conferma che lo strumento più adatto a dare riconoscimento al legame instauratosi con il genitore di intenzione è l'adozione in casi particolari, ma denuncia al tempo stesso i molti limiti dell'istituto, che vanno dalla lunghezza della procedura fino alla necessità del consenso del genitore legale che, in caso di crisi della coppia, può sostanzialmente vanificare la tutela. Ad essi si aggiungeva, fino alla recentissima Corte cost., sent. n. 79/2022, anche il carattere solo parziale degli effetti: l'adozione in casi particolare, infatti, induceva il legame parentale solo in relazione all'adottante, e non anche alla famiglia di origine di questi. Di tale previsione normativa è stata tuttavia dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli articoli 3, 31 e 117, comma 1 della Costituzione: in conseguenza, tutte le adozioni di minorenni – ivi compresa quelle di cui all'articolo 44 della legge n. 184/1983 – producono ora i medesimi effetti, costituendo lo *status filiationis* e inducendo il legame di parentela con l'adottante e la sua famiglia.

²² Sul punto, cfr. altresì la già richiamata sentenza *D. c. Francia*, specie parr. 67 ss. Si noti, tuttavia, che nel seguito – dinanzi alla Corte di cassazione francese – della vicenda che aveva dato luogo al parere consultivo del maggio 2019, si è ritenuto che, in presenza di un atto di nascita *già trascritto* (per giunta da un rilevante periodo di tempo) e in sede di giudizio sull'impugnazione di detta trascrizione, fosse contrario all'interesse del minore disporre la cancellazione favorendo poi il ricorso all'adozione da parte del genitore di intenzione. Diverso il caso in cui oggetto del contendere sia, invece, il diniego di trascrizione dell'atto di nascita: in questa eventualità l'atto deve essere trascritto in relazione al solo padre genetico, rinviandosi il riconoscimento della genitorialità di intenzione, maschile o femminile, al successivo ricorso all'adozione (la vicenda è ricostruita nella stessa sentenza *D. c. Francia*, ai parr. 21 e 22). Pare opportuno precisare che, in tutti questi casi, si verte in ipotesi nelle quali il minore sia legato geneticamente ad (almeno) uno dei genitori di intenzione; nell'eventualità – diversa – in cui il minore sia nato a seguito di GPA in assenza di legame genetico con i genitori di intenzione, la giurisprudenza della Corte Edu assume tratti di maggiore severità, come dimostra – oltre alla ben nota vicenda culminata nella sentenza della Grande Camera, 14 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12) – la recentissima sentenza della terza sezione, 18 maggio 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Finlandia* (ric. 71552/17), relativa a un caso di surrogazione di maternità gestazionale in coppia di donne, peraltro in assenza di legame genetico con entrambe le madri.

²³ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.

2.3 La giurisprudenza successiva

Nella perdurante inerzia del legislatore, continuano tuttavia a registrarsi significative oscillazioni nella giurisprudenza di merito, a denotare la viva urgenza di un intervento che assicuri effettiva tutela alle e ai minori nati da GPA all'estero, consentendo il consolidamento del loro *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori intenzionali.

Di recente, infatti, il Tribunale di Milano – con due distinti decreti pronunciati in data 23 settembre 2021 – ha ordinato la trascrizione integrale di atti di nascita formati all'estero a seguito di nascita con gestazione per altri, e recanti l'indicazione di due padri. La decisione poggia, in entrambi i casi, sul portato delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, sotto il profilo specifico dell'insufficienza dell'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari al fine di garantire l'interesse del minore alla continuità dello *status*; tale assunto, unito alla perdurante inerzia del legislatore, conduce il giudice ad assumersi la responsabilità – anche alla luce del monito della Corte costituzionale – di fare fronte a un vuoto normativo che «per quanto riguarda il caso concreto impone [...] di reperire la più idonea soluzione atta a garantire i diritti del minore coinvolto». Referente remoto di tale scelta è la sentenza n. 347/1998, espressamente richiamata; referente prossimo, il giudizio severo formulato dalla Corte costituzionale sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire in modo effettivo – e coerente con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu – l'interesse del minore alla continuità e alla stabilità dello *status*.

Su questo stesso sfondo può essere peraltro collocata la recentissima ordinanza con la quale la prima sezione civile della Corte di cassazione – nell'ambito del medesimo procedimento che aveva dato luogo alla sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale – ha rimesso gli atti al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite²⁴. La sezione ha infatti ritenuto che il *dictum* della Corte costituzionale – seppur nell'ambito di una pronuncia di inammissibilità – imponga un ripensamento dell'orientamento espresso dalle stesse SS. UU. con la richiamata sentenza n. 12193/2019. Ciò deriva, in particolare, dal fatto che la Corte ha rilevato – come ricordato – l'esistenza di un vuoto normativo in materia di tutela dell'interesse del minore al riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di intenzione, anche in considerazione dell'inadeguatezza dello strumento alternativo di costituzione dello *status filiationis* – e cioè, l'adozione in casi particolari – ad assicurare detto interesse in modo rapido, efficace e con pienezza di effetti e, dunque, a consentire di ritenere rispettati i canoni emergenti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto: tale aspetto, come si è visto, è tuttavia superato dalla recentissima Corte cost., sent. n. 79/2022 quanto allo specifico profilo della pienezza di effetti.

Di conseguenza, la sezione ritiene che debbano essere sottoposte a revisione la ragionevolezza e la proporzionalità della soluzione a suo tempo adottata dalle Sezioni Unite. In altri termini, in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale deve essere rimesso in questione, per un verso, «il

²⁴ Cass., sez. I civ., 21 gennaio 2022, n. 1842 (https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/1842_01_2022_oscuramento_no-index.pdf) e su cui v., tra i primi commenti, M. ACIERNO, *Gestazione per altri: una concreta possibilità di dialogo tra Corti* (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti>, 22 febbraio 2022), nonché, criticamente, F. ANGELELLI, *Non c'è nascita senza madre* (<https://www.eticaeconomia.it/non-ce-nascita-senza-madre/>, 14 febbraio 2022).

bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale»²⁵; e, per altro verso, la ragionevolezza e la proporzionalità di tale bilanciamento devono essere valutate alla luce della ritenuta inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, quale strumento alternativo di costituzione dello *status filiationis* nei confronti del genitore di intenzione, ma anche alla luce dell'affermazione – da parte della Corte costituzionale – dell'esistenza di un vuoto normativo ridondante in una «lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla sua identità personale e alla sua vita privata e familiare»²⁶. Si pone pertanto l'esigenza, secondo la sezione rimettente, di una «nuova interpretazione del sistema normativo alla luce delle indicazioni del giudice delle leggi che consenta una tutela adeguata dei diritti del minore e sia nello stesso tempo rispettosa dell'esigenza di salvaguardare i valori sottesi al divieto penale della surrogazione di maternità»²⁷.

La pronuncia è estremamente ricca di suggestioni, che non possono in questa sede essere adeguatamente approfondite: esse vanno dalla riflessione sui rapporti tra effetti delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale e orientamenti della giurisprudenza di legittimità (e merito) alla più generale questione del ruolo del giudice in materia di tutela dei diritti fondamentali, quando il legislatore – seppur chiamato ad intervenire – resti inerte. In questa prospettiva, secondo la sezione, la decisione della Corte costituzionale

«oltre a costituire, in primo luogo, una chiamata del legislatore a un intervento innovativo urgente rappresenta [...] una nuova chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco»²⁸.

Ai più limitati fini di questo scritto, assumono peculiare rilievo alcuni tratti della soluzione interpretativa che la sezione prospetta al primo Presidente e, indirettamente, alle Sezioni unite, con l'obiettivo di superare l'automatismo tra lo stigma annesso dall'ordinamento interno alla surrogazione di maternità e l'esclusione *a priori* della possibilità di riconoscere lo *status filiationis* nei confronti del genitore di intenzione.

Si segnala in particolare che, proprio al fine di superare ogni automatismo in una materia per altri versi profondamente sensibile alla specificità delle situazioni e delle esperienze, la sezione indica nell'ancoraggio al caso concreto della valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico lo strumento idoneo a guidare il bilanciamento e ad evitare l'aprioristica prevalenza di uno degli interessi in gioco sugli altri. Ancoraggio al caso concreto che non significa, però, radicale rinuncia a criteri «che abbiano validità generale»²⁹ e che vengono individuati in un approccio al rapporto tra gestazione per altri e tenuta del principio di dignità, sensibile alle concrete dinamiche di esperienza.

A tale riguardo – e forse cogliendo quei minimi elementi di apertura alla pluralità di condizioni che possono entrare in collisione con una declinazione astratta della libera scelta, pure desumibili dalla

²⁵ La decisione non è suddivisa in paragrafi numerati. Per la citazione, cfr. p. 13 del file ufficiale, scaricabile all'indirizzo riportato nella nota 24.

²⁶ *Ivi*, 14.

²⁷ *Ivi*, 15.

²⁸ *Ivi*, 17.

²⁹ *Ivi*, 19.

sentenza n. 33/2021 – la Sezione afferma che la gestante «è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino», aggiungendo che quando «queste condizioni non sussistono e non sono effettive [...] la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione)» dell'atto di nascita. Al contrario, quando la valutazione della legislazione del luogo – ma anche delle concrete circostanze in cui è avvenuta la gestazione per altri – consente di ritenere che queste condizioni siano state rispettate, «il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerenza alla soluzione di un concreto e attuale conflitto»³⁰: esso, in altri termini, non appare funzionale né a garantire la dignità della donna, né a garantire l'interesse del minore, né a realizzare quella funzione dissuasiva del ricorso alla gestazione per altri pure individuata dalla Corte costituzionale tra le ragioni che possono giustificare il divieto di trascrizione dell'atto di nascita.

La valutazione in concreto delle circostanze della nascita non si limita peraltro, secondo l'ordinanza in parola, all'indagine sulla libertà e sulle condizioni – normative, ma anche socio-economiche e culturali – della scelta della donna di portare a termine una gravidanza per altri, ma dovrebbe essere estesa anche alla verifica – sempre in concreto – dell'eventuale sussistenza di una «interferenza lesiva»³¹ rispetto all'istituto dell'adozione: a tale proposito – richiamando significativi precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo al riguardo³² – la sezione ritiene debba escludersi la trascrivibilità dell'atto di nascita in caso di ricorso alla surrogazione di maternità in assenza di legame genetico con entrambi i genitori d'intenzione, sussista o meno una violazione delle leggi del luogo. E infatti, conclude l'ordinanza,

«una procreazione mediante surrogazione di maternità in cui non vi è stato alcun contributo genetico da parte dei genitori intenzionali si risolve in una vicenda pattizia che normalmente viene gestita da un intermediario per fini economici e che esclude in radice la partecipazione dei genitori intenzionali e della madre gestazionale a un progetto procreativo»³³.

Rilevanti, allo stesso modo, le considerazioni che l'ordinanza svolge in merito tenuta della funzione dissuasiva rispetto al ricorso alla gestazione per altri. Da un lato, infatti, la sezione sottolinea l'intrinseca irragionevolezza dell'efficacia dissuasiva (definita per questo «sproporzionata e irrazionale»³⁴) se si considera che essa riguarda il solo genitore d'intenzione non legato geneticamente al minore, mentre l'atto di nascita – benché formato a seguito di ricorso a GPA – continua a produrre effetti in relazione al genitore genetico. Dall'altro, la sezione afferma che – più ragionevolmente – ove si consolidasse l'applicazione un metodo *case-sensitive* alla valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico, ciò avrebbe piena efficacia dissuasiva nei confronti del ricorso a gestazioni per altri non rispettose della dignità della donna o effettuate in frode alla normativa sulle adozioni. Nemmeno in questi

³⁰ *Ivi*, 20.

³¹ *Ivi*, 21.

³² E, in particolare, le richiamate sentenze *Paradiso e Campanelli c. Italia* e *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Finlandia*.

³³ *Ivi*, 23.

³⁴ *Ivi*, 24.

casi, peraltro, è possibile ipotizzare un completo affievolimento dell'interesse del minore rispetto alla concorrente finalità dissuasiva: questo resta «assolutamente centrale» e la corrispondenza al medesimo del riconoscimento dello *status* «va verificata in concreto attraverso la rappresentazione della vita familiare che si è già instaurata e del ruolo che entrambi i genitori hanno assunto»³⁵. Il bilanciamento tra interesse del minore e finalità dissuasiva rispetto all'elusione del divieto interno di ricorso alla surrogazione di maternità, infatti, deve operare secondo «una logica di prevenzione e non di ritorsione»³⁶, tanto nei confronti del genitore di intenzione quanto – soprattutto – nei confronti del minore, del tutto irresponsabile rispetto alle scelte di chi ha contribuito a determinarne la nascita.

Nell'alternativa tra una valutazione della gestazione per altri incentrata su una concezione oggettiva della dignità e una valutazione invece sensibile alle concrete articolazioni di esperienza cui la GPA può dare luogo – avuto riguardo, soprattutto, alle concrete condizioni in cui la scelta di portare avanti una gravidanza per altri viene esercitata – l'ordinanza imbecca dunque la seconda, affidando alle Sezioni unite il compito di rivedere gli assetti del bilanciamento tra interesse del minore alla continuità dello *status* e istanza di tutela della dignità della donna. Si tratta di una prima importante approssimazione ad un più equilibrato approccio giuridico alla questione: essa infatti spezza, per un verso, il legame biunivoco tra disfavore verso la GPA e costituzione dello *status filiationis* (riconoscendo, entro certi limiti, l'irragionevolezza di una sua costruzione in senso rigido e automatico) e, per altro verso, inquadra la questione a partire dall'interesse del minore. Resta sullo sfondo – come messo in luce dalla dottrina più critica, richiamata in precedenza – il profilo del valore da attribuire alla relazione di gravidanza (cui l'ordinanza accenna soltanto, e indirettamente, quando affronta la questione della revocabilità del consenso) e al suo possibile impatto sull'articolazione del bilanciamento: un profilo non secondario, di cui cercano di farsi carico – come meglio si vedrà in conclusione – alcune recenti proposte di disciplina legislativa della gestazione per altri.

Il quadro frastagliato offerto dalla giurisprudenza mette dunque in luce come il ricorso a una declinazione in senso oggettivo della dignità finisca per ostacolare, nella sostanza, la possibilità di un pieno riconoscimento delle diverse e molteplici esperienze cui il ricorso a GPA può dare vita; al contrario, come dimostra proprio l'ordinanza da ultimo richiamata, un approccio maggiormente sensibile alla concretezza delle esperienze apre alla possibilità di articolare un confronto tra il nostro ordinamento e questo fenomeno in tutta la sua complessità, anche al fine di esercitare un più penetrante controllo sul suo concreto svolgersi e, soprattutto, farsi carico degli effetti che la GPA può indirettamente produrre all'interno del nostro ordinamento, con riferimento alla posizione dei/delle minori, nati/e all'estero attraverso il ricorso a tale pratica e ivi registrati/e quali figli/e di cittadini italiani.

L'esito più rigido, d'altro canto, è ritenuto coerente con la scelta legislativa recata dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004, e cioè con il divieto assistito da sanzione penale: un divieto che, pur potendo essere interpretato in molti modi (ad esempio, nel senso che esso colpisca non la pratica in sé, ma il ricorso alla mediazione commerciale), ha finito – combinandosi proprio con la declinazione in

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, 23.

senso oggettivo della dignità – per fondare un giudizio di disvalore massiccio e impenetrabile³⁷, con la conseguenza: a) di impedire – o quantomeno depotenziare in modo significativo – qualunque ragionamento articolato sulla pratica, anche solo nella giurisprudenza e al fine di differenziare tra diverse ipotesi, esperienze, schemi regolatori e contesti (specie in relazione all'indiretta rilevanza *interna* della GPA); b) di rendere oltremodo complessa, per l'effetto, la soluzione del problema – concretissimo – di tutelare le minori e i minori nati all'estero attraverso il ricorso alla GPA.

Va detto, peraltro, che il rapporto tra dignità e libertà – e dunque le diverse sfumature dell'intreccio tra dignità intesa in senso oggettivo e dignità in senso soggettivo – assume, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tratti più complessi di una semplice polarizzazione, anche quando ad essere centrale, sulla scena, è il corpo come sede di scelte e veicolo di relazioni. Da un lato, infatti, sentenze come la richiamata n. 272/17 e la sentenza 7 giugno 2019, n. 141 (in materia di favoreggiamento della procreazione) insistono nel declinare la dignità esclusivamente quale limite all'autodeterminazione individuale, accentuandone dunque il significato *oggettivo*. D'altra parte, decisioni come l'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207 e la sentenza 22 novembre 2019, n. 242 (in materia di tutela della dignità alla fine della vita) sono invece riuscite a intrecciare, in modo equilibrato e convincente, il profilo oggettivo e il profilo soggettivo della dignità personale. In particolare, in tali pronunce la Corte calibra l'intreccio tra di essi in relazione alla necessità di fare fronte a situazioni di vulnerabilità considerate *in concreto*: è solo in tali casi, infatti, che la considerazione della dignità sotto il profilo oggettivo si riespanse fino a giustificare limiti alla libertà di scelta individuale sul proprio corpo e sulla propria vita³⁸.

3. L'esperienza portoghese: tra giudice costituzionale e legislatore

Ben più articolata la vicenda interpretativa restituita dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese, chiamato a pronunciarsi sulla gestazione per altri ben due volte (nel 2018 e nel 2019) e – caso unico in Europa – con riferimento a una legge recante regolamentazione espressa della GPA³⁹. Con legge n. 25/2016, infatti, l'Assemblea della Repubblica aveva modificato la legge n. 32/2006 (in materia di procreazione medicalmente assistita) introducendo – all'articolo 8 – una specifica disciplina della GPA caratterizzata, per un verso, dalla natura solidaristica (e dunque dall'assenza di compenso e di mediazione commerciale, unitamente all'assenza di qualunque pregressa relazione di subordinazione tra la coppia di genitori intenzionali e la donna gestante) e, per l'altro, da una moderata mediazione pubblicistica, rappresentata dall'autorizzazione preventiva e dal controllo del *Conselho Nacional*

³⁷ Sul divieto recato dalla disposizione richiamata, anche in relazione al dibattito in corso sulla possibilità di estenderne l'applicazione – in via legislativa – anche alle condotte poste in essere all'estero, v. M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021 (<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/pelissero-surrogazione-maternita-diritto-punitivo-universale>).

³⁸ Sul punto, v. A. SCHILLACI, *Dalla Consulta a Campo Marzio (e ritorno?): il difficile seguito dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in S. CACACE, A. CONTI, P. DELBON, *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019, 163 ss.; ID., *Corpo e libertà. Corpi, libertà, dinamiche del riconoscimento*, in C. MORONI, A. STERPA (a cura di), *Corpo e società. Trasformazioni del convivere*, Napoli, 2021.

³⁹ Su questa vicenda v. V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 339 ss.

de Procriação Medicamente Assistida sugli accordi di GPA, al fine di verificare il rispetto delle condizioni stabilite dalla legge per la loro stipula e successiva attuazione.

Assieme ad altre, tale disposizione fu oggetto di un primo ricorso da parte di una minoranza parlamentare – ai sensi dell’articolo 281 della Costituzione portoghese – che lamentava, per quel che qui rileva, il radicale contrasto tra la disciplina della GPA, in sé considerata, e l’imperativo costituzionale di tutela della dignità personale.

Con la decisione n. 225 del 25 aprile 2018, il Tribunale costituzionale si è pronunciato nel senso dell’illegittimità costituzionale parziale della disciplina, rinviando al legislatore per le integrazioni necessarie. Particolarmente significativo, ai nostri fini, l’inquadramento dell’istituto alla luce del principio costituzionale di dignità e, in particolare, il modo in cui il Tribunale costituzionale valorizza – nell’*iter decidendi* – il profilo soggettivo della dignità stessa, pur senza pregiudicare l’istanza oggettiva, di limite e tutela, ascrivibile al medesimo concetto. Proprio sulla base di tale equilibrio, infatti, il Tribunale costituzionale finisce, da un lato, per escludere l’illegittimità costituzionale della disciplina della GPA nel suo *an*, e per l’altro per concentrarsi con chirurgica precisione sul *quomodo*, proprio al fine di rendere il modello regolatorio quanto più possibile coerente proprio con l’imperativo costituzionale di tutela della dignità, considerata in concreto e nel suo intreccio con la libertà di autodeterminarsi.

All’esito di un percorso argomentativo profondamente sensibile – tra l’altro – al rilievo della comparazione e del diritto europeo (con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU), il Tribunale costituzionale portoghese si concentra essenzialmente sulla figura della donna gestante e sulla sua centralità nella concreta articolazione della pratica e, di conseguenza, nel modello regolatorio. È in tale angolazione che l’intera vicenda viene riguardata, anche e soprattutto per quel che riguarda la sua compatibilità con il principio di dignità: il «ruolo attivo» della gestante, le sue motivazioni e il concreto impatto della gravidanza sulla sua esperienza di vita non possono, afferma il Tribunale, essere «lasciate in ombra» (cfr. par. 25 della *Fundamentação*), specie in contrapposizione a quelle posizioni che – per contestare radicalmente la pratica – tendono a enfatizzare la “strumentalizzazione” del corpo femminile.

Se è vero infatti, prosegue il Tribunale, che la gravidanza è condizione personale particolarissima, aperta alla relazione con altre persone e con la società nel suo complesso, portatrice di vulnerabilità peculiari e come tale necessita la speciale protezione da parte dell’ordinamento, è altrettanto vero che non per questo l’esperienza di vita della donna in gravidanza si esaurisce in questa sua condizione. Ritenerne il contrario – afferma il TC – «corresponde a uma redução – ainda que temporária – da condição de mulher livre, ativa e socialmente comprometida (enquanto trabalhadora, empreendedora, criadora ou mãe) a um estado incapacitante» (par. 26): la donna in gravidanza, invece, continua a essere libera e autodeterminata sul piano intellettuale come su quello fisico. Ed è per questo che è «manifestamente esagerato» ritenere che la GPA implichi la subordinazione della gestante ai beneficiari in tutte le dimensioni della sua vita, «como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a “escravatura temporária” consentida» (*ivi*).

Piuttosto, è proprio l’insistenza del Tribunale costituzionale sul nesso tra dignità e autodeterminazione a consentire di inquadrare la GPA a partire dall’individuazione – nella donna gestante – del soggetto attivo dell’intero processo, la cui partecipazione *volontaria* è essenziale per la riuscita del medesimo. Assieme ai beneficiari, la donna gestante si impegna in un progetto che, «in molti aspetti essenziali»,

è condiviso («partilhado») da tutti gli attori del medesimo. Centrale, in questo quadro, la motivazione solidaristica e altruistica che, secondo il TC, muove la donna gestante e vale a qualificare lo stesso rapporto tra dignità e libertà che rileva nella specie, in relazione al principio di libero svolgimento della personalità. Proprio la motivazione solidaristica – una «solidariedade ativa» che può spingersi fino al dono di sé per amicizia o amore (par. 28) – afferma suggestivamente il TC, contribuisce alla elevazione (e non già alla degradazione) della persona della donna gestante. Da ciò consegue, per un verso, che la partecipazione della donna alla GPA afferma una libertà di azione che «se funda nessa mesma dignidade»; e, per altro verso, impone di concretizzare la stessa declinazione oggettiva della dignità, che non può essere intesa «meccanicamente» ma impone «uma apreciação sobre o respetivo impacto concreto no valor intrínseco de cada pessoa, e muito particularmente na sua capacidade de autodeterminação e de afirmação livre e responsável da sua personalidade» (ivi).

Solo una situazione di vera e propria strumentalizzazione – che annulli cioè o misconosca detta autonomia personale – può essere considerata degradante e dunque contrastante con il principio dignità. E tale eventualità è esclusa proprio per effetto dell'intervento, nella materia, di una disposizione regolatoria quale l'articolo 8 della legge n. 32/2006, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, con particolare riferimento alla *gratuità* del contratto e alla prescritta assenza di relazioni di subordinazione economica tra la donna e i beneficiari: nel disciplinare la GPA, conclude il TC, il legislatore ha insomma avuto ben presente la necessità di salvaguardare la dignità della persona, mettendo in atto tutte le potenzialità e di tutela proprie della funzione di regolazione ascritta al diritto.

Nel caso portoghese, in altri termini, il diritto accoglie la sfida posta dalla GPA, e non rinuncia alla sua funzione, cercando di perseguire la strada dell'equilibrio. E proprio l'esistenza di una disciplina giuridica consente al Tribunale costituzionale di intervenire sulle concrete caratteristiche del modello regolatorio, per assicurarne la massima coerenza al quadro costituzionale (parr. 38 ss.).

Così, anzitutto, il TC censura l'assenza – già in sede legislativa – di una dettagliata cornice di principi atti a predeterminare il contenuto degli accordi di GPA e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 *in parte qua*.

Oggetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale è però soprattutto – almeno ai nostri fini – la disposizione riguardante la revocabilità del consenso, da parte della donna, solo fino all'avvio del percorso di procreazione medicalmente assistita. Molto opportunamente, infatti, il TC distingue tra il consenso all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita – che è puntuale, e si esaurisce all'atto dell'applicazione della tecnica medesima – e il consenso a un percorso progettuale e relazionale complesso come la GPA. In questo caso, oggetto del consenso non è soltanto l'applicazione di una tecnica di p.m.a., ma l'avvio di un processo più complesso, che arriva fino al parto e – entro certi limiti – si spinge anche al di là di esso. Anche per questo, si riscontra una strutturale *asimmetria* tra il consenso prestato dalla gestante e quello prestato dai beneficiari, che richiede una disciplina diversa, che tenga conto dello specifico tessuto esperienziale sotteso alla GPA, soprattutto in termini di revocabilità del consenso medesimo da parte della donna gestante. Così, se per i beneficiari non solo ha senso, ma è doveroso che il consenso non sia più revocabile una volta che l'embrione sia stato formato e si sia proceduto all'impianto del medesimo nel corpo della gestante – in tale momento risultando consolidata e irrevocabile l'assunzione di responsabilità da parte dei beneficiari nei confronti dell'in-

tero processo e della vita nascente – lo stesso non è a dirsi per la gestante, dovendosi piuttosto considerare la peculiarità dell’esperienza di gravidanza e parto, lungo tutta la durata della quale l’espressione del consenso si proietta. La gestazione, afferma del tutto condivisibilmente il TC, è infatti un processo «complesso, dinamico e unico», che può incidere sull’autocomprensione di sé da parte della gestante e, di conseguenza, provocare trasformazioni suscettibili di incidere sulla permanenza del consenso che, pertanto, deve poter essere revocato fino al momento della «consegna» («*até a entrega*») del/la nato/a ai genitori intenzionali.

Pertanto, proprio perché l’esperienza di GPA è stata inquadrata dal Tribunale costituzionale nella cornice del libero svolgimento della personalità, la revocabilità del consenso è l’unico strumento atto non solo a garantire che persista – lungo tutto il percorso – la volontarietà della condotta ma anche a dare pieno riconoscimento e tutela alla specifica dignità dell’esperienza di vita che la donna gestante attraversa, mantenendo in essa il centro dell’intera dinamica di relazione cui la GPA dà vita (cfr. par. 43).

A seguito della sentenza n. 225/18, l’Assemblea della Repubblica si è pertanto nuovamente misurata con la disciplina della GPA, con l’obiettivo di adeguare il modello regolatorio ai rilievi del Tribunale costituzionale. Il 19 luglio 2019 venne approvato un progetto di legge, avverso il quale – tuttavia – fu il Presidente della Repubblica a proporre ricorso preventivo di illegittimità costituzionale, ai sensi dell’articolo 278 della Costituzione portoghese. Oggetto del ricorso era, nuovamente, la disciplina della revocabilità del consenso: il legislatore si era infatti limitato a inserire un riferimento alla revocabilità del consenso nella cornice di principi ai quali i contratti di GPA avrebbero dovuto conformarsi, senza modificare l’articolo 8, comma 8 della legge n. 32/2006 che, pertanto, continuava a rinviare – per la revoca del consenso – alla previsione dettata in via ordinaria per l’applicazione delle tecniche di p.m.a. Per questo motivo, con la decisione n. 465 del 18 settembre 2019, il Tribunale costituzionale dichiarò l’illegittimità costituzionale della previsione in esame, rinviando nuovamente il testo all’Assemblea della Repubblica.

Con riferimento a tale decisione merita richiamare, per la profondità degli argomenti, il voto separato (concorrente) della giudice Mariana Canotilho la quale, richiamando i principi che avevano sorretto la decisione del 2018, si concentra in modo particolare sulla portata – nel caso concreto – del principio della dignità della gestante. La dignità che viene in rilievo in relazione alla GPA, afferma la giudice, non va intesa in senso «astratto, essenzialistico, che trasformi la donna nel suo *oggetto*» (corsivo aggiunto); essa deve essere piuttosto compresa come la dignità *concreta* di *ciascuna donna gestante*, per come si riflette nella sua esperienza di libertà e autodeterminazione. La donna, conclude Canotilho, deve essere il *soggetto* della GPA lungo tutto il suo svolgimento: per questo la questione della revocabilità del consenso – indipendentemente dalla sua concreta rilevanza applicativa – ha uno spessore teorico fondamentale e rappresenta il «punto di partenza» per la «indispensabile concordanza pratica tra diritti e valori in conflitto». E per questo, il consenso – per essere davvero libero – deve essere revocabile fino alla «consegna» del/la nato/a ai genitori d’intenzione: solo così, esso potrà essere liberamente *rinnovato* in ogni fase del percorso.

Solo nel novembre del 2021 l’Assemblea della Repubblica ha potuto approvare in via definitiva le ulteriori modifiche richieste dal Tribunale costituzionale, che sono entrate in vigore con la promulgazione della legge n. 90/2021.

All'esito di tale intervento, l'articolo 8 della legge n. 32/2006 – che reca la disciplina della GPA – è stato modificato, rispetto alla formulazione originaria, secondo le seguenti direttrici:

- a) viene ribadita la natura eccezionale degli accordi di GPA, e la circostanza che essi devono far fronte a situazioni nelle quali sia assolutamente impedito alla donna – per ragioni patologiche (ad es.: assenza di utero) di portare a termine una gravidanza, così come viene ribadito che l'embrione deve essere formato facendo ricorso al gamete di almeno uno dei membri della coppia di genitori intenzionali e che la donna gestante non può mai essere anche la donatrice dell'ovocita (escludendo così ogni forma di GPA cd. *tradizionale*, a favore della sola GPA cd. *gestazionale*);
- b) al comma 3 si prevede, assai significativamente, che la donna gestante abbia già – almeno di regola – figli propri; al comma 7 è ribadita la natura gratuita dell'accordo e al comma 8 è ribadita la necessità che tra i beneficiari e la gestante non intercorrano relazioni di subordinazione economica;
- c) al comma 10 si prevede la revocabilità del consenso, da parte della gestante, fino alla registrazione del/la nato/a, dopo la nascita;
- d) viene potenziato il ruolo del *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, sia in sede di autorizzazione preventiva dell'accordo di GPA (comma 5 e, soprattutto il nuovo comma 6) sia in sede di controllo (comma 13);
- e) sempre al comma 13, vengono dettagliati i principi e criteri cui l'accordo di GPA deve conformarsi, con la dettagliata previsione dei doveri delle parti e, soprattutto, dei diritti della gestante, per tutto quel che concerne le informazioni, le decisioni da assumere durante la gravidanza e l'assistenza, anche psicologica, lungo tutto il percorso.

Ne emerge un quadro regolatorio dettagliato ed esigente, che persegue un punto di equilibrio tra il riconoscimento di un significativo ambito di autodeterminazione a tutti i soggetti coinvolti e la disciplina delle condizioni all'avverarsi delle quali tale autodeterminazione possa ritenersi effettiva e libera. Tale equilibrio è perseguito non soltanto attraverso la previsione di una mediazione pubblicistica (autorizzazione e controllo da parte del CNPMA) ma anche attraverso una serie di precise garanzie giuridiche dirette, nei limiti del possibile, a incidere non solo sul puntuale esercizio dei diritti e sull'adempimento dei doveri dei soggetti coinvolti ma anche sul contesto nel quale l'autonomia dei soggetti coinvolti viene esercitata.

Merita rilevare, infine, che l'assetto regolatorio portoghese è l'esito di un serrato dialogo tra Tribunale costituzionale (la cui funzione è, in questa chiave, ulteriormente arricchita, nel caso di specie, sia dalla esistenza del ricorso diretto da parte delle minoranze parlamentari e del Presidente della Repubblica, sia dalla possibilità per i giudici di redigere voti separati, così come dalla notevole familiarità del TC con l'argomento comparativo e il ricorso al diritto e alla giurisprudenza sovranazionali) e legislatore, con significativo impatto sulla qualità del dibattito pubblico sul tema. Si tratta di una precisazione importante, che vale a distinguere significativamente il caso portoghese dal caso italiano, nel quale l'oscillazione del legislatore tra proibizionismo (per quel che riguarda la GPA) e indifferenza (per quel che riguarda la tutela dei/delle nati/e mediante ricorso a questa pratica, con riferimento in particolare alla continuità dello *status*) si combina in modo ormai sempre più problematico con le incertezze della giurisprudenza, che tende a oscillare tra interventi in chiave evolutiva e momenti di arretramento.

4. Paradigmi ricostruttivi e alternative regolatorie

Attorno alle diverse declinazioni di libertà e dignità possono essere dunque tratteggiati diversi paradigmi ricostruttivi della gestazione per altri. Rileva anzitutto l'alternativa di fondo tra dignità intesa in senso oggettivo e dignità intesa in senso soggettivo: tra una dignità intesa cioè come limite all'esercizio di autodeterminazione e dignità come concetto legato alla rappresentazione di sé e alla realizzazione della propria personalità in condizioni di libertà. Tale polarizzazione, apparentemente chiara, si complica notevolmente quando le scelte investono l'uso del proprio corpo e la costruzione, attraverso di esso, di relazioni che qualificano lo svolgimento della propria personalità.

Come dimostra la comparazione tra Italia e Portogallo, portare alle estreme conseguenze la polarizzazione tra dignità intesa in senso soggettivo e dignità intesa in senso oggettivo rischia di irrigidire la discussione su alternative astratte e poco sensibili alle concrete esperienze di vita e relazione. Ciò non significa, tuttavia, che le due dimensioni della dignità appena tratteggiate non possano o non debbano rilevare nella riflessione sulla gestazione per altri, tutto il contrario: piuttosto, si tratta di evitare di schiacciare la ricostruzione del fenomeno sull'uno o sull'altro polo, senza dare adito al portato di valore che è racchiuso nell'altro.

Così, un paradigma ricostruttivo esclusivamente basato su una declinazione assoluta (ma soprattutto astratta rispetto ai contesti) dell'autodeterminazione dei soggetti coinvolti – dalla donna gestante, ai genitori d'intenzione, agli stessi operatori economici e giuridici – finisce inevitabilmente per rinviare a schemi di natura esclusivamente contrattualistica (paradigma *individualistico-contrattuale*), rispetto ai quali il momento regolatorio rischia di assumere un ruolo recessivo, specie per quel che riguarda la gestione degli aspetti economici; all'altro estremo, un paradigma ricostruttivo fondato su una declinazione di dignità come limite all'autodeterminazione personale finisce per negare la possibilità stessa di una regolazione giuridica della GPA, cedendo il passo a modelli proibizionisti altrettanto refrattari rispetto all'esperienza e, soprattutto, rispetto alla possibilità di far valere le virtualità regolatorie del diritto nei confronti di un complesso di esperienze che, proprio per la loro delicatezza, nel diritto potrebbero trovare uno strumento di gestione in chiave di tutela dei diversi valori e interessi coinvolti (anche, come dimostra proprio il caso italiano, in relazione alla salvaguardia della continuità dello *status filiationis* dei/delle nati/e mediante ricorso a questa pratica).

Ancora, con riferimento al paradigma individualistico-contrattuale, deve essere messo in luce come esso interagisca in modo complesso e delicato, da un lato, con la riduzione della GPA ai suoi aspetti tecnico-sanitari – ossia, alla mera applicazione di tecnologia riproduttiva su corpi, oggetto di libera determinazione da parte dei soggetti interessati – e, dall'altro, con i suoi aspetti economici, dall'esistenza o meno di un passaggio di denaro – la quale, nella logica contrattualistica, rappresenta la remunerazione della "prestazione" resa – alla stessa già richiamata mediazione di soggetti imprenditoriali che intendano trarre dalla pratica un profitto ulteriore per i servizi resi.

Occorre dunque ricercare soluzioni ricostruttive intermedie, che non vanifichino né l'istanza di libertà né l'istanza di limite, secondo logiche di equilibrio. Il caso portoghese offre, in questo senso, indicazioni molto interessanti, specie per quel che riguarda la ricostruzione del concetto di dignità e della sua specifica portata nel caso della GPA. In particolare, il rifiuto di logiche astratte – sia nell'un senso che

nell'altro – ha reso possibile al Tribunale costituzionale, e al legislatore, approntare un modello regolatorio sensibile alla concretezza delle esperienze e, soprattutto, idoneo a precostituire adeguate tutele per tutti i soggetti coinvolti, e in particolare per la donna gestante.

In questa prospettiva, diviene da un lato possibile dare ingresso nella ricostruzione del fenomeno allo specifico rilievo dei *motivi* che possono spingere i soggetti interessati a impegnarsi in una esperienza di GPA e dunque anche, ma non solo, alla matrice solidaristica la quale può – ma non necessariamente deve – tradursi in una assenza di passaggi economico-monetari. Ancora più in profondità, una ricostruzione del fenomeno che resti sensibile alle esperienze cui l'esercizio di quelle scelte dà luogo può farsi carico dell'istanza di *relazione* che – direttamente promanante dall'esperienza originaria della gravidanza – si proietta ben al di là della nascita, disegnando una costellazione molteplice di responsabilità: dalla responsabilità verso il nascituro assunta dai genitori intenzionali, fino alla responsabilità di questi ultimi di non celare né dimenticare l'origine di quella vita e, dunque, di preservare una cornice di relazioni che accompagni il/la nato/a lungo tutta la sua esistenza, come cifra della sua storia e della sua identità.

Ancora, un approccio alla dignità che ne valorizzi il legame con l'autodeterminazione *in concreto e in prospettiva situata* può incidere sui modelli regolatori affinandone la specifica sensibilità rispetto ai contesti, sia sotto il profilo delle concrete condizioni socio-economiche e culturali nei quali le scelte afferenti alla GPA vengono esercitate, sia sotto il profilo della pretesa regolatoria del diritto anche rispetto alle dinamiche economiche eventualmente sottese.

Infine, in questa stessa prospettiva assume peculiare rilievo la mediazione pubblicistica, almeno sotto tre profili.

In primo luogo, la stessa scelta di adottare un modello di regolazione giuridica della GPA non è indifferente rispetto al paradigma nel quale ci si muova, potendo temperare in modo significativo il paradigma individualistico-contrattuale o, viceversa, escluderlo a favore di un paradigma integralmente guidato dall'intervento pubblicistico.

In secondo luogo, la mediazione pubblicistica assume peculiare rilievo per quel che riguarda il perseguimento di equilibri tra l'esercizio delle libertà individuali e il perseguimento di irrinunciabili interessi pubblici, primo fra tutti – di nuovo – quello alla tutela della dignità di tutti i soggetti coinvolti nella GPA: equilibri che possono essere assicurati anche prevedendo una mediazione di tipo amministrativo (come nel caso portoghese) o giurisdizionale (come ad esempio nel caso greco), sia in fase di autorizzazione preventiva che di controllo contestuale e successivo nella fase di attuazione degli accordi.

In terzo luogo, la mediazione pubblicistica pare suscettibile di incidere anche sul ruolo del fattore economico, sia nel quadro della generale pretesa regolatoria del diritto rispetto alle dinamiche del mercato – ad esempio assicurando il divieto di intermediazione commerciale – sia, soprattutto, per la possibilità di avocare integralmente al sistema sanitario pubblico la GPA, evitando qualunque interferenza da parte di operatori privati, ivi comprese le agenzie di mediazione.

Traccia di simili alternative “di paradigma” sono presenti, ad esempio, nelle proposte di legge elaborate nel dibattito pubblico italiano e, in particolare, nel testo elaborato dall'Associazione Luca Coscioni

e depositato alla Camera dei deputati⁴⁰ e nel disegno di legge elaborato da alcuni giuristi del portale *Articolo29.it* (fra cui chi scrive) e non ancora depositato in Parlamento⁴¹.

In particolare, la proposta di legge C. 3016 accede a un paradigma di tipo contrattualistico: infatti, seppure nel quadro di una ben precisa cornice di limiti e principi stabiliti dalla medesima proposta di legge, l'accordo di gravidanza per altri viene stipulato dalle parti, alla presenza di un avvocato (cui è conferito il potere di autentica delle firme). Al contrario, la proposta di legge elaborata da *Articolo29.it* si colloca più decisamente sul versante della mediazione pubblicitica, prevedendo che l'accordo di gravidanza per altri venga stipulato all'esito di un procedimento di giurisdizione volontaria, che si instaura mediante ricorso al Tribunale competente e si impernia sulla nomina, da parte del giudice, di un ausiliario con specifici requisiti di professionalità, il quale assisterà le parti nella fase di sottoscrizione e attuazione dell'accordo.

Analoghi sono i limiti che entrambi i testi pongono alla possibilità di stipulare l'accordo: si segnalano, in particolare, i limiti reddituali previsti per la gestante (il cui reddito deve essere almeno doppio rispetto alla soglia prevista per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato) e la previsione che la gestante stessa debba avere già figli/e propri/e. Entrambi i testi, inoltre, confermano il divieto di intermediazione commerciale, facendo salva la previsione di cui all'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004 per le GPA realizzate in violazione delle condizioni previste da entrambi i testi. Tuttavia, mentre la proposta di legge C. 3016 esclude la possibilità di compenso e di qualsivoglia arricchimento per la gestante, la proposta di *Articolo29.it* prevede anche la possibilità di un compenso per la gestante. Resta fermo, con riferimento a entrambi i testi: a) che tutte le spese sono a carico dei beneficiari; b) che i beneficiari sono tenuti alla stipula di una assicurazione sanitaria a favore della gestante; c) che i beneficiari sono tenuti, prima dell'impianto dell'embrione, ad aprire un conto corrente dedicato a tutti i passaggi di denaro relativi alla pratica: nel caso della p.d.l. C. 3016, il medesimo conto corrente è soggetto a rendicontazione da parte di un notaio.

Entrambi i testi, peraltro, ammettono il ricorso alla GPA delle persone singole e delle coppie di persone dello stesso sesso, unite civilmente o conviventi.

Per quel che riguarda la posizione della gestante si segnala che – mentre il testo di *Articolo29.it* prevede la possibilità di revoca del consenso anche dopo la nascita – il testo della proposta di legge C. 3016 prevede che il consenso possa essere revocato solo in caso di interruzione volontaria di gravidanza. Entrambi i testi assicurano alla gestante piena autonomia in tutte le scelte che riguardano la gravidanza, il suo svolgimento e i trattamenti sanitari.

Degna di nota, infine, nel testo elaborato da *Articolo29.it*, la qualificazione degli accordi di gravidanza per altri come «accordi di natura familiare»; conseguentemente, della relazione avviata con il ricorso alla GPA viene riconosciuta la proiezione anche al di là e oltre la nascita, prevedendo che la donna che ha partorito ed il nato abbiano diritto di instaurare e conservare una relazione significativa di natura familiare, ivi compreso il reciproco diritto di visita. Si tratta di un tentativo che, significativamente, si

⁴⁰ C. 3016 (On. Termini e altri), *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, che può essere consultato a questo indirizzo: <https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=3016>.

⁴¹ M. GATTUSO, A. SCHILLACI, *Il sasso nello stagno: uno schema di disegno di legge di Articolo29 per la regolamentazione della surrogazione di maternità* (16 ottobre 2018): <http://www.articolo29.it/2018/il-sasso-nello-stagno-uno-schema-di-disegno-di-legge-di-articolo29-per-la-regolamentazione-della-surrogazione-di-maternita/>).

incrive in un quadro ricostruttivo del fenomeno fortemente sensibile alla concretezza delle esperienze e delle relazioni cui le scelte delle persone coinvolte possono dare luogo.

La sintetica (ed esemplificativa) esposizione dei contenuti dei due testi consente di svolgere brevi considerazioni conclusive su alcuni profili rilevanti. Anzitutto, la trattazione sin qui svolta ha messo in luce la *possibilità* e le *virtualità* di una regolazione giuridica della GPA e il modo in cui le stesse si intreccino con le diverse declinazioni della dignità – e del suo rapporto con la libertà – e con il rilievo delle stesse nell’elaborazione di paradigmi ricostruttivi della GPA stessa. Così, da un lato, una comprensione del rapporto tra dignità e libertà astratto e sganciato da contesti e relazioni si presta – paradossalmente – a polarizzare le scelte regolatorie tanto su un paradigma di tipo proibizionista quanto su un paradigma di tipo radicalmente contrattualistico, che mantiene rigida la separazione tra la sfera in cui si esplica la libertà – anche economico-commerciale – degli individui e degli operatori e l’intervento del diritto. D’altro canto, e viceversa, una comprensione del rapporto tra dignità e libertà sensibile rispetto alla concretezza delle situazioni e allo specifico rilievo dei contesti consente ai modelli regolatori di mantenersi in equilibrio tra la salvaguardia dell’istanza di libero svolgimento della personalità e quella, con essa concorrente, di tutela della dignità dei soggetti coinvolti garantendo l’adempimento di specifici doveri di corresponsabilità e, soprattutto, limitando l’intervento del mercato (o, addirittura, escludendolo del tutto).

In questa prospettiva possono essere inquadrare e comprese, gettando su di esse una luce in parte nuova, almeno alcune delle alternative disciplinari che caratterizzano i diversi modelli regolatori della GPA. Si pensi, ad esempio, all’alternativa tra il modello solidaristico e quello commerciale che non coincide – nella prospettiva di questo scritto – con l’alternativa tra modello oneroso e modello gratuito, bensì piuttosto con la diversa incidenza del ruolo del mercato e dunque degli operatori economici e degli intermediari commerciali nella vicenda della GPA; si pensi, ancora, alla diversa disciplina delle condizioni alle quali la donna può esercitare e condurre la propria scelta di portare una gravidanza per altre o altri (ad esempio, mediante la fissazione di specifici requisiti reddituali o attraverso il requisito dell’aver già avuto figli/e propri/e) ma anche al modo in cui la disciplina di quelle condizioni possono reagire sul contesto (non solo socio-economico e culturale, ma anche più strettamente esperienziale) in cui quella scelta viene esercitata e attuata.

Filo conduttore del percorso attraverso queste differenti alternative – nel solco della comparazione che si è proposta tra il caso italiano e quello portoghese – è, di nuovo, la comprensione della dignità e del suo rapporto con la libertà, come presidi posti «non per custodire un’essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita», con il corollario che della dignità stessa debba essere superata una declinazione astratta, costruendola piuttosto «in modo da dover essere sempre misurata sulla concretezza delle situazioni»⁴².

⁴² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2010, 190-191 e 194. Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell’uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in *Id.*, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, 236 ss. nonché A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018.