

Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori

Maurizio Di Masi*

SIX HATS FOR THINKING ABOUT SURROGACY AND CHILD PROTECTION

ABSTRACT: The article analyzes the main arguments on surrogacy and child protection using the method proposed by Edward De Bono, the “lateral thinking” theorist. This approach suggests a critique of the apodictic closure of the national legal thought to surrogacy, in order to make room for legal solutions that enhance the solidarity aspect of surrogacy itself. Furthermore, the government’s choices reflect a position that is hardly compatible with child protection. In the author’s opinion, in any case, remains a priority the need to legally guarantee the best interest of the child through immediate recognition of the parental responsibility of the couple resorting to surrogacy.

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

ABSTRACT: L’articolo indaga le principali questioni giuridiche sollevate dalla gestazione per altri rispetto alla tutela dei minori, ricorrendo al metodo proposto da Edward De Bono, teorico del “pensiero laterale”. Utilizzando i “sei cappelli” proposti da De Bono, appare chiara l’inadeguatezza sia della chiusura apodittica della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria alla gestazione per altri, sia della risposta istituzionale del Governo. Il pensiero laterale, invece, suggerisce di interrogarsi sulla praticabilità di una gestazione per altri effettivamente solidaristica. In ogni caso resta prioritario il bisogno di tutelare i diritti fondamentali del minore, stabilizzando lo *status filiationis* e la responsabilità genitoriale sin dalla nascita.

PAROLE CHIAVE: Gestazione per altri; dignità; autodeterminazione; preminente interesse del minore; responsabilità genitoriale

SOMMARIO: 1. Per un approccio *laterale* al c.d. turismo procreativo, alla gpa ed alla tutela dei minori – 2. Il cappello bianco: i dati – 3. Il cappello rosso: la penalizzazione del modello di famiglia omoparentale – 4. Il cappello nero: A) *commodification* del corpo femminile; B) inadeguatezza dell’art. 44 lett. d) legge adozioni – 5. Il cappello giallo: A) argomenti a favore della gpa; B) UE e stabilità dello *status filiationis* – 6. Il cappello verde: rivalutare la gpa solidaristica – 7. Il cappello blu: tutelate *hic et nunc* i e le minori.

* Ricercatore di Diritto privato, Università degli Studi di Perugia. Mail: maurizio.dimasi@unipg.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Per un approccio *laterale* al c.d. turismo procreativo, alla gpa ed alla tutela dei minori

La gestazione per altri (d'ora in poi gpa) continua ad essere al centro di un vivace dibattito politico e giuridico che si caratterizza per le posizioni fortemente polarizzate¹. Questo contributo si pone l'obiettivo di evidenziare alcuni limiti della risposta istituzionale data negli

¹ Rispetto alle posizioni dottrinali da ultimo sollecitate da Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162 (in *Famiglia e diritto*, 2023, 408 ss.) cfr. S. PATTI, M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in rivistafamiglia.it, 21 marzo 2023; G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2023, 377 ss.; G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2/2023, 698 ss.; M. R. MARELLA, *GPA: la necessità di uno sguardo (gius)realista*, in *EuroNomade*, 17 agosto 2023, on-line al link <http://www.euronomade.info/?p=15652>; M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2023, 387 ss.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2023, 613 ss.; M. C. VENUTI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questione Giustizia on-line*, 27 giugno 2023; F. FILICE, *Nota critica a SS. UU. n. 38162 del 30 dicembre 2022 in tema di riconoscimento dello status di filiazione del minore nato all'estero con la gestazione per altri*, in Giudicedonna.it, 3-4/2023; V. CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2023, 668 ss. In generale, sulle varie posizioni espresse sulla surrogacy nel dibattito giuridico italiano più recente, senza pretesa di esaustività, cfr. V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 301 ss.; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, 13 ss.; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, in *Famiglia*, 2021, 391 ss.; R. ZAMPERINI, *Surrogacy: the next generation. Il futuro della maternità surrogata è il mercato regolato?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2021, 559 ss.; M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, 41 ss.; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, Milano-Udine, 2020; I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Sociologia del diritto*, 1/2020, 206 ss.; M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazione. La surrogazione della maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019; M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corriere giuridico*, 10/2019, 1225 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2019, 337 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 737 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 79 ss.; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status*, in *Diritto e processo*, 2019, 481 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2017, 1097 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 12, 1722 ss.; E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e diritto privato*, 3/2017, 953 ss.; S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 95 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2015, 89 ss.; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2014, 615 ss.

ultimi mesi al fenomeno del c.d. *turismo procreativo*², che spinge moltissimi cittadini e cittadine a recarsi all'estero per far ricorso alla gpa, pratica procreativa che l'Italia vieta ex art. 12, comma 6, legge n. 40/2004. Ciò conferma la ristretta prospettiva di quei sistemi giuridici che pretendono *sic et simpliciter* di proibire penalmente la pratica della maternità surrogata³, dal momento che rimane intatto il problema giuridico concernente l'attribuzione della responsabilità genitoriale⁴. Indipendentemente dalla nullità degli accordi di gpa e dalle sanzioni penali rimane come dato storico che tali accordi continuano a essere stipulati all'estero dove sono leciti e, perciò, vi sono bambini e bambine nati/e da madri surrogate. A questi minori l'ordinamento giuridico deve pur attribuire dei genitori, e lo deve fare *effettivamente e nel tempo più breve possibile*⁵. Il che implica una valutazione dell'efficacia rispetto alla tutela del minore apprestata dall'adozione ex art. 44 lett. d) della legge adozioni, quale strumento per riconoscere la genitorialità sociale del c.d. genitore di intenzione⁶.

² Cfr. I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Genus*, 2/2017, 20 ss. M. DI MASI, M. VIRGILIO, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in *Minorigiustizia*, 1/2017, 41 ss. In generale sull'annosa questione del turismo dei diritti cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 55 ss.

³ Cfr. R. RAO, *Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives* 23 Rachel Cook & Shelley Day Sclater eds., Hart 2003.

⁴ Diffusamente cfr. A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017; M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 161 ss.; M.R. MARELLA, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, in F. DI PILLA (a cura di), *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita. Atti del Convegno di Perugia, 4 ottobre 2002*, Napoli, 2003, 235 ss.; A. BUCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, in ID. (a cura di), *Produrre uomini*, Firenze, 2005, 127 ss. In prospettiva antropologica cfr. F. GIACALONE, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, in *EtnoAntropologia*, 7 (1) 2019, 63 ss.

⁵ Come specificato dalla Grande Camera della Corte EDU nel parere del 10 aprile 2019, on-line al link <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>, su cui cfr. 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](https://www.articolo29.it), 6 maggio 2019, on-line; R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, on-line, 29 maggio 2019. Tale principio resta valido e non scalfito dai recenti pronunciamenti della Corte EDU, Modanese e altri c. Italia, Bonzano e altri c. Italia, 22 giugno 2023 e Nuti e altri c. Italia, 22 giugno 2023, ove la Corte europea ribadisce l'ampio margine di apprezzamento degli Stati nel disciplinare la gpa e ritiene l'adozione in casi particolari (in astratto) un istituto idoneo a tutelare la vita privata e familiare dei minori: «Par conséquent, la Cour constate que le désir de voir reconnaître un lien entre les enfants et les parents d'intention ne se heurtait pas à une impossibilité générale et absolue, les requérants ayant eu à leur disposition la voie de l'adoption et ne l'ayant pas utilisée» Modanese e altri, cit., §21. Per un primo commento cfr. M. GRASSI, *Filiazione omogenitoriale e limiti all'iscrizione e trascrizione dei rapporti derivanti da tecniche di pma vietate in Italia: niente di nuovo sul fronte di Strasburgo*, 12 luglio 2023, in *SIDIBlog*, al link <http://www.sidiblog.org/2023/07/12/filiazione-omogenitoriale-e-limiti-alliscrizione-e-trascrizione-dei-rapporti-derivanti-da-tecniche-di-pma-vietate-in-italia-niente-di-nuovo-sul-fronte-di-strasburgo/>. Resta che in concreto la tutela non è sufficiente, se non altro perché le adozioni in casi particolari richiedono una tempistica fin anche di 3 anni: in concreto allora è facile riscontrare già un contrasto con l'art. 6 CEDU.

⁶ In generale cfr. almeno S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, 223 ss.; N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici, IV, Famiglia* (a cura di MACARIO), Milano 2022, 25 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozioni chiuse, moderatamente aperte, o decisamente aperte, purché attente alle esigenze del minore*, in *Politica del diritto*, 2/2023, 253 ss.

La *surrogacy*, sotto altra prospettiva, pone al centro del dibattito anche la questione giuridica dell'accesso alla filiazione delle persone omosessuali. In tal senso, un ulteriore argomento, di carattere generale, è stato posto di recente dal femminismo giuridico canadese e ruota attorno al ruolo inclusivo che l'accesso alla famiglia ed alla filiazione ha per le identità LGBTI+: tale accesso, invero, diventa componente sostanziale della stessa cittadinanza, che oggi assume i contorni di una *sexual citizenship*⁷. Ciò impone, allora, almeno di mettere sul tappeto del dibattito giuridico italiano il problema della "genitorialità negata" alle persone LGBTI+ dalla legge n. 76/2016⁸, se non altro per la circostanza che nell'attuale fase della globalizzazione del diritto di famiglia sono i diritti umani a reclamare la tutela delle differenti identità⁹.

Essendo le problematiche assai divisive, mi propongo in queste riflessioni di adottare il metodo proposto dal medico e psicologo maltese Edward De Bono, padre del c.d. pensiero laterale¹⁰, quale modo alternativo per affrontare i problemi in modo diretto e considerando più punti di vista. Nel celebre libro del 1985 *Sei cappelli per pensare*¹¹, lo psicologo propone sei prospettive per analizzare i problemi complessi, ognuna delle quali corrisponde ad un cappello colorato: il cappello bianco è quello

⁷ Così B. COSSMAN, *Sexual Citizens: The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2007; secondo la tesi di Brenda Cossman, in particolare, la "*Sexual Citizens*" ha sempre individuato chi sono i buoni e chi i cattivi cittadini ed i mutevoli confini tra queste due categorie: sicché tradizionalmente i buoni cittadini sono eterosessuali, celibi fino al matrimonio e, una volta sposati, fedeli e desiderosi di procreare; invece i cattivi cittadini guardano la pornografia, usano i *sex toys* e hanno incontri sessuali promiscui. Cossman sostiene che questi confini sono oggi cambiati: l'omosessualità non ha più lo *status* di illegalità di una volta, così come anche gli eterosessuali, pur autoregolandosi, fanno sempre più spesso uso di giochi sessuali ed hanno relazioni promiscue. Ma in altra prospettiva cfr. anche S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2016, 126, il quale sosteneva che attraverso il rapporto amoroso si riconosce una identità e si attribuisce una cittadinanza. D'altra parte il riconoscimento della cittadinanza omosessuale è diventato in Occidente il metro di misura della democraticità e liberalità degli Stati: cfr. A. GROSS, *Gay Governance. A Queer Critique*, in J. HALLEY, P. KOTISWARAN, R. REBOUCHÉ, H. SHAMIR (eds.), *Governance Feminism: notes from field*, Minneapolis – London, 2019, 344 ss. Sul punto da ultimo cfr. M. R. MARELLA, *GPA: la necessità di uno sguardo (gius)realista*, cit.

⁸ M. C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2/2015, 283 ss.; M. R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA. VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, 1213 ss. L'accostamento fra genitorialità e identità LGBTI+ resta nel nostro paese ancora un tabù, tanto che si continuano ad ignorare, per esempio, le questioni in tema di filiazione delle persone bisessuali o delle persone trans: sul punto cfr. già F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano – Udine, 2011, 163 ss.

⁹ M. R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, 41 ss.; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2017, 1572 ss. Circa la giurisprudenza della Corte EDU sull'omogenitorialità cfr. G. REPETTO, *Figli irrisconoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Bari, 2014, 150 ss. il quale osserva che nella giurisprudenza europea «la strada più proficua non sembra tanto quella di mettere in discussione gli *status* come tali, quanto piuttosto di mettere in evidenza quelle discriminazioni che, per il fatto di riguardare non la coppia come tale bensì il minore e il suo interesse preminente, operano in modo tendenzialmente trasversale rispetto ai regimi di convivenza», 166; e M. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i diritti dei minori*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2012, 97 ss.

¹⁰ E. DE BONO, *Il pensiero laterale*, tr. italiana, Milano, 2022.

¹¹ E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, tr. italiana, Milano, 2021.

del pensiero neutrale, che si basa acriticamente, logicamente e obiettivamente sui dati; il cappello rosso è quello del pensiero emotivo ed intuitivo, quindi fortemente soggettivo; il cappello nero è il simbolo del pensiero negativo, che ha come scopo il portare in evidenza i rischi e i pericoli che il problema pone; il cappello giallo, viceversa, indica il pensiero ottimistico, fattivo e costruttivo; il cappello verde esprime il pensiero alternativo e creativo, quello propriamente “laterale”; infine il cappello blu rappresenta il pensiero strutturato, quello che ci guida ad ogni passo, sottolineando le alternative, proponendo nuove strategie e mantenendo il controllo in ogni sequenza, in modo da non farci perdere la strada o farci restare bloccati.

2. Il cappello bianco: i dati

Iniziamo allora indossando il cappello bianco per analizzare i dati oggettivi di cui disponiamo¹², al di là di qualsiasi valutazione ulteriore.

In primo luogo, il comma 6 dell’art. 12 legge n. 40/2004 sanziona penalmente con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità. Tale divieto ha determinato il fenomeno noto come “turismo procreativo”, e la razionalità del dato statistico illustra che le coppie che ricorrono alla gpa all’estero sono per il 90% coppie eterosessuali¹³. L’assoluto disvalore verso la maternità surrogata trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione.

In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di sostenere chiaramente che, da un lato, la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁴, e dall’altro che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero 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»¹⁵, fermo restando l’inadeguatezza dell’art. 44 lett. d) legge n. 184/1983 e il necessario intervento del legislatore per l’ «ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»¹⁶. Anche le Sezioni Unite della Cassazione hanno a più riprese sottolineato la contrarietà all’ordine pubblico c.d. internazionale della pratica della *surrogacy*, contrarietà che impedisce la trascrizione del provvedimento giurisdizionale straniero che riconosce come genitore del bambino non solo il padre biologico, che ha fornito i propri gameti, ma anche l’altra persona, il genitore d’intenzione, che ha condiviso con il partner il percorso che ha portato al concepimento e alla nascita pur senza fornire il proprio apporto genetico (c.d. genitore d’intenzione)¹⁷. Anche di recente le Sezioni Unite, difatti, hanno sottolineato

¹² *Ivi*, 35 ss.

¹³ Vedi E. TEBANO, *L’illusione ottica sulla maternità surrogata in Italia: 250 coppie all’anno e 9 su 10 sono eterosessuali*, in *Il Corriere della Sera*, 23 marzo 2023, on-line.

¹⁴ Vedi par. 4.2. della sentenza Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere giuridico*, 2018, 499 ss.

¹⁵ Vedi par. 5.1. della sentenza Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Famiglia e diritto*, 2021, 677 ss.

¹⁶ *Ivi*, par. 5.9.

¹⁷ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corriere giuridico*, 2019, 1212 ss.

che la «sanzione penale di cui all'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004 esprime l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità» dato che tale tipologia di procreazione assistita

«tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna. La gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino»¹⁸.

Quanto ai minori nati da gpa, poi, le Sezioni Unite statuiscano l'esistenza di un «diritto fondamentale [...] alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa»¹⁹. Per di più si afferma espressamente che il migliore interesse del minore è parte integrante dell'ordine pubblico internazionale e la sua valutazione va effettuata in concreto.

A seguito di quest'ultima sentenza delle Sezioni Unite, il Governo ha avvertito l'esigenza di istruire immediatamente gli Ufficiali di stato civile, onde interrompere eventuali riconoscimenti di figli nati all'estero a seguito di gpa.

Con circolare n. 3 emanata il 19 gennaio 2023²⁰, infatti, il "Ministero dell'Interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali" ha segnalato a tutti i Prefetti, a tutti i Commissari governativi, al Ministero degli Esteri, al Ministero della Giustizia, all'Associazione Nazionale Comuni Italiani e all'Associazione Nazionale degli Ufficiali di stato civile e d'Anagrafe il contenuto della sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di riconoscimento di figli nati all'estero a seguito di *surrogazione di maternità*²¹.

Dopo aver evidenziato come, sulla base di quella pronuncia, possa essere riconosciuto in Italia soltanto il genitore che sia legato geneticamente alla persona neonata e che il c.d. genitore "intenzionale" potrà soltanto adottarlo ex art. 44 lett. d) della legge adozione, anche se risulta già suo figlio o figlia nel Paese dove si è formato l'atto di nascita, il Ministero ha invitato i destinatari della nota a darne comunicazione a tutti i Sindaci italiani, «al fine di assicurare una puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici».

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Famiglia e diritto*, 2023, 408 ss.

¹⁹ *Ivi*, ove peraltro si prende atto che il «bambino avrebbe certamente il diritto di essere allevato dalla madre che lo ha partorito; ma è constatazione diffusa che la donna che porta una gravidanza solo per adempiere un obbligo contrattuale assunto verso i committenti spesso non ha alcuna reale intenzione di svolgere la funzione materna. Potrebbe sempre cambiare idea, e proprio per disincentivare ciò è prassi comune che l'embrione sia formato con l'ovocita di un'altra donna. Ma se non ci ripensa, non è nell'interesse del nato far valere nei confronti della madre gestante il suddetto diritto per ottenerne una qualche esecuzione specifica».

²⁰ Reperibile on-line al link <https://dait.interno.gov.it/servizi-demografici/circolari/circolare-dait-n3-del-19-gennaio-2023>.

²¹ Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

Il 10 marzo 2023 il prefetto di Milano ha indirizzato a tutti i Sindaci dell'Area Metropolitana di Milano una propria nota, trasmessa per conoscenza anche alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, avente come oggetto "coppie omogenitoriali – atti dello stato civile". Il prefetto di Milano, tuttavia, adottando una lettura estensiva, sollecita la sospensione della trascrizione di tutti gli atti di nascita di bambini e bambine voluti da coppie dello stesso sesso, a prescindere dalla tecnica procreativa impiegata. Il prefetto, invero, ha individuato "limiti e preclusioni nella formazione degli atti dello stato civile", disponendo che:

- in caso di bambini nati all'estero a seguito di surrogazione di maternità, in Italia potrà essere riconosciuto all'anagrafe soltanto il genitore che sia legato geneticamente al nato;
- in caso di bambini procreati all'estero da due donne tramite fecondazione assistita eterologa, ma nati in Italia, potrà essere riconosciuta come madre al momento della nascita soltanto colei che ha partorito.

Il prefetto ritiene poi che, secondo il Ministero dell'Interno, il genitore "intenzionale" non potrebbe essere riconosciuto dal Sindaco anche nel caso in cui quel genitore risulti indicato in atti di nascita formati all'estero senza che vi sia stata surrogazione di maternità: l'ipotesi è quella di bambini nati all'estero che, in conformità alla legge straniera, vengono indicati nell'atto di nascita straniero come figli o figlie di coppia lesbica, perché nati a seguito di pma eterologa realizzata da due donne²².

La nota prefettizia si conclude figurando la necessità, per il caso di formazione di atti dello stato civile in difformità da quanto indicato, di informare la Procura della Repubblica, affinché questa possa valutare l'opportunità di avviare il procedimento di rettificazione disciplinato dall'art. 95 del d.P.R. 396/2000, al fine di cancellare dall'atto di nascita italiano l'indicazione del genitore intenzionale.

La stampa ci informa che le Procure di Milano e Padova hanno già richiesto l'annullamento degli atti di nascita registrati²³. Atri Comuni, invece, hanno interpretato letteralmente (e non estensivamente come la Procura di Milano) la nota ministeriale e continuano a iscrivere all'anagrafe i figli e le figlie di coppie di donne nati in Italia, facendosi carico della loro tutela nella persistente inerzia del legislatore²⁴.

Alcuni tribunali hanno iniziato ad annullare il riconoscimento della "madre sociale" nel certificato di nascita di minori nati a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa di coppia lesbica²⁵.

Quanto alla precipua questione della tutela dei minori, il 14 marzo 2023 la commissione Politiche europee del Senato ha respinto la proposta di regolamento europeo che prevede la creazione di un cer-

²² Per questa specifica ipotesi, "in ragione dell'assenza di indicazioni normative", il prefetto riferisce di aver richiesto un parere all'Avvocatura Generale dello Stato, allo stato ancora non reso.

²³ Vedi E. TABANO, *Carolina: «Da stamattina non sono più mamma di mia figlia. Sarò costretta alla battaglia legale»*, in *Corriere della Sera*, 16 marzo 2023, on-line; e *Figli di coppie gay, la procura di Padova chiede al Comune gli atti delle trascrizioni all'anagrafe: potrebbero essere annullate*, in *La Repubblica*, 11 aprile 2023, on-line; *Procura Padova impugna 33 atti nascita: "Registrazione figli due mamme contro legge"*, in *Adnkronos*, 19 giugno 2023, on-line.

²⁴ Vedi Savona, *iscritto all'anagrafe figlio di due donne*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 aprile 2023, on-line.

²⁵ Vedi M. BAZZI, *Le procure che vogliono annullare il riconoscimento delle famiglie omogenitoriali*, in [IIPost.it](https://www.elpost.it), 12 aprile 2023, on-line. In particolare, il tribunale di Bergamo ha accolto la richiesta della procura locale, che lo scorso gennaio aveva chiesto di modificare il certificato di nascita della bambina togliendo l'indicazione della madre non biologica come secondo genitore.

tificato europeo di filiazione²⁶. Tale regolamento si pone l'obiettivo di dare stabilità e certezza giuridica allo *status filiationis* al di là del modello familiare, onde garantire la libertà di circolazione delle persone all'interno dell'UE. L'aspetto chiave della proposta di regolamento, infatti, è che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza nessuna procedura specifica²⁷. La decisione della commissione Politiche europee del Senato poggia sulla considerazione che si ritiene «condizione essenziale che la proposta preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione»²⁸.

Da metà maggio 2023 la Procura di Padova ha ufficialmente impugnato con il procedimento di rettificazione previsto dall'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 gli atti di nascita di 33 minori accolti in famiglie omoaffettive femminili, registrati dal 2017 a oggi dall'Ufficiale di stato civile²⁹.

Il tribunale di Milano, il 23 giugno 2023, ha dichiarato inammissibile il ricorso della Procura ex art. 95 del D.P.R. 396/2000 con riferimento ai certificati di nascita di minori di coppie omosessuali femminili, accogliendo invece l'annullamento di una trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da gpa effettuata all'estero da una coppia omosessuale maschile³⁰. Invece la Cassazione estende il principio di diritto delle Sezioni Unite n. 38162/2022 al caso del minore nato in Italia da progetto genitoriale lesbico, cancellando la trascrizione dell'atto di nascita in cui era indicata, oltre alla madre biologica, anche quella di intenzione³¹.

²⁶ Vedi *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione*, al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0695&qid=1673885804417>.

²⁷ Il regolamento prevede la creazione di un certificato europeo di filiazione: i figli e le figlie (o i/le loro rappresentanti legali) possono richiederlo allo Stato membro che ha accertato la filiazione e utilizzarlo come prova della filiazione in tutti gli altri Stati membri. La Commissione propone un modello armonizzato, comune a tutta l'UE. L'uso del certificato sarebbe facoltativo per le famiglie, che però avrebbero il diritto di richiederlo e di ottenerne l'accettazione in tutta l'UE. La proposta regolamentare, annunciata nel discorso sullo stato dell'Unione del 2020 e poi compresa tra le priorità della strategia dell'UE per l'uguaglianza LGBTIQ, dello stesso anno (COM(2020) 698 final), e di quella sui diritti dei minori del 2021 (COM(2021) 142 final), si pone in linea di continuità col quadro delle iniziative politiche, anche di altre istituzioni europee, che, già in tempi più risalenti, hanno evidenziato l'opportunità di un intervento finalizzato al riconoscimento, tra gli Stati membri dell'Unione, degli effetti connessi agli atti di stato civile, tra cui quelli relativi alla nascita, alla filiazione e all'adozione. Diffusamente cfr. D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023, on-line.

²⁸ Si veda il testo al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/425759.pdf>.

²⁹ Vedi *Padova, la Procura dichiara illegittimo un atto nascita con 2 mamme. "Notifiche per 33 casi"*, in *Ansa.it*, 20 giugno 2023, on-line al link https://www.ansa.it/veneto/notizie/2023/06/19/padova-la-procura-dichiara-illegittimo-un-atto-nascita-con-2-mamme-notifiche-per-33-casi_83375cad-2d6b-4afd-a821-356ca5178ab5.html. Su *Questione Giustizia* on-line è reperibile una richiesta di impugnazione della Procura di Padova, al link <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3579/rettifica-atto-di-nascita-oscurato.pdf>.

³⁰ L. FERRARELLA, *Il tribunale di Milano annulla la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di due padri, rinviati tre casi di mamme*, in *Corriere della sera*, 23 giugno 2023, on-line.

³¹ Cass. civ. Sez. I Ord., 02-08-2023, n. 23527, reperibile su [Cassazione.net](https://www.cassazione.net).

Per finire, il 26 luglio 2023 la Camera ha approvato in prima lettura il ddl che intende riconoscere il reato universale di maternità surrogata, introducendo all'art. 12 della legge 40, comma 6, il periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana»³².

3. Il cappello rosso: la penalizzazione del modello di famiglia omoparentale

Indossando il cappello dell'emotività e dell'intuizione³³, è opinione di chi scrive che il quadro che si sta delineando appare preoccupante e complessivamente non rispettoso, da un lato, del pluralismo valoriale che dovrebbe caratterizzare una democrazia costituzionale, dall'altro, della certezza di diritto rispetto allo *status* dei minori coinvolti³⁴.

A parere di chi scrive – e il cappello rosso è inevitabilmente soggettivo – è preoccupante la lettura estensiva di alcune Procure volta a traslare il disvalore che Corte costituzionale e Sezioni Unite della Cassazione hanno mostrato per la gpa anche alla procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi pma) eterologa messa in atto all'estero dalla coppia lesbica, in aperto contrasto con quella giurisprudenza della Cassazione che ha più volte ribadito il principio in base al quale gli atti di nascita formati all'estero recanti l'indicazione di due madri sono conformi all'ordine pubblico e devono essere trascritti dall'Ufficiale di stato civile³⁵.

Tale sfavore verso la genitorialità omoaffettiva in sé acuisce la sensazione che quel che importa al governo in carica non sia davvero la tutela delle donne – ritenute sempre vittime della gpa – ma la difesa della famiglia “naturale”, tradizionale, bigenitoriale e cioè eterosessuale³⁶.

La preoccupazione maggiore, peraltro, è per la certezza del diritto e la stabilità dello *status filiationis* dei figli e delle figlie delle famiglie arcobaleno, che dall'oggi al domani si son visti rimettere in discussione legalmente la propria relazione familiare.

Senza contare che la priorità dell'attuale legislatore – volta a perseguire la gpa come reato universale, qualsiasi cosa voglia dire³⁷ – sembrano andare in senso opposto all'auspicio della Corte costituzio-

³² Si veda il link <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/57364.htm>.

³³ E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, cit., 57 ss.

³⁴ Alcune perplessità le ho espresse in M. DI MASI, “Under His Eye”: *brevi riflessioni su omogenitorialità e gpa*, in *IEN – Italian Equality Network*, 22 maggio 2023, on-line, ove parlo espressamente di omofobia di Stato.

³⁵ Vedi le sentenze n. 19599/2016, n. 14878/2017, n. 23319/2021. Sul punto vedi anche la posizione di Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBTI, al link <https://www.retelenford.it/news/articoli/due-mamme-e-due-papa-facciamo-chiarezza-dopo-lo-stop-di-milano/>.

³⁶ In tal senso L. MELANDRI, *La difesa della famiglia naturale: vero obiettivo del governo*, in *Il Riformista*, 23 marzo 2023, 6.; G. SERUGHETTI, *Per la destra di mamma (buona) ce n'è una*, in *Domani*, 27 marzo 2022, 1. Sui limiti del canone della bigenitorialità cfr. diffusamente M. R. MARELLA, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. PELISSERO, A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, 31 ss.

³⁷ Perplessità espressa altresì dai penalisti: cfr. A. MANNA, *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *Discrimen*, 23 marzo 2023, al link <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Manna-Brevi-riflessioni-1.pdf>; 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, on-line; M. DI MASI, M. VIRGILIO, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo*, cit., §3. Da ultimo cfr. T. PITCH, *Reato universale. Un commento al voto in Commissione Giustizia*, in

nale, vale a dire di apprestare quanto prima un'adeguata tutela ai e alle minori accolti e accolte in famiglie omogenitoriali.

4. Il cappello nero: A) *commodification* del corpo femminile; B) inadeguatezza dell'art. 44 lett. d) legge adozioni

Dando spazio al pensiero negativo³⁸, che ha come scopo il portare in evidenza i rischi e i pericoli che il problema pone, occorre focalizzarsi su due aspetti meritevoli di riflessione: la *commodification* dietro alla pratica di gpa, da una parte, e la tutela dei e delle minori nati e nate, dall'altra.

A. Gli aspetti negativi della gpa sono stati già evidenziati nelle argomentazioni della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite di Cassazione, volte perlopiù a tutelare (tramite l'ordine pubblico internazionale) la dignità (oggettiva) delle donne³⁹. La ragione di contrarietà principale riflette il rischio intrinseco di sfruttamento delle donne vulnerabili che potrebbero essere spinte a offrire la propria capacità riproduttiva al servizio di altri in cambio di un pagamento in base al quale, inoltre, vari intermediari possono trarre un guadagno⁴⁰.

Ma l'indossare il cappello nero ci permette di considerare ulteriori argomenti critici relativi alla maternità surrogata, osservando come sul versante giusprivatistico la scelta normativa fondata sul divieto della gpa dà vita ad una schizofrenia fra l'autodeterminazione sulle scelte procreative e l'autonomia privata quale strumento principale del diritto privato: i due ambiti sembrano dover restare, *a priori*, completamente separati⁴¹. Il che non è privo di implicazioni in termini redistributivi di potere *in primis* sul corpo femminile, e per questo motivo appaiono attuali alcune riflessioni del femminismo giuridico nordamericano sulla gpa, insieme di teorie critiche del diritto che sin dall'inizio si sono interrogate sugli effetti della vincolatività (*enforceability*) degli accordi di *surrogacy*. Il dibattito portato avanti dalle donne sulle tecnologie procreative e sul contratto di surroga materna in parti-

Studi sulla Questione Criminale Online, 16 giugno 2023, al link <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/?p=5520S>.

³⁸ E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, cit., 81 ss.

³⁹ In dottrina in senso adesivo a questa prospettiva cfr. M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, cit.; M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia insieme*, on-line, 6 febbraio 2023; V. CALDERAI, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustizia insieme*, on-line, 15 marzo 2023. Per una prospettiva maggiormente attenta all'interesse concreto del minore nella valutazione dell'ordine pubblico cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, cit., in particolare 339 ss.

⁴⁰ D. DANNA, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Stuttgart, 2015, 150 ss.

⁴¹ Similmente a quanto accade fra autodeterminazione, costituzionalmente tutelata, e autonomia privata nel caso della prostituzione, su cui cfr. M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in RODOTÀ-ZATTI, *Trattato di BioDiritto*, vol. II, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, t. 1, Milano, 2011, 887 ss.; ma si veda anche L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico – buon costume alla dignità*, in U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, 197 ss.

colare, difatti, ha cercato di comprendere se tali tecniche siano liberatorie per le donne o se, viceversa, rischiano di diventare nuovi strumenti di soggezione e controllo patriarcale⁴².

Le analisi femministe delle tematiche procreative hanno così finito per costituire un'importante manifestazione di ciò che Janet Halley ha definito *governance feminism* – vale a dire «*the incremental but by now quite noticeable installation of feminists and feminist ideas in actual legal-institutional power*»⁴³ – poiché sono riflessioni critiche che, di fatto, hanno costruito e influenzano discorsi giuridici, leggi, decisioni dei giudici⁴⁴. Non solo, dal momento che le riflessioni del femminismo giuridico hanno anche messo in discussione la stessa (pretesa) razionalità del soggetto di diritto che agisce nel mercato, gettando un'ombra sulla neutralità dello strumento contrattuale, paradigma dominante degli accordi di gpa⁴⁵.

L'approccio che evidenzia gli aspetti negativi della gpa è stato fin dalle origini quello del femminismo marxista, che ritiene che la liberazione femminile dipenda da una decostruzione del sistema capitalista volto alla riallocazione del potere⁴⁶. In particolare, secondo Catharine MacKinnon, nella surrogata materna tutto ruota attorno al potere patriarcale sul potenziale riproduttivo della donna⁴⁷. La stessa MacKinnon è contraria al pagamento della madre gestante e alla vincolatività di un contratto di *surrogacy* contro prestazione in danaro: la giurista considera l'efficacia di tali contratti come un ulteriore strumento di controllo maschile sul corpo delle donne. Contratti di tal genere, invero, sono simili alla prostituzione, dove il corpo femminile è offerto e pagato per l'utilità degli uomini⁴⁸.

⁴² Cfr. G. COREA, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper and Row, (1985); il dibattito è ricostruito da T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998. Per un quadro delle diverse teorie femministe cfr. A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, cit., *passim*; S. CATANOSSI, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, 2013, in modo particolare 21 ss.; S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, cit. D'altra parte, rispetto alle questioni della *commodification* dei corpi delle donne e dei bambini, una seria critica alla *surrogacy* non può che investire l'intera razionalità neoliberale in cui viviamo: cfr. M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, traduzione e cura di A. BALZANO, postfazione di C. FLAMIGNI, Roma, 2015.

⁴³ J. HALLEY ET AL., *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 *Harv. J.L. & Gender* 335, 340 (2006).

⁴⁴ Tanto che gli argomenti femministi sono stati analizzati anche nello studio istituzionale, pubblicato nel 2013, del Parlamento Europeo sulla maternità surrogata nei diversi Paesi dell'Unione: si veda *A comparative study on the regime of Surrogacy in EU Member States*, reperibile on-line all'URL [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET(2013)474403) (ultima consultazione il 11 giugno 2023). Questo studio del Parlamento UE è anche alla base del ragionamento comparatistico sul consenso raggiunto tra gli Stati europei rispetto al tema della maternità surrogata fatto proprio dalla Corte EDU nei casi Labassee e Mennesson c. Francia (Corte EDU, Sez. 5, 26 giugno 2014, n. 65941/2011 e n. 65942/2011, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2014, 1, 1122 ss.).

⁴⁵ Per una critica femminista alla presunta razionalità del soggetto di diritto si veda M. R. MARELLA, S. CATANOSSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 161 ss.

⁴⁶ M. R. MARELLA, *Break On Through To The Other Side. Appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2000, 741 ss.

⁴⁷ C. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 *Yale L.J.* 1281, 1299 (1991).

⁴⁸ J. M. SERA, *Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis*, 5 *Am. U. J. Gender & L.* 315, 316 (1997).

Per di più, vi sono effetti emotivi del separarsi per sempre dal bambino portato in grembo difficilmente prevedibili dalla madre gestante, come sottolineato dall'approccio maternalista di Margaret Friendlander Brining⁴⁹: il che mina la vincolatività di tali accordi, rendendo la maternità surrogata un "demerit-good", bene giuridico al quale si attribuisce un disvalore, per cui il diritto può ben non proibirli e contemporaneamente non incentivarli.

Un altro argomento per disincentivare le gpa, infine, estende la mercificazione ai bambini e alle bambine nati e nate da tale pratica, ritenuti oggetto della transazione⁵⁰.

B. Dall'altro lato della medaglia, poi, vi è la tutela dei minori nati da gpa, che costituisce invero il punto di maggior dolenza. L'attuale assetto istituzionale, difatti, restringe la pluralità di situazioni giuridicamente (sino a ieri) tutte legittime tramite cui dei minori potevano essere accolti in famiglie omoaffettive: vuoi perché dopo la loro nascita uno dei genitori ha ottenuto sentenza di rettifica dell'attribuzione di sesso ex legge n. 164/1982; vuoi perché, nati all'estero, hanno però ottenuto in Italia la trascrizione o il riconoscimento del loro atto di nascita straniero che indica come genitori due padri o due madri; vuoi perché hanno ottenuto in via amministrativa o giudiziale il riconoscimento della doppia maternità o paternità, anche come riconoscimento successivo; vuoi perché hanno ottenuto il riconoscimento di un'adozione piena pronunciata all'estero; vuoi perché nei loro confronti è stata pronunciata sentenza di adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) legge n. 184/1983.

Ed allora il governo in carica reputa prioritario ridurre ad unità, per quanto possibile, le varie fattispecie, prediligendo quella – più lunga e dispendiosa – ormai considerata dalla giurisprudenza di Cassazione e della Corte costituzionale l'unica via per la tutela di minori accolti in famiglie omoaffettive, vale a dire il ricorso all'adozione ex art. 44 lett. d) della legge adozioni⁵¹. E poco importa che questo rimedio sia stato considerato dalla stessa Corte costituzionale (e dalle Sezioni Unite della Cassazione) non sufficiente, in quanto *non del tutto adeguato al metro dei principi costituzionali e sovranazionali*, essendo invece "indifferibile" un intervento legislativo che tuteli i figli di due madri e di due padri⁵².

⁴⁹ Cfr. M. FRIENDLANDER BRINING, *A maternalistic approach to surrogacy: comment on Richard Epstein's surrogacy: the case for full contractual enforcement*, 81 *Virginia L. Rev.* 2377, 2386 (1995). In particolare l'Autrice, muovendosi nella prospettiva di analisi economica del diritto, argomenta la non efficienza economica dei contratti di *surrogacy* analizzando tre punti: i possibili ripensamenti da parte della madre surrogata, le ripercussioni negative su eventuali figli propri della madre surrogata, e lo sfruttamento da parte degli intermediari. Tale approccio vuol così contrapporsi a quello di Richard A. EPSTEIN, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, 81 *Virginia L. Rev.* 2305, 2308 (1995).

⁵⁰ Per una panoramica critica delle diverse argomentazioni cfr. M. ERTMAN, J. C. WILLIAMS (eds.), *Rethinking commodification: cases and readings in law and culture*, New York Univ. Press., 2005; con riguardo al panorama italiano cfr. M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, cit., 101 ss.

⁵¹ Da ultimo vedi Corte cost., 28-03-2022, n. 79, in *Famiglia e diritto*, 10/2022, 897 ss. con nota di M. SESTA. Per una lettura critica cfr. M. C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2022, 567 ss.; R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2022, 1333 ss.

⁵² Vedi Corte cost., 09 marzo 2021, n. 32, in *Famiglia e diritto*, 7/2021, 677 ss. con nota di DOGLIOTTI; Corte cost., 09 marzo 2021, n. 33, cit.

Il limite intrinseco all'art. 44 lett. d) legge adozioni resta quello di essere stato pensato come strumento per amministrare una patologia nel rapporto di filiazione adottiva, mentre ormai i figli e le figlie delle famiglie arcobaleno sono una realtà diffusa, e il loro rapporto di filiazione deve essere riconosciuto fin dalla nascita.

Il rischio infatti è reintrodurre una differenza fra *status* filiali che la c.d. riforma della filiazione (legge n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013) ha voluto superare. Diventa prioritario, quindi, ricorrere a strumenti giuridici come la trascrizione dei certificati di nascita formati all'estero, in grado di garantire certezza e stabilità allo *status filiationis* dei e delle minori nati e nate da gpa fin dalla loro nascita. E ciò vale sia che i genitori siano una coppia eterosessuale sia che si tratti di una coppia omosessuale.

Affidare la tutela del/la minore all'istituto dell'adozione in casi particolari porta al paradosso di lasciare agli adulti che hanno partecipato al progetto genitoriale la disponibilità dello *status* del genitore c.d. intenzionale⁵³. Nel caso il rapporto affettivo della coppia che fa ricorso alla gpa entrasse in crisi durante la gravidanza o dopo la nascita del/la minore, il suo *status filiationis* resterebbe in balia degli eventi e delle volontà degli adulti, potendo accadere che: il genitore intenzionale cambi idea e non avvii il procedimento di adozione; che a cambiare idea sia il genitore biologico, che può pertanto opporsi all'adozione ex art. 46 legge adozioni⁵⁴. Rifiuto che in ogni caso può incidere sulla valutazione dell'interesse del minore⁵⁵: non a caso anche la giurisprudenza che riconosce la genitorialità sociale del genitore non biologico della coppia omosessuale si sofferma spesso nell'analisi dei requisiti psicologici e attitudinali⁵⁶ che fanno di queste persone dei "buoni genitori"⁵⁷.

⁵³ Cfr. S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., *passim*; S. LOLLINI, *Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso*, in M. PELISSERO, A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., 91 ss.; S. STEFANELLI, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, in *Genlus*, 2/2022, 146 ss.

⁵⁴ Cass. civ. Sez. Unite, sent. n. 38162, cit., propone di funzionalizzare la lettura della norma all'interesse del minore, superando di fatto il consenso della figura genitoriale biologica: ricostruzione, per quanto astrattamente condivisibile, non del tutto pacifica, tanto che fino ad oggi le decisioni della Cassazione sono state perlopiù di segno contrario. La stessa interpretazione proposta, poi, forza il dato letterale dell'art. 46 legge adozioni, contraddicendo l'argomento delle stesse Sezioni Unite, secondo cui "la giurisprudenza non è fonte del diritto". Sull'interpretazione data all'art. 46 legge adozioni cfr. C. FAVILLI, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 312 ss.; F. AZZARRI, *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistemici del tramonto di un dogma*, in *Genlus*, 2/2022, 181 ss. e in particolare 197 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione e che farà la Corte costituzionale?*, in *Famiglia e diritto*, 5/2023, 437 ss.; E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 4/2023, 365 ss.; G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero*, cit.; criticamente S. STEFANELLI, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, cit.

⁵⁵ Cfr. J. LONG, *L'omogenitorialità nell'ordinamento giuridico italiano*, in M. PELISSERO, A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., 77 ss., in particolare 86, la quale evidenzia che gli operatori sociali chiamati a valutare l'idoneità genitoriale dell'adottante possano essere fuorviati dal retaggio di «modelli stereotipati e standardizzati di valutazione delle competenze genitoriali».

⁵⁶ In passato, la potenziale idoneità psicoattitudinale di persone LGBTI+ ad essere genitori è stata già indagata dalla giurisprudenza rispetto alle ipotesi di genitorialità adottiva della persona transessuale: vedi Tribunale per i Minorenni di Perugia, sentenza del 22 luglio 1997, in *Rassegna giuridica umbra*, 1997, 728 ss.; nonché Corte d'Appello di Perugia, sentenza del 25 febbraio 1998, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 1628 ss. In questa sede è opportuno evidenziare come anche rigorosi studi psicologici dimostrino che la crescita del minore da parte di

I/le minori in tale condizione, in ogni caso, non possono imporre la genitorialità al padre o alla madre intenzionale come permette l'azione di reclamo dello stato di figlio ex art. 239 c.c.

Pertanto non si può trascurare la prassi applicata da diversi Tribunali, e cioè quella di consentire il concreto avvio del procedimento di adozione ex art. 44 lett. d) soltanto quando i bambini e le bambine abbiano già instaurato un "legame affettivo stabile" con la figura genitoriale adottante, sacrificando, così, la tutela dei e delle minori durante i primi anni di vita⁵⁸.

Senza contare l'ipotesi più tragica di morte di una delle due figure genitoriali prima del provvedimento di adozione: nel caso di morte della figura genitoriale intenzionale, non verrebbero riconosciuti al/la minore i diritti ereditari; nel caso di morte della figura genitoriale biologica il/la minore sarebbe considerato in stato di abbandono, non essendovi per legge un'altra figura genitoriale riconosciuta. Coraggiosamente, in quest'ultima ipotesi, il Tribunale di Milano con provvedimento del 2 marzo 2023⁵⁹ ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di trascrivere integralmente nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore, formato negli USA nel 2015, con l'indicazione di entrambi i padri quali genitori del nato: sono in tal modo il genitore intenzionale può avere un riconoscimento istituzionale effettivo e, soprattutto, si garantisce al minore il riconoscimento del suo legame con il genitore d'affetto, preservando la relazione affettiva consolidatasi nel tempo. Sentenza decisamente conforme all'interesse del minore, che però nei fatti poggia sulla collaborazione processuale degli ascendenti del defunto genitore biologico.

5. Il cappello giallo: A) argomenti a favore della gpa; B) UE e stabilità dello *status filiationis*

Il pensiero positivo rappresentato dal cappello giallo⁶⁰ è quello che, nelle specifiche questioni che qui si affrontano, risulta il più complesso da verbalizzare. Ciò perché, come si è osservato correttamente, non «esiste una posizione unica sul significato sociale della maternità (maternità non più come obbligo né come definizione del femminile), sulla relazione tra maternità e potere, su come le istituzioni

una coppia omosessuale non intacca lo sviluppo psichico e sessuale dello stesso; tra gli studi italiani più recenti cfr. N. CARONE, *Le famiglie omogenitoriali*, Milano, 2021; A. TAURINO, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, 114 ss.; D. DÉTTORE, A. PARRETTA (a cura di), *Crescere nelle famiglie omosessuali. Un approccio psicologico*, Roma, 2013, ove si sottolinea che sono le relazioni e i processi familiari positivi (stile autorevole ma accettante e accogliente, regole ben definite, controllo equilibrato sui figli, attività svolte con la madre ecc.) più dei fattori strutturali familiari (genitori entrambi dello stesso come conseguenza del loro orientamento sessuale), a costruire validi predittori di un buon adattamento sociale e relazionale dei figli. Per la prospettiva squisitamente giuridica si veda A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011; D. AMRAM, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. AMRAM, A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, 100 ss.; A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, in particolare 62 ss.; M. PELISSERO, A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022.

⁵⁷ Cfr. C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, 2009. Diffusamente A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., in particolare 183 ss.

⁵⁸ Cfr. RETE LENFORD-AVVOCATURA LGBTI, *Un anno dopo la sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale: la c.d. "stepchild adoption" non è la soluzione per le famiglie arcobaleno*, 29 marzo 2023, on-line.

⁵⁹ Il provvedimento è reperibile on-line su [Articolo29.it](http://www.articolo29.it), al link <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2023/05/trib-Milano-2-marzo-2023.pdf>.

⁶⁰ E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, cit., 105 ss.

familiari e giuridiche costruiscono l'idea di maternità, su come la medicalizzazione condizioni e modifichi la costruzione di un figlio e l'idea stessa di maternità»⁶¹.

Iniziamo allora ad evidenziare alcuni argomenti volti a mettere in evidenza gli aspetti a favore della gpa per le donne, per poi considerare le positive aperture dell'UE ad una stabilizzazione dello *status filiationis* formato all'estero.

A. Quanto alla oggettiva lesione alla dignità delle donne provocata dalla gpa in sé, si può rilevare che l'argomento può essere rivalutato, come pure hanno fatto altre Corti costituzionali come quella portoghese, valorizzando una nozione di dignità in senso soggettivo, cioè valorizzando il «ruolo attivo» della gestante, le sue motivazioni e il concreto impatto della gravidanza sulla sua esperienza di vita⁶². Il che implica il non scorporre l'autodeterminazione femminile dalla nozione di dignità, come in sostanza fa la Corte costituzionale italiana nel caso di gpa (ma non in quello, altrettanto eticamente sensibile, del fine vita)⁶³.

⁶¹ F. GIACALONE, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, cit., 78. Ciò appare evidente anche nel dibattito costituzionalistico fra le posizioni opposte espresse da S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in Costituzionalismo.it, 3/2015, parte III, 1 ss. e da 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, II, 183 ss.

⁶² Rispetto al ruolo della dignità e dell'autodeterminazione nelle gpa cfr. A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2022, 9 ss.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, cit.; M. R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in corso di pubblicazione su *Politica del diritto*, la quale sottolinea che la dignità sociale, diversamente dall'accezione di dignità accolta dalla Cassazione, «non può dirsi interamente eterodeterminata, ma al contrario si definisce nel contesto dell'uguaglianza sostanziale attraverso l'auto-percezione dei propri bisogni, in stretta connessione con la condizione sociale della persona della cui dignità si parla»; F. FILICE, *Nota critica a SS. UU. n. 38162 del 30 dicembre 2022*, cit.; G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, cit. il quale peraltro correttamente sottolinea come una conseguenza paradossale dell'approccio delle Sezioni Unite è quella di imporre gli effetti di un giudizio morale proprio del nostro ordinamento giuridico anche a soggetti — quali la madre gestante straniera — che appartengono ad altri contesti sociali, connotati da diverse sensibilità e regolati da norme ispirate a valori differenti. Restano sempre attuali le considerazioni di P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in *Id., Maschere della vita, volti del diritto*, Milano, 2009, 29 ss., che invita ad una lettura congiunta e di reciproco sostegno di dignità, identità e autodeterminazione. Sull'ambiguo utilizzo giuridico della dignità cfr. per tutti G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, spec. 3 ss. e 31 ss.

⁶³ A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri*, cit. 62; G. PALMERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in *Genus*, 1/2015, 199 ss., ove si sottolinea efficacemente che in presenza di fattispecie in cui l'esercizio di diritti fondamentali «e libertà si riflette nella sfera giuridica di un soggetto terzo, qual è il minore, il bilanciamento deve avvenire tenendo conto dei reali interessi in gioco al fine di giungere ad una soluzione che rifletta nel modo più compiuto l'insieme dei valori e dei principi considerati fondanti per la convivenza civile; il bilanciamento deve cioè avvenire prendendo in considerazione i valori essenziali non in via astratta, innanzitutto la dignità, ma contestualizzandoli nelle relazioni in cui essi emergono e richiedono riconoscimento e tutela. Ciò significa che il ricorso alla dignità non può fungere da giustificazione per decisioni e scelte dell'ordinamento che, di fatto, mortificano la persona e la dimensione relazionale in cui è inserita», 211. Sul punto cfr. altresì le osservazioni di F. FILICE, *Nota critica a SS. UU. n. 38162 del 30 dicembre 2022*, cit., specialmente 6 ss.

Rispetto, invece, all'argomento di MacKinnon, sul dominio dell'uomo nelle scelte procreative, è stato obiettato dalla giurista Mary Becker che anche il ritenere invalidi i contratti di *surrogacy* si traduce in differenze che distribuiscono potere e vantaggi agli uomini. Per molte donne non abbienti, però, l'accordo di surrogazione potrebbe essere conveniente, fornendo loro un *bargaining power* notevole che le permetta di emanciparsi socialmente⁶⁴.

Un altro limite dell'argomento di MacKinnon, poi, mi pare essere una conflittualità estrema fra genere maschile e genere femminile che oggi, in ogni caso, le tecnologie della riproduzione ridimensionano o almeno relativizzano: basti pensare che alla gpa possono e stanno facendo ricorso altresì coppie di donne lesbiche, ipotesi in cui l'uomo esce completamente di scena⁶⁵.

Un argomento volto a contestualizzare il problema della *commodification* è, poi, quello secondo cui la questione della mercificazione del corpo femminile sia un problema sistemico che non riguarda solo la gpa, ma che discende dal considerare regolarmente il lavoro riproduttivo come gratuito, mai retribuito né ricompensato, sicché per ribaltare la prospettiva andrebbe considerata la produzione funzionale alla riproduzione e non viceversa⁶⁶.

A queste argomentazioni si aggiunge la posizione delle femministe liberali, secondo le quali legittimare il contratto di surroga materna vuol dire riconoscere valore alla scelta razionale delle donne; sotto altra prospettiva, poi, impedire a una donna di diventare madre surrogata violerebbe la libertà riproduttiva, così come la violerebbe l'impossibilità di ricorrere a sistemi contraccettivi o all'aborto⁶⁷.

Tra queste teorie, in particolare, la tesi maggiormente provocatoria è quella di Carmen Shalev, secondo la quale ogni attività procreativa artificiale (e di conseguenza non solo la surroga materna), richiedendo per definizione la cooperazione fra (o comunque la compartecipazione di) diversi soggetti, deve essere regolamentata attraverso un contratto che preliminarmente ne stabilisca le conseguenze

⁶⁴ M. BECKER, *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, 69 *Chi.-Kent. L. Rev.* 303 (1993). Cfr. altresì B. CASALINI, *Libere di scegliere? Patriarcato, libertà e autonomia in una prospettiva di genere*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XIII, 2/2011, 329 ss. D'altra parte non si possono biasimare le donne, come quelle indiane, che attraverso tale pratica possono guadagnare dieci volte più di quanto guadagnerebbero lavorando in condizioni comunque disumane: «*In an unjust world, surrogacy provides these women with the prospect of earning a life-transforming sum of money that would otherwise be completely unattainable for them. Adopting a Western moral framework that only allows for "the competing characterizations of contract pregnancy as a free choice with a win-win outcome, and an exploitive practice from which Indian women must be rescued" belies the complexity of how poor Indian women live, perceive and negotiate their surrogacy work*» così A. CHAWLA, N. WITZLEB, *Surrogacy in India: Strong Demand, Weak Laws*, in P. GERBER, K. O'BYRNE (eds.) *Surrogacy, Law and Human Rights*, Ashgate, Uk, 2015: 167-192. Sul punto si veda anche C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2/2014, 120 ss., in particolare 124-125; e da ultimo l'analisi critica di M. R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit.

⁶⁵ Vedi Trib. Bari, decr., 7 settembre 2022, on-line su [Articolo29.it](http://www.articolo29.it), al link <http://www.articolo29.it/tribunale-bari-decreto-del-20-luglio-2022-depositato-7-settembre-2022/>, su cui cfr. S. STEFANELLI, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, cit.

⁶⁶ Ad esempio garantendo un reddito di cura a tutte le donne: cfr. A. BALZANO, *Per farla finita con la famiglia. Dall'aborto alle parentele postumane*, Milano, 2021. Sul rapporto fra produzione/riproduzione nel diritto di famiglia cfr. M. R. MARELLA, voce *Lavoro domestico nella famiglia*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, *Famiglia* (a cura di MACARIO), Milano, 2022, 657 ss.

⁶⁷ L'argomento è ripreso altresì da T. PITCH, *Reato universale. Un commento al voto in Commissione Giustizia*, cit., *passim*; e da S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit., *passim*.

giuridiche: il rapporto genitoriale diventa allora oggetto di un accordo volontario fra le parti, per la cui disciplina può anche valere il rinvio integrale alle regole generali sui contratti⁶⁸. Shalev, pertanto, propone un generale quadro normativo per la regolamentazione dei rapporti di procreazione basato sullo schema dell'accordo contrattuale, attraverso il quale il rilevato movimento storico dallo *status* al contratto⁶⁹ possa dispiegare tutte le sue conseguenze anche per quel che concerne le altre situazioni procreative artificiali; queste ultime dovrebbero, pertanto, essere sottratte a una qualsivoglia normativa "dura", che in nome di un superiore interesse dello Stato si impone alla volontà dei singoli, e consegnate a una normativa "soft", com'è appunto quella contrattuale, ritenuta più idonea a riconoscere maggiori spazi di libertà ai soggetti coinvolti⁷⁰.

Quanto alla *commodification* dei minori dati da gpa, infine, una soluzione è uscire dalla logica dello scambio commerciale e riconsiderare la fattispecie nella logica solidaristica e *pro life* del dono⁷¹ (nel caso di specie del dono della vita): la stessa logica che, ad esempio, nell'ordinamento giuridico italiano regge anche il parto sotto anonimato (art. 30, comma 1, d.P.R. 396/2000). Ipotesi, quest'ultima, particolarmente paradigmatica perché la logica solidaristica del donare la vita passa indissolubilmente dalla volontà della donna che non voglia essere altresì legalmente madre⁷².

In ogni caso di gpa (anche a base commerciale), invero, l'interesse dei minori coinvolti non può che essere *pro life*, né le modalità in cui si è venuti al mondo rendono la persona neonata un oggetto o, comunque, meno degna di tutela⁷³.

⁶⁸ Così C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Il riconoscimento alla donna di determinare in modo autonomo le situazioni inerenti alla maternità prima del concepimento è alla base del ragionamento dell'Autrice, tanto da ritenere che la responsabilità e l'autonomia siano a fondamento dell'esistenza di nuove forme di genitorialità. Shalev, poi, sostiene la legittimità del pagamento della madre surrogata per le sue prestazioni riproduttive, dando valore economico all'attività procreativa della donna ed assicurando una remunerazione per un'attività davvero gravosa ed importante per la collettività e per la coppia committente. In questo modo viene scardinato il pregiudizio sociale e culturale basato sull'onerosità economica del lavoro produttivo maschile e sulla gratuità del lavoro riproduttivo femminile.

⁶⁹ Cfr. H. MAIN, *Dallo status al contratto*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

⁷⁰ Ma di contro va rilevato che anche il diritto contrattuale costituisce un diritto *hard*, dal momento che il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.): sul punto cfr. M.R. MARELLA, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 101 ss. Peraltro, un'analisi di *legal realism* dimostra come una secca distinzione tra *status* e contratto non renda adeguatamente conto della complessità delle relazioni familiari: cfr. J. HALLEY, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2009, 515 ss.

⁷¹ Sul dono cfr. per tutti S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., *passim*.

⁷² Cfr. diffusamente G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazione. La surrogazione della maternità al centro della questione di genere*, cit., 44 ss.

⁷³ Il diverso argomento sostenuto da M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, cit., secondo cui la gpa violerebbe l'art. 32 Cost. in riferimento ai limiti imposti dal rispetto della persona umana con relazione non solo alla gestante ma persino ai nati da gpa, rischia di essere pericoloso per l'autodeterminazione procreativa della donna in sé, oltre che comportare la "non nascita" del minore per preservarne la sua stessa dignità...

B. Le questioni sollevate dalla gpa e dall'omoparentalità hanno forse il merito di mostrare l'inadeguatezza dell'attuale disciplina rispetto all'attribuzione della genitorialità di intenzione in caso di ricorso a tecniche di pma all'estero⁷⁴. L'interprete non può che trovare argomenti favorevoli ad una stabilizzazione dello *status filiationis* di minori nati da gpa allargando lo sguardo se non alla proposta di regolamento europea, che come detto è contrastata dall'attuale maggioranza parlamentare nonostante il disappunto espresso dal Parlamento Europeo nella *risoluzione sullo Stato di diritto del 2022 e sullo stato generale dei valori dell'Ue*⁷⁵, almeno alla giurisprudenza eurounionale sulla violazione del diritto UE rispetto alla libera circolazione delle famiglie omoaffettive. La Corte di Lussemburgo, infatti, chiarisce come allo stato attuale del diritto dell'Unione, lo *status* delle persone, in cui rientrano le norme sul matrimonio e sulla filiazione, sia una questione di competenza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non incida su tale competenza⁷⁶. Gli Stati membri sono quindi liberi di prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio fra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime, però «nell'esercizio di tale competenza, ciascuno Stato membro deve rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo»⁷⁷.

Né, per la Corte di Giustizia UE, si pone un problema di ordine pubblico, dal momento che la stessa Carta di Nizza tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7) e i diritti del minore (art. 24)⁷⁸.

Una chiusura nazionalista come quella propugnata dal governo in carica⁷⁹, pertanto, mal si concilia con le libertà di circolazione europee e rischia già oggi di scontrarsi con diversi diritti e interessi costi-

⁷⁴ Diffusamente cfr. G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero*, cit.; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2021, 1153 ss.; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2021, 919 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, specialmente 133 ss.; A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e Mercato*, 4/2019, 141 ss.

⁷⁵ 2022 Rule of Law Report – *The rule of law situation in the European Union*, emendamento del 30 marzo 2023, reperibile al link: https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/Oggetti_Embedded/Documenti/2023/04/01/Risoluzione%20parlamento%20Europeo%20del%2030%20marzo%202023.pdf. Qui il Parlamento UE, con riferimento allo stop alle registrazioni di figli di coppie *same-sex* imposto dal prefetto di Milano, «ritiene che questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli; ritiene che tale azione costituisca una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989; esprime preoccupazione per il fatto che tale decisione si iscrive in un più ampio attacco contro la comunità Lgbtqi+ in Italia; invita il Governo italiano a revocare immediatamente la sua decisione».

⁷⁶ Vedi Corte di Giustizia UE, caso *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, in causa C-490/20. Cfr. A. SCHILLACI, *Genitori in ogni paese: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'UE*, in *Blog di Diritti comparati*, 22 dicembre 2021, on-line.

⁷⁷ Corte di Giustizia UE, caso *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit., § 52.

⁷⁸ *Ivi*, §56, 61, 63.

tuzionalmente garantiti, primo fra tutti la tutela al libero sviluppo e alla pari dignità sociale delle persone minori di età nate tramite gpa o pma eterologa all'estero (ex Artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.).

6. Il cappello verde: rivalutare la gpa solidaristica

Il *cappello verde* simboleggia il pensiero alternativo e creativo, quello che De Bono definisce il pensiero laterale, *modus* di pensare che ci invita a essere provocatori e non troppo conservatori, a usare il movimento innovativo prima del giudizio restrittivo⁸⁰.

L'alternativa per ripensare la gpa, in quest'ottica "laterale", passa per l'accettazione della complessità sociale e valoriale proprio di uno Stato democratico e pluralista, che consente all'interprete di riconsiderare l'assolutezza con cui la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Cassazione condannano la gpa *tout court*. Probabilmente la semplificazione più grave della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite è stata proprio quella di considerare apoditticamente la gpa offensiva della dignità *oggettiva* della donna, ritenendola *a priori* violata nei Paesi ove è praticata (nel caso specifico, il Canada)⁸¹, così parificando la gpa a scopo di lucro alla gpa solidaristica.

L'alternativa, insomma, consiste nel ridare senso alla distinzione fra gpa a base commerciale e gpa solidaristica⁸². Distinzione che meglio accoglie l'idea di un diritto non come "*regola di supremazia*" di un solo valore o sistemi di valori, ma come "*regola di compatibilità*" fra valori, paradigmi e significati di vita differenti⁸³. Ciò implica altresì una lettura della dignità che non sacrifichi totalmente l'autodeterminazione delle donne che decidono di prestarsi a questa pratica, con le motivazioni più varie, finanche di ordine religioso⁸⁴.

⁷⁹ Sottolinea la centralità del diritto UE a garanzia dello Stato di diritto e del personalismo *contro il fluttuare delle politiche nazionali e contro la minaccia di manifestazioni ideologiche radicali che si fanno interpreti di nazionalismi e populismi* E. NAVARRETTA, *Identità nazionale e primato dell'Unione europea*, in *Giustizia civile*, 4/2022, 787 ss.

⁸⁰ E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, cit., 129 ss.

⁸¹ Cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, Napoli, in corso di pubblicazione, che sottolinea efficacemente come il Canada abbia fatto del rispetto della dignità umana il proprio vessillo nel perseguire i più grandi avanzamenti sul piano dei diritti e delle libertà.

⁸² Cfr. altresì S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit. Tale argomento, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, era stato accolto nella giurisprudenza italiana dal Tribunale di Roma, ordinanza 17.02.2000 (su cui si veda la nota critica di M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 203 ss.) che riconosceva la validità di un accordo di maternità surrogata (a titolo gratuito) sui presupposti della meritevolezza degli interessi (ex 1322 c.c.), ossia dell'aspirazione della coppia contraente a diventare genitori, e della solidarietà alla base dell'accordo concluso dalla madre surrogata a mero fine altruistico (art. 2 Cost.). In maniera adesiva cfr. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 193 ss.

⁸³ S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in *Bioetica*, a cura di A. DI MEO, C. MANCINA, Roma-Bari, 41 ss.

⁸⁴ Come testimoniano le storie assai significative raccolte nel libro di S. MARCHI, *Mio tuo suo loro*, Roma, 2017 e il documentario "*Surrogacy Underground*" di Rossella Anitori e Darel Di Gregorio, presentato il 14 marzo 2023 a Milano nell'ambito di "*Sguardi Altrove, international women's film festival*". Ma si vedano altresì gli studi antropologici riportati da F. GIACALONE, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, in particolare 75-76.

Tale rilettura della gpa comporta l'adesione ad una cornice etico-politica prossima al costituzionalismo statunitense, che ammette la disponibilità dei diritti fondamentali in modo molto più generoso di quanto non avvenga in Europa e, soprattutto, che non ha sviluppato una teoria elaborata della *Drittwirkung*?⁸⁵

Non necessariamente, tanto più se pensiamo che – rispetto alla Corte costituzionale italiana – la stessa Germania ha dato tutt'altra interpretazione della dignità e dell'ordine pubblico, proprio in caso di gpa effettuata da coppia omoaffettiva⁸⁶.

Il *Bundesgerichtshof* ha rilevato più volte, difatti, che se la legge applicata dal giudice straniero garantisce una partecipazione volontaria della madre surrogata, nell'ambito di un procedimento che rispetti lo *standard* di uno Stato di diritto, la decisione straniera mostra con ragionevolezza che non vi sia stata violazione della dignità della donna. Tanto più che la libera e volontaria compartecipazione della donna al progetto di genitorialità della coppia trova semmai conferma nelle sue condotte fino ai momenti successivi alla nascita. Non si pone, allora, un reale conflitto con le madri partorienti, giacché esse, accolto il progetto riproduttivo ma non quello genitoriale, non hanno mai reclamato in alcun modo la responsabilità genitoriale dei nati e delle nate. A differenza della figura genitoriale di intenzione che ha però fatto proprio il progetto genitoriale (e in alcuni casi vi può aver contribuito altresì biologicamente, con il proprio oocita)⁸⁷.

Una regolamentazione della gpa a base altruistica, invero, appare perfettamente compatibile sia con il principio di solidarietà e con la dignità *sociale* della Costituzione, sia con l'art. 3 della Carta di Nizza che – nell'ambito della medicina e della biologia – vieta di fare del corpo umano e delle sue parti fonte di lucro⁸⁸. Oltre che, naturalmente, con il rispetto della vita privata e familiare ex art. 7 Carta di Nizza e ex art. 8 CEDU⁸⁹.

⁸⁵ Come sostiene V. CALDERAI, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, cit.

⁸⁶ Si veda BGH, 2014/10/12 – XII ZB 463/13, con nota adesiva di T. HELMS, in *FamRZ 2015 Issue 3*, 240 – 246 e di B. HEIDERHOFF, in *NJW 2015 Heft 7*, 479 – 485 e con commento di M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture della Germania*, in *Genlus*, 2/2015, 214 ss. Una traduzione in italiano della decisione con un commento di R. DE FELICE è reperibile on-line su *Persona e danno* al link http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=47068&catid=120&Itemid=367&mese=02&anno=2015. Questo orientamento è stato confermato da una decisione del 5 settembre 2018 nella causa XII ZB 224/17, ove la Corte federale tedesca ha ribadito il diritto del minore, più che degli adulti, a ottenere il riconoscimento in Germania dello stato di figlio di entrambi i genitori, incluso quello meramente intenzionale, già acquisito nel sistema statunitense: cfr. A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, in [Articolo29.it](#). Da ultimo sul punto cfr. anche S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, cit.

⁸⁷ Sul punto diffusamente B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit., la quale sostiene che a «differenza del parto anonimo, la gravidanza per altri comporta, però, l'esplicita e consapevole intenzione di saldare un determinato progetto riproduttivo di maternità con un altrettanto determinato progetto genitoriale a cui la madre biologica resterà estranea», 219.

⁸⁸ Per tutti cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., specialmente 267 ss.

⁸⁹ Si veda da ultimo Corte EDU, K.K. and Othes v. Denmark (6 dicembre 2022), ove la Corte EDU oltre a ribadire il proprio orientamento rispetto al *best interest of the child* in casi di gpa, mostra una apertura alla gpa solidaristica: nel differenziare le due pratiche condividendo la ratio del divieto danese di adozione nei casi di minori nati tramite surrogazione di maternità di tipo commerciale (§60), i giudici di Strasburgo riconoscono che

Né costituirebbe un limite l'art. 32 Cost., comma 2, nella misura in cui sancisce che la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana: vuoi perché la pratica solidaristica troverebbe copertura costituzionale nel principio personalista, vuoi perché la contrapposizione fra autodeterminazione e salute oggi appare assai sfumata, nella misura in cui si è affermata una nozione di salute in grado di inglobare diversi aspetti dell'esistenza personale, tanto da far parlare la dottrina più sensibile di salute in senso identitario⁹⁰.

D'altra parte la dottrina più attenta alle questioni biogiuridiche ha da subito evidenziato come non vi siano ragioni decisive per sostenere un divieto assoluto della gpa, vedendo nella surrogazione solidaristica una scelta giuridica ragionevole e non ideologica⁹¹.

Sarebbe, allora, utile interrogarsi su una regolamentazione in grado di perimetrare e garantire la solidarietà e la dignità sociale nella gpa⁹², al contempo *preservando* e *presidiando* l'autodeterminazione delle donne, prendendo a modello gli ordinamenti giuridici che hanno trovato una alternativa al libero mercato, come ad esempio il Brasile, ove la gpa è consentita se la madre gestante appartiene al nucleo familiare dei genitori intenzionali⁹³. In mancanza di una parente che porti avanti la gravidanza altruistica, invece, la pratica rimane comunque accessibile su base altruistica previa autorizzazione del *Conselho Regional de Medicina*.

la necessità di scoraggiare il ricorso a tale tipo di pratica (ma non anche alla surrogazione altruistica) non possa compromettere il diritto dei bambini ad essere adottati dal genitore d'intenzione (§76).

⁹⁰ P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, II, 406 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, cit., 381; A. PIOGGIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2/2017, 293 ss.; EAD., *Il corpo "tiranno" e l'idea di maternità nella cultura giuridica*, in M.G. PACILLI, F. GIACALONE (a cura di), *Dal personale al politico. Il genere in un'ottica interdisciplinare*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 3 ss. Per una ricognizione dei differenti paradigmi di salute cfr. G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, II ed., Torino, 2022, 4 ss.

⁹¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, spec. 227 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., ora in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 205 ss. In prospettiva costituzionale rimane centrale il contributo di B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit. Recentemente ha indagato la questione della gpa solidaristica A. G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022.

⁹² In dottrina cfr. A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., 169 ss.; G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., in particolare 63 ss.; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, cit., *passim*. In Italia risulta indirizzato in questo senso solo il ddl proposto dall'Ass. Luca Coscioni, reperibile [on-line al link http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Stesura%20GPA%20con%20relazione.pdf](http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Stesura%20GPA%20con%20relazione.pdf).

⁹³ Il Brasile è stato il primo paese a prevedere nella Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) n. 2.168/2017, all'art. 1 del paragrafo VII che «la donatrice temporanea di utero deve appartenere alla famiglia di uno dei partner in rapporto di parentela consanguinea fino al quarto grado (primo grado — madre/figlia; secondo grado — sorella/nonna; terzo grado — zia/nipote; quarto grado — cugina). Gli altri casi sono soggetti all'autorizzazione del Consiglio Regionale di Medicina». Si veda il link https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-1940502.

Tale soluzione, che è differente da quella adottata da altri Paesi che pure disciplinano la gpa solidaristica come la Gran Bretagna o i Paesi Bassi⁹⁴, in effetti ricalcherebbe il modello italiano della donazione di organi adottato con la legge n. 458/1967 sul trapianto del rene, normativa che assicura che la donazione sia un atto gratuito, libero e consapevole. Un modello che, per di più, lascerebbe il controllo del dono e l'eventuale intermediazione non già a soggetti privati (che rispondono alle logiche del mercato) ma alla sanità pubblica, in grado di presidiare effettivamente l'autodeterminazione e la dignità sociale delle donne gestanti. È lo Stato, infatti, che si farebbe mediatore e garante del dono⁹⁵. A maggior tutela della donna gestante, peraltro, possono essere previsti apposite precauzioni (quali la previsione che la partoriente sia già madre e perciò sia pienamente consapevole della decisione che assume) e strumenti giuridici⁹⁶, quale il diritto di recedere dall'accordo senza penalità in qualsiasi momento e, dopo il parto, il diritto al ripensamento (che preserva la volontà della gestante di attribuirsi la maternità del/la nato/a) entro un ragionevole termine.

Non è poi trascurabile, infine, che una regolamentazione della gpa solidaristica presidiata dal servizio sanitario nazionale può farsi altresì carico della tutela del diritto alla conoscenza delle origini biologiche del minore⁹⁷. Diritto, quest'ultimo, che oggi è *di fatto* garantito effettivamente solo nell'ambito delle famiglie omogenitoriali maschili, ove la narrazione delle origini e della madre surrogata fa parte del vissuto biografico del/la minore sin dall'infanzia. Si tratta di un dato di fatto che, lapalissianamen-

⁹⁴ Su cui mostra alcuni dubbi V. CALDERAI, *Back to the basics*, cit., rilevando che i «risultati di questi esperimenti — tra incertezze applicative, mancanza di effettività, revisioni continue, proposte di riforma nel segno del controllo giudiziale preventivo e della vincolatività degli accordi a titolo oneroso — suggeriscono peraltro che la surrogazione altruistica tra estranei è un esempio plateale di fallimento della regolamentazione. In tutto il mondo il modello altruistico arretra di fronte all'avanzata della surrogazione commerciale, sulle ali della competizione regolatoria». Appare scettica su una regolamentazione della gpa solidaristica anche E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 3 ss.

⁹⁵ In tale ottico cfr. le riflessioni di G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., 66 ss.; e di F. GIACALONE, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, cit., 72 ss.

⁹⁶ Si veda a mero titolo esemplificativo il *Child-Parent Security Act* (CPSA), legge dello Stato di New York che legalizza la maternità surrogata (a base commerciale), entrata in vigore il 15 febbraio 2021, che riconosce alla donna gestante la legge riconosce alla madre surrogata i seguenti diritti: il diritto di selezionare un professionista sanitario di propria scelta; il diritto di interrompere o continuare la gravidanza; il diritto di prendere decisioni in materia di salute e benessere riguardo al proprio corpo e alla gravidanza, compreso il diritto di ridurre o mantenere il numero di feti o embrioni che portano in grembo; il diritto a ricevere un compenso per la *surrogacy*, che deve essere tenuto in deposito presso un agente fiduciario indipendente; il diritto di rescindere un accordo precedente alla gravidanza senza penalità.

⁹⁷ Che il diritto alla conoscenza delle origini biologiche non possa essere limitato solo ai minori dati in adozione (ex art. 28 legge n. 184/1983) ma debba essere esteso anche a minori nati attraverso tecniche di pma è stato messo in evidenza subito da M. R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Digesto IV*, Disc. priv., Aggiornamento, 2000, Torino, 1 ss. Sul diritto alla conoscenza delle origini cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione «plena, minus plena» e tutela delle radici del minore*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 683 ss.; L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, 229 ss.; M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 145 ss.; M. G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015; S. STEFANELLI, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psicosociali dopo la dichiarazione di incostituzionalità*, II ed., Napoli, 2017; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, 140 ss.

te, non può essere nascosto ai minori diretti interessati⁹⁸. Così non è, paradossalmente, per i minori ad esempio nati da gpa (a base commerciale) in Ucraina o (a base altruistica) in Grecia o in Portogallo, ove la *surrogacy* può essere celata fattivamente ed istituzionalmente, dal momento che nel certificato di nascita rilasciato alla coppia che fa ricorso alla gpa non si fa alcun riferimento alla tecnica procreativa stessa.

7. Il cappello blu: tutelate *hic et nunc* i e le minori

Il *cappello blu* rappresenta il pensiero strutturato⁹⁹, quello che determina la messa a fuoco del problema e un effetto modellante dell'esperienza passata e delle condizioni presenti. È il cappello delle soluzioni concrete. In tal senso indossare il cappello blu impone in questa sede di mettere da parte le "scelte degli adulti", per focalizzare l'attenzione sul *best interest* dei minori venuti al mondo tramite gpa¹⁰⁰. D'altra parte, come si suole dire, le colpe dei padri non devono ricadere sui figli¹⁰¹.

In attesa di un intervento puntuale del legislatore, più volte sollecitato dalla Corte costituzionale, pare chiaro a chi scrive che la tutela più efficiente (*proceduralmente*) e solida (*sostanzialmente*) per i/le minori passa (A) per il permettere la trascrizione dei provvedimenti giurisdizionali o dei certificati di nascita formati all'estero, oppure (B) per l'applicazione analogica di norme – come quelle ex artt. 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004¹⁰² – che attribuiscono *immediatamente* la genitorialità a chi ha fatto ricorso alle tecniche di pma (in violazione di divieti della legge stessa), non permettendo al genitore intenzionale di sottrarsi ai suoi doveri¹⁰³.

⁹⁸ Tanto che si propone di introdurre nella regolamentazione della gpa il "principio del nome della madre", secondo cui la madre biologica deve essere nominata «[...] per il riconoscimento dell'origine "da un corpo di donna" e per il riconoscimento di una esperienza relazionale che si è compiuta nell'arco dei mesi della gravidanza» (B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 220). Si tratta, in definitiva, di costruire «una figura giuridica interamente nuova, che garantisca alla madre biologica la presenza sulla scena del progetto riproduttivo-genitoriale, necessariamente diversa dalla maternità tradizionale in continuità di progetto, che risolve la presenza della madre biologica attraverso la coincidenza con la madre genitoriale: una madre biologica che venga, dunque, nominata e non sia cancellata, pur non avendo assunto le responsabilità e potestà genitoriali sul nato/a e indipendentemente da tali responsabilità», 221.

⁹⁹ Si veda E. DE BONO, *Sei cappelli per pensare*, cit., 161 ss.

¹⁰⁰ Cfr. M. C. VENUTI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori*, cit., *passim*; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, cit., *passim*.; M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, 93 ss.; M. DI MASI, *Spunti critici in tema di gpa e minori*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2/2023, ove auspico un uso *countermajoritarian* del principio dell'interesse del minore, tale da riconoscere la responsabilità genitoriale anche oltre il modello di famiglia c.d. tradizionale, bigenitoriale ed eterosessuale.

¹⁰¹ Cfr. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, on-line, 7 giugno 2022.

¹⁰² Quandanche frettolosamente esclusa dalla Corte cost. n. 32/2021, cit. Sul punto cfr. le considerazioni di A. SCHILLACI, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *Genius*, 2/2021, 74 ss.

¹⁰³ Mi pare condivida questa opinione M. C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit. Cfr. altresì G. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., specialmente 46 ss.; M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, www.giudicedonna.it, 1/2017. Ad esiti non dissimili giunge anche la dottrina che propone di prender spunto dalla disciplina del "matrimonio putativo" e, così, di estenderne analogicamente il

(A) Da un lato, invero, una volta che anche le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 38162/2022 ammettono che il vaglio d'ordine pubblico c.d. internazionale ingloba il principio del *best interest of the child*, e non vi si giustappone come una sorta di contro limite¹⁰⁴, non sussistono serie ragioni per continuare a ledere diritti fondamentali (ed a penalizzare la certezza dello *status*) dei e delle minori nati e nate a seguito di gpa (o di pma eterologa di coppia di donne) all'estero, non riconoscendo la trascrizione di atti o provvedimenti comunque legittimi per l'ordinamento che li ha emanati¹⁰⁵.

Leggendo la sentenza delle Sezioni Unite n. 38162/2022, invece, si ha la sensazione di trovarsi dinanzi ad una dissociazione fra declamazione e regola operativa: si riconosce che "anche il *best interest of the child* concorre a formare l'ordine pubblico internazionale", ma si continua a subordinarlo alla funzione sanzionatoria e preventiva del divieto penale per mezzo di una nozione di dignità, come visto, alquanto discrezionale e decisamente opinabile¹⁰⁶. Tale subordinazione comporta, nondimeno, il sacrificare nel bilanciamento il medesimo *best interest*, che è principio costituzionale, in favore di

"meccanismo" alle fattispecie in questione (ergo al provvedimento straniero da trascrivere), onde far salvi gli effetti verso i minori (ergo la stabilità dello *status* e la responsabilità genitoriale): cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile, in Europa e diritto privato*, 3/2019, 713 ss.

¹⁰⁴ Come pur sostenuto in precedenza da Sez. Un., sent. 12193/2019, cit., su cui cfr. V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *Genlus*, 2/2019, 19 ss.; A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio*, cit. Sull'ordine pubblico e la gpa cfr. anche le riflessioni di C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole concetto di ordine pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2016, 481 ss. Il *best interest of the child* costituisce anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale, principio ribadito nell'ambito dell'Unione Europea, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, dall'art. 23 del Regolamento CE n. 2201/2003, che espressamente stabilisce che la valutazione della «non contrarietà all'ordine pubblico» debba essere effettuata «tenendo conto dell'interesse superiore del figlio». In generale cfr. F. CAGGIA, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione europea*, Roma, 2005; R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2012, 461 ss. Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha affermato che «la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione "riconosce" e che "ha lo stesso valore dei trattati"; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai "principi generali", che – secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato – comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si tratta, dunque, di un sistema di protezione assai più complesso e articolato del precedente, nel quale ciascuna delle componenti è chiamata ad assolvere a una propria funzione. Il riconoscimento alla Carta di Nizza di un valore giuridico uguale a quello dei Trattati mira, in specie, a migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del sistema dell'Unione, ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato» così Corte cost., sent., 11-03-2011, n. 80, in *Corriere giuridico*, 9/2011, 1242 ss.

¹⁰⁵ Cfr. diffusamente A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 377 ss.; A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio*, cit., il quale osserva condivisibilmente che la soluzione di ritenere l'adozione ex art. 44 lett. d) legge 184/1983 come l'unica strada percorribile, «da un lato espone il minore ai rischi dei tempi lunghi del procedimento e all'inerzia del genitore di intenzione, dall'altro non appare sempre congruente, perché se la famiglia esiste già, formalmente secondo il diritto di un altro paese e sostanzialmente in considerazione del legame affettivo esistente e dell'assunzione dei doveri genitoriali, non vi è necessità di ricorrere a un istituto che è funzionale ad attribuire una famiglia a chi non l'ha», 162.

¹⁰⁶ Puntuali le osservazioni di M. R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit., § 3.

norme di rango primario (quali restano i reati previsti dall'art. 12 della legge n. 40/2004)¹⁰⁷. *Cui prodest?* Il genitore biologico resta tale, salvo clamorose e inqualificabili sviste della giurisprudenza di merito¹⁰⁸; quello/a intenzionale, invece, potrà ricorrere all'adozione in casi particolari o anche cambiare idea e disinteressarsi delle sorti del/la minore (vedi *supra*, § 4 B); la madre gestante (di cui si pretende apoditticamente di tutelarne la dignità) non ha in concreto alcun interesse ad essere riconosciuta tale. *Medio tempore*, però, lo *status* e l'identità giuridica del/la minore restano precari, incerti: il detrimento per quest'ultimo è così decisamente maggiore di qualsiasi benefit in termini di dissuasione dal ricorrere alla gpa in uno Stato estero!

(B) Dall'altro lato, poi, la *ratio* genealogica delle norme ex artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 vuole essere sanzionatoria (e non certo premiale) verso chi – non avendo contribuito biologicamente – potrebbe venir meno al progetto genitoriale che ha portato alla nascita di un/a minore. Tale *ratio* rimane identica anche nelle ipotesi di pma eterologa di coppia di donne o di gpa, data in ogni caso la necessità di preservare il benessere e la stabilità dei rapporti affettivi del/la minore¹⁰⁹. Il consenso mani-

¹⁰⁷ Che tale prassi ermeneutica sia fallace è ampiamente dimostrato dall'analisi di M. C. VENUTI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., dato che «[n]on tutte le norme ordinarie [...] sono l'univoca ed inalterabile espressione di principi indefettibili dell'ordinamento italiano. Molte di esse sono frutto della scelta discrezionale, legittimamente assunta dal conditor iuris in un dato momento storico, e che nel tempo ben può mutare, pur nel medesimo rispetto dei dettami apicali. In altri termini, le fonti di rango primario certamente dovrebbero essere coerenti con i sovraordinati dettami costituzionali, ma questo non significa per ciò stesso che esprimano principi indefettibili dell'ordinamento italiano», 4 ed anzi, proprio la riscrittura da parte della Corte costituzionale della legge n. 40/2004 ha mostrato i limiti di una legge fortemente ideologica: cfr. sul punto M.R. MARELLA, M. VIRGILIO, *Una cattiva legge cattiva*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita. L'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione assistita*, Milano, 2004, 171 ss.; A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2008, 3669 ss. Circa la rilevanza costituzionale dell'interesse del minore, che nel nostro ordinamento si afferma già prima che nelle convenzioni internazionali, cfr. ampiamente E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Roma, 2016; nonché, in prospettiva civilistica, M. MANTOVANI, *Lo stato di figlio*, in *Commentario Schlesinger*, coordinato da Busnelli e Ponzanelli, Milano, 2022, 41 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2021, spec. 73 ss. e 889 ss.; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2021, 764 ss.; M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, cit., 74 ss.

¹⁰⁸ Vedi da ultimo la condanna della Corte EDU all'Italia nel caso C. v. Italia, 31 agosto 2023, reperibile on-line al link <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-226391%22%5D%7D>. Nella sentenza la Corte di Strasburgo riconosce la violazione dell'art. 8 CEDU dal momento che la bambina nata da gpa, che oggi ha 4 anni, è stata tenuta fin dalla nascita in uno stato di prolungata incertezza sulla sua identità personale, e conclude che i tribunali italiani hanno fallito nell'adempiere all'obbligo di prendere una decisione rapida per stabilire il rapporto giuridico della minore con il padre biologico. Pertanto, al fine di garantire un risultato "rapido" ed "effettivo" conforme all'interesse superiore della minore in materia di stabilimento del rapporto genitori-figli fra il genitore biologico e la bambina nata a seguito di gpa eseguita all'estero, la Corte EDU statuisce che: a) il processo decisionale deve essere sufficientemente incentrato sul *best interest of the child* e, in questo senso, esente da eccessivi formalismi e in grado di realizzare tale interesse indipendentemente da eventuali vizi procedurali; b) i giudici nazionali devono cooperare con le parti indicando le soluzioni scelte dal sistema, indipendentemente dalle richieste delle parti interessate (§68).

¹⁰⁹ Vedi Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 3492, con nota di ROMBOLI. Che il consenso alla pma eterologa fondi lo *status filiationis*, esprimendo una fondamentale assunzione di

festato per la pma eterologa (e anche in un accordo di gpa), in definitiva, implica sempre l'assunzione dell'autoresponsabilità rispetto allo *status* genitoriale, da cui discende il divieto proprio della logica contrattuale di *venire contra factum proprium*, estrinsecazione del principio di buona fede, «che impone che ciascuno assuma su di sé le conseguenze delle proprie decisioni procreative»¹¹⁰.

La diversa soluzione per il riconoscimento della genitorialità intenzionale – finora considerata la via maestra (*i.e.* l'adozione in casi particolare ex art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983) – nei casi di gpa (e oggi anche di pma eterologa effettuata all'estero dalla coppia di donne), oltre a non essere generalmente *tempestiva*, conduce volenti o nolenti alla biasimevole conseguenza di discriminare i nati e le nate nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione¹¹¹.

Primario interesse dello Stato, al di là del modello familiare (tradizionale o omoaffettivo) e della tecnica di pma utilizzata (donazione di gameti e/o gpa), deve essere attribuire in ogni caso con certezza la responsabilità genitoriale sin dalla nascita dei/delle minori, conformemente ai principi sanciti agli Artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e 24 della c.d. Carta di Nizza. Per il/la minore il diritto allo *status* è il primo dei diritti¹¹². Per gli adulti, invece, la genitorialità è *in primis* una responsabilità e non già un diritto.

responsabilità è ora ribadito da Corte cost., 24.07.2023, n. 161, on-line al link https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2023:161.

¹¹⁰ Così E. FERRARA, *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2006, 669 ss., cit. 677. L'autrice ritiene che il principio di buona fede, migrato dal contratto alle relazioni familiari, ha mostrato «di poter attribuire al consenso, quale atto di assunzione responsabile della genitorialità, il ruolo di valido atto costitutivo dello *status filiationis*, pur al di fuori di qualunque legame biologico tra genitore e figlio», 677. Più di recente, sul punto, cfr. A. CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018, specialmente 97 ss.; E. DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2020, 742 ss.

¹¹¹ Con ciò considerando il nato o la nata come soggetto alle conseguenze giuridiche del reato ex art. 12 della legge n. 40/2004 o, più precisamente, come oggetto delle stesse: così cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 389.

¹¹² Per tutti cfr. G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *Questione Giustizia*, on-line, 12 maggio 2020.