

LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA DIRITTO ALLA
PROCREAZIONE, DIGNITÀ UMANA E SUPERIORE INTERESSE
DEL MINORE. UNA RIFLESSIONE COMPARATISTICA

*GESTATION FOR OTHERS BETWEEN RIGHT TO PROCREATION,
HUMAN DIGNITY AND BEST INTERESTS OF THE CHILD. A
COMPARATIVE REFLECTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 458-491



Tania
BORTOLU

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la gestazione per altri solleva una serie di questioni di natura etica, giuridica e sociale che mettono in discussione la tradizionale lettura della genitorialità e della filiazione, le quali appaiono suscettibili di essere riguardate in un'innovata prospettiva circa il loro contenuto e la loro disciplina giuridica. L'interprete, in effetti, è chiamato non solo ad affrontare le problematiche connesse alla difficoltà di riconoscere la sussistenza di validi vincoli di filiazione, ma altresì a valutare il migliore interesse del nascituro quale criterio che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia, merita una considerazione preminente rispetto a situazioni giuridiche concorrenti, fra cui l'interesse alla procreazione e la dignità umana. L'argomento, fortemente dibattuto in molteplici realtà ordinamentali, viene affrontato in chiave comparatistica, segnatamente avendo riguardo ai formanti legislativo e giurisprudenziale.

PALABRAS CLAVE: Gestazione per altri; riconoscimento filiazione; migliore interesse del minore; dignità umana.

ABSTRACT: *In the field of medically assisted procreation techniques, gestation for others raises several ethical, legal and social issues that question the traditional conception of parenthood and filiation, as subject to a revolution in their content and legal regulation. The interpreter is called not only to address the problems related to the difficulty of recognizing the establishment of valid filiation relationships, but also to evaluate the best interest of the child as a criterion that, pursuant to art 3, paragraph 1, of the New York Convention on the Rights of the Child, must have a pre-eminent consideration with respect to other rights, including that of procreation and human dignity. The subject, which is very topical in many legal contexts, is regarded in a comparative perspective, specially focusing on legal and judicial formants.*

KEY WORDS: *Gestation for others; recognition of parentage; best interest of the child; human dignity.*

SUMARIO.- I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA FILIAZIONE.- II. LA NULLITÀ DEI CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA SOTTOSCRITTI ALL'ESTERO E IL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELLA DECISIONE N. 277/2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO SPAGNOLO.- III. LA SITUAZIONE ITALIANA ATTUALE NEL PERENNE CONFLITTO TRA FORMANTE LEGISLATIVO E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE.- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA FILIAZIONE.

Il progresso scientifico e tecnologico in ambito medico ha schiuso uno scenario del tutto inedito della riproduzione umana. Oggi è infatti possibile ricorrere a tecniche riproduttive “medicalmente assistite”, che esulano dal concepimento umano mediante l'unione sessuale tra un uomo e una donna¹. Proprio questo aspetto fornisce una precisa ragione alla definizione del fenomeno, che mette in luce lo scopo terapeutico dell'intervento, volto al superamento delle difficoltà, ovvero dell'impossibilità, a raggiungere la procreazione senza l'assistenza della medicina².

Tuttavia, se da un punto di vista concettuale e definitorio la funzione onnicomprensiva di procreazione medicalmente assistita pare del tutto corretta, la molteplicità delle tecniche riproduttive all'interno di tale ampio *genus* rende necessario puntualizzare alcune specificazioni, al fine di comprendere meglio gli aspetti più discussi di alcune tra esse. È infatti preliminarmente indispensabile distinguere la procreazione artificiale omologa da quella eterologa, là dove si ha la prima ogniqualvolta vi sia corrispondenza genetica tra coloro che forniscono i gameti e chi risulta essere genitore del figlio così concepito, mentre si ha la seconda quando la derivazione biologica manca almeno in uno dei due genitori.

Tra le tecniche procreative merita in questa sede concentrare l'attenzione sulla c.d. gestazione per altri³, attraverso la quale una donna si rende disponibile ad

- 1 Sugli sviluppi delle nuove tecniche di procreazione rispetto alla scissione dell'appartenenza genetica dal panorama genitoriale, ex *amplius*, TRABUCCHI, A.: “Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità”, *Riv. dir. civ.*, I, 1982, p. 501; Id.: “Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista”, *ibidem*, I, 1986, p. 497; ARAMINI, M.: *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003, *passim*; PICARO, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, *passim*; ROMEO F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 42 ss.
- 2 Il panorama delle ipotesi prospettabili di fecondazione medicalmente assistita è altamente variegato e si muove dal ricorso a tali tecniche da parte di coppie di sesso diverso, in presenza di gravi patologie o di elevati rischi per l'integrità fisica della donna o la salute del nascituro, fino ai casi in cui a ricorrere sono persone singole o coppie dello stesso sesso.
- 3 Al fenomeno ci si riferisce indifferentemente con diverse locuzioni: “gestazione per altri”, “maternità surrogata” o di “sostituzione” e “utero in affitto”. In questo lavoro, tuttavia, si preferisce utilizzare

• Tania Bortolu

Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Meridionale, Università Federico II di Napoli.
E-mail: taniabortolu@virgilio.it

iniziare e a portare a termine una gravidanza per conto di una persona singola o di una coppia, pattuendo allo stesso tempo di rinunciare ai propri diritti genitoriali nei confronti del nato per consegnarlo ai c.d. *intended parents*. Nell'ambito di questo accordo, la gestazione può essere originata da gameti forniti dalla coppia committente e impiantati nella gestante, ovvero da gameti derivati in tutto o in parte da soggetti esterni, talvolta anche dalla gestante stessa⁴; inoltre, l'accordo può avere natura altruistica o commerciale, a seconda del fatto che esso preveda o meno un corrispettivo per la gestante⁵.

Caratteristica comune a tutte le fattispecie descritte è la dissociazione tra colei che partorisce e chi invece assume la responsabilità genitoriale del nato. Il progresso medico scinde, prima di tutto, la maternità dal principio tradizionale secondo cui *mater semper certa est*, come conseguenza dell'identificazione naturale della madre in colei che partorisce⁶, mentre la responsabilità genitoriale finisce con l'essere attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, ma in virtù del paradigma volontaristico, che riconduce il sorgere degli *status* alla decisione delle parti del rapporto di filiazione "plurilaterale", sicché la "naturale" bigenitorialità viene affiancata dalla "poligenitorialità"⁷.

Si assiste, dunque, all'affermarsi di una nuova responsabilità sociale della riproduzione non più legata ad un solo soggetto che, con il suo materiale genetico, contribuisce al concepimento e alla nascita del bambino, bensì alla determinazione negoziale, la quale considera la filiazione come risultato dell'autorealizzazione del progetto genitoriale di un soggetto, a discapito del fondamento naturalistico della medesima⁸.

prevalentemente l'espressione "gestazione per altri" come locuzione maggiormente neutra che indica il fenomeno descritto, il quale può essere a titolo gratuito o oneroso. Con la locuzione "utero in affitto" ci si riferisce invece ai soli casi in cui la gestante porta avanti la gravidanza in cambio di un compenso economico, mentre l'espressione "maternità surrogata" richiama inevitabilmente la disciplina della surrogazione nelle obbligazioni (artt. 1201-1205 c.c.), valorizzando ancora l'elemento patrimoniale della tecnica. Per le distinzioni concettuali si veda: DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Giur. Mer.*, 2, 2010, p. 358 ss.

- 4 Sulla casistica relativa a tale modalità di gestazione si veda: MILAN, G.: "La madre su commissione. Problemi giuridici", *Giust. civ.*, 1985, II, p. 312 ss.
- 5 Tale distinzione riveste un ruolo fondamentale nell'ottica di una regolamentazione normativa del fenomeno, in quanto la gestazione di tipo altruistico, ovvero quando la gestante si offre di intraprendere e di portare a termine una gravidanza per altri a titolo gratuito, ricevendo tutt'al più un rimborso per i costi sostenuti per la pratica, viene considerata in un'ottica favorevole rispetto a quando invece la gestante riceve un compenso sia per la conduzione della gravidanza sia per rinunciare ai propri diritti sul nascituro in favore del o dei genitori intenzionali.
- 6 CHINI, C.: "Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore", *Riv. BioDiritto*, I, 2016, p. 174 ss.
- 7 In tali termini, SCIANCALEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2021, p. 445 e ss.
- 8 SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.*, 3, 2017, p. 952.

Così, separando la gestazione del feto dalla genitorialità biologica, e, più in generale, l'apporto genetico da quello sociale, la scienza medica offre modalità di generazione della vita difficilmente conciliabili con il classico principio della bigenitorialità, in cui la stessa differenza di genere viene relativizzata e concepita non più esclusivamente come unione tra un uomo e una donna (padre e madre), ma come connubio di due genitorialità indistinte⁹.

Il coinvolgimento di terzi nella filiazione mal si concilia con lo *status* genitoriale riservato tradizionalmente a due persone; il diritto vigente finisce in tal modo per trascurare dinamiche procreative e relazioni personali che, seppur escluse dal riconoscimento giuridico, sono state determinanti per il concepimento del bambino. In tale contesto, è evidente che le regole e i principi tradizionali in materia di filiazione non sono adeguati ad individuare i genitori di un minore nato da questa pratica e che il ricorso alle tecniche esogame influisce, inevitabilmente, non solo sui confini da riconoscersi alla filiazione *stricto sensu* intesa, ma anche sul modello familiare tradizionale, che si trasforma¹⁰ così da trascorrere dalla famiglia alle "famiglie"¹¹. In questo processo di cambiamento, innescato sia dal progresso medico-scientifico sia da una rinnovata visione sociale della famiglia, quest'ultima, pur lontana dai canoni dettati dall'antico modello patriarcale e mononucleare, tuttavia fatica ad essere espressione di un nuovo modello definito. Si comprende, allora, come il diritto di famiglia, e in particolare la disciplina dei rapporti di filiazione, debbano misurarsi con una realtà eterogenea le cui evoluzioni repentine suscitano esigenze che aspirano a prevalere sul dettato normativo.

Pertanto, sempre più frequentemente, in una materia, come quella bio-medica, in cui i risultati tecnici sono "molto più avanti della teoria"¹², il formante giurisprudenziale è chiamato ad affrontare questioni eticamente sensibili, rispetto alle quali le leggi non sembrano in grado di rispondere in modo coerente alla complessità delle relazioni familiari¹³. Ciò accade soprattutto nei Paesi che vietano

9 SCIANCALEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *cit.*, p. 446.

10 MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Torino, 2011, p. 32, evidenzia come le definizioni che si possono dare del concetto di famiglia sono "inscindibilmente legat(i)e ad una serie di fattori sociali, economici, culturali e religiosi".

11 Sulla evoluzione del modello familiare: SCALISI, V.: "La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)", in AA.Vv.: *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falza*, Napoli, 1987, p. 431 ss.; Id.: "«Famiglia» e «famiglie» in Europa", relazione svolta al convegno Persona e comunità familiare, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *comparazioneDirittocivile.it*; SPINA, L.: "Nuove famiglie e circolazione dei nuovi status familiari: le risposte del diritto interno tra interesse del minore ed ordine pubblico", in AA.Vv.: *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore* (a cura di G.O. CESARO, P. LOVATI e G. MASTRANGELO), Milano, 2014, p. 136; BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss.; STANZIONE, M.G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *comparazioneDirittocivile.it*; AUTORINO, G.: "Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)", *comparazioneDirittocivile.it*, 2018, p. 7.

12 ATLAN, H.: *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. 28.

13 DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo «status»", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2014, p. 616.

in maniera assoluta gli accordi di surrogazione della maternità, fino a sanzionarli penalmente.

Nel perimetro giuridico europeo, si allude, in particolare, alla Francia¹⁴, alla Germania¹⁵, alla Spagna e all'Italia, i cui ordinamenti optano per una regolamentazione proibitiva, che tuttavia viene facilmente elusa attraverso la pratica del c.d. turismo procreativo¹⁶, mediante la quale i soggetti che intendono ricorrere alla gestazione per altri si recano in un Paese in cui essa è legale e richiedono poi, una volta rientrati sul territorio di origine, la trascrizione dell'atto di nascita del figlio.

Così, in questi ordinamenti, i giudici sono sempre più spesso chiamati a risolvere le controversie sorte intorno alle domande di trascrizione. Le severe scelte normative, che ritengono, per lo più, nulli i patti con cui si realizzano le pratiche di gestazione surrogata, così come nulli sono gli obblighi assunti dalla gestante di consegnare il figlio partorito ai committenti, dato che l'atto dispositivo in tali casi ha ad oggetto il futuro stato del nascituro, tuttavia, non impediscono di riconoscere in maniera indiretta efficacia agli atti di nascita di minori nati all'estero da surrogazione¹⁷.

14 Sul diritto d'oltralpe: GOBERT, M.: "Réflexions sur les sources du droit et les principes d'inDisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution)", *RTD civ.*, 1992, p. 506 ss.; BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, Paris, 1994, p. 116; FERRANDO, G.: "Appunti sulle leggi francesi relative al rispetto del corpo umano", *Pol. dir.*, 1995, p. 315; HAUSE, J.: *La filiation*, Paris, 1996, p. 68; LETTERON, R., *Le droit de la procréation*, Paris, 1997, p. 79; MASSON, C.: "L'ordre public familial en péril?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 809 ss.

15 Sul diritto tedesco: DUDEN, K.: *Leihmutterschaft im Internationalen Privat - und Verfahrensrecht*, Tubingen, 2015, p. 120 ss.; BEIER, K.: "Familiengründung durch Leihmutterschaft - eine ethische Analyse", in AA.VV.: *Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter* (a cura di K. BEIER, C. BRUGGE, P. THORN e C. WIESEMANN), Berlin-Heidelberg, 2020, p. 155 ss.

16 RODOTÀ, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56.

17 In Italia, come si vedrà meglio nel par. 3., la nullità degli accordi di surrogazione è stata argomentata in base all'impossibilità di riconoscere il rapporto di filiazione, alla contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e, nei casi di onerosità, al buon costume ai sensi dell'art. 5 c.c. In giurisprudenza, si veda, fra tutte, Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss., con note di DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni unite condannano due padri e assolvono due madri"; FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento". Le Sezioni Unite, nel caso di specie, si sono rifiutate di trascrivere un *judicial order* emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, con cui il giudice canadese aveva riconosciuto lo status di genitore a favore del membro di una coppia omosessuale privo di legame biologico con i due minori nati da maternità surrogata. In relazione alla nozione di ordine pubblico, la Corte ha sostenuto che il divieto di maternità surrogata previsto dalla normativa italiana, caratterizzato da un "elevato grado di disvalore", si oppone al riconoscimento dello status *filiationis* in capo al genitore intenzionale privo di legame biologico con il nato, poiché "il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento (...) con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità (...) qualificabile come principio di ordine pubblico". Ne è conseguito che l'unica possibilità per il riconoscimento legale di tale legame tra il figlio e il genitore italiano è "l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) della legge n. 184/1983". In dottrina, si vedano altresì i seguenti commenti: SPADAFORA, A.: "Procreare semper licet?", *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1098; GIUNCHEDI, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 10, 2019, p. 1198; MAZZAMUTO, D.: "La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2020, p. 393. Peraltro, sul medesimo punto si è espressa anche il giudice delle leggi italiano: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, 4.3, *Foro it.*, I, 2018, p. 5, con note di SCHILLACI, A.: "Oltre la 'rigida alternativa' tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale"; NICCOLAI S.: "La regola di giudizio. Un invito della Corte costituzionale a riflettere sui limiti del volontarismo", *Giur. cost.*, 2017, p. 2990 ss.

In questi casi, l'attenzione è rivolta non verso la validità del contratto tra i soggetti coinvolti, bensì sul riconoscimento *ex post* del legame di filiazione ottenuto in Paesi stranieri. Pertanto, la questione centrale da dirimere riguarda essenzialmente il riconoscimento della filiazione ottenuta in Paesi dove le pratiche in esame sono lecite.

In Italia, come altrove, quando un giudice è chiamato a decidere sul recepimento di atti e provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti familiari o di diritti della personalità, una delle valutazioni che questi deve compiere attiene alla compatibilità del provvedimento da assumere con l'ordine pubblico. E, dunque, prima di disporre la trascrizione, deve accertarsi che l'effetto prodotto sia compatibile con i principi etici, economici e politici dell'ordinamento e, altresì, con gli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali alle quali gli ordinamenti giuridici si sono vincolati.

Il carattere transfrontaliero della questione pone il quesito fondamentale se, in materia di gestazioni per altri, il limite dell'ordine pubblico osti o meno alla validità del rapporto di filiazione instauratosi all'estero con il ricorso alle tecniche di procreazione vietate nel Paese in cui se ne chiede il riconoscimento. Dalla più recente giurisprudenza emerge un orientamento, comune ai Paesi citati, che, opponendosi all'esercizio in modo automatico dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico, si mostra favorevole al riconoscimento dei rapporti in parola, con il fine di tutelare il *child's best interest*¹⁸, principio sancito espressamente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che si pone alla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel quadro dell'art. 8 della Convenzione del 1950¹⁹. In particolare, con le note pronunce dei casi *Menesson e Labassee c. Francia*²⁰, la Corte EDU ha optato per una relativizzazione dell'efficacia dell'ordine pubblico internazionale²¹, riducendone l'ambito applicativo e rendendo in tal modo l'ordinamento interno più permeabile rispetto ai valori normativi stranieri. In esse,

18 La Corte costituzionale ha recentemente declinato tale principio in termini di "miglior interesse del minore", evidenziando la necessità di un intervento legislativo al fine di individuare un "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana" (sentenza n. 347 del 1998). Così Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32, *Famiglia*, 3, 2021, p. 335, con nota di ATTANASIO, C.: "La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore".

19 Corte EDU, 22 aprile 1997, ric. n. 21830/93, *X.Y. e Z. c. Regno Unito*, reperibile, in lingua inglese, su *hudoc.echr.coe.int*. Si evidenzia, in particolare, che la Corte ha qualificato l'interesse del minore come una estrinsecazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8, par. 1, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, mentre in maniera non dissimile la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che l'art. 7 della Carta di Nizza, il quale tutela sempre il diritto alla vita privata e familiare, deve essere necessariamente letto alla luce del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 24 della stessa Carta.

20 Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

21 BARATTA, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 10, 2016, p. 319.

infatti, la Corte ha ravvisato la violazione del diritto alla vita privata del minore nel mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso, concepito all'estero ricorrendo alla specifica tecnica della surrogazione di maternità, e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione sulla costruzione dell'identità personale²².

Negli ordinamenti in cui prevale la logica permissiva, si deve differenziare tra quelli che prevedono e regolamentano la gestazione nella versione solidaristica e, di solito, ne vietano quella commerciale²³; quelli in cui la pratica è priva di regolamentazione specifica e, dunque, in assenza di un divieto espresso, le istituzioni sanitarie praticano gli interventi di maternità surrogata su base altruistica; quelli che considerano lecite le pratiche di surrogazione, anche nella versione onerosa, in quanto espressamente autorizzate dalla legge statale o a séguito del vaglio giurisdizionale dell'accordo intervenuto tra le parti²⁴.

- 22 Da rilevare che, in seguito a queste pronunce, la *Cour de cassation* ha mutato il proprio indirizzo, stabilendo che l'esistenza di un accordo di maternità surrogata non costituisce di per sé un ostacolo alla trascrizione di atti di nascita stranieri nella parte in cui attribuiscono la genitorialità al padre biologico. Cass, 3 luglio 2015, nn. 14-21.323 e 15-50.002, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1819.
- 23 Si allude, tra tanti, al Regno Unito. Qui, il *Surrogacy Arrangements Act*, emanato nel 1985, consente gli accordi tra la coppia committente e la madre surrogata per spirito di solidarietà, purché la procedura avvenga, nel rispetto della legge, in una clinica autorizzata dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*. Gli accordi restano, tuttavia, non eseguibili in caso di inadempimento fino a quando non intervenga una pronuncia del giudice, che può anche essere di contenuto diverso rispetto all'accordo delle parti, nell'interesse del *best interest* del minore nel caso specifico. Sul tema, CRISCUOLI S.: "La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte", *Dir. fam. pers.*, IV, 1987, p. 1029; MOLASCHI B.: "La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 524. Nella dottrina straniera: LEE, R.G.-MORGAN, D.: "Into the future and back to basics – Human fertilization and family structures", *Family Law. Essays for the new millennium*, Oxford, 2000, p. 200; ID: *Human fertilisation & Embryology*, London, 2001, p. 201; CRETNEY S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, p. 543; HORSEY, C.: "Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements", *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449; VIJAY, M.: "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.
- 24 A proposito della liceità controllata degli accordi di gestazione si possono menzionare, per la particolarità delle discipline da essi assunte, seppur con un certo grado di approssimazione, i seguenti Paesi: la Grecia, che ammette la maternità surrogata come mezzo capace di porre rimedio alla sterilità della donna, quanto la fecondazione medica costituisca l'unica alternativa per avere un figlio e alla condizione che, prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante, venga rilasciata un'autorizzazione giudiziale. Inoltre, la legge greca consente la pratica solo a condizione che la donna che porta a termine la gravidanza non fornisca i propri ovociti, considerando imprescindibile l'assenza di un legame biologico tra il nato e la partoriente. In dottrina: KRIARI CATRANIS, I.: "Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law*, 10, 2003, p. 271; ID: "Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame", in AA.VV.: *Legal Essays in honor of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, 2011, p. 437. In Canada l'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 ammette invece la maternità surrogata solidaristica, aperta anche alle coppie dello stesso sesso. Nella dottrina in materia: RUPARELIA, R.: "Giving away the 'gift of life': surrogacy and the canadian assisted human reproduction act", *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12; OGBOGU, U.: "Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada", *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153. Risulta più complessa, invece, la descrizione della normativa statunitense, non essendo il fenomeno della maternità surrogata regolamentato dalla legislazione federale. Sebbene prevalga una logica permissiva, è possibile individuare tra gli Stati quattro differenti approcci di regolamentazione: *prohibition*, *inaction*, *status regulation* e *contractual ordering*. Si può così distinguere tra Stati che vietano la possibilità di *surrogacy* (Washington, Arizona, Utah, Michigan, New Mexico e District of Columbia), Stati che non utilizzano norme proibitive, ma che oppongono una sorta di "resistenza passiva" da parte dei giudici che, facendo uso dei tradizionali principi di diritto di famiglia, attribuiscono la responsabilità parentale pur ritenendo invalidi tali contratti (si pensi, ad esempio, al noto caso *Baby M.* - 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 2.3.1988), in cui la Suprema Corte del New Jersey ha ritenuto nulli i contratti di *surrogacy* in quanto contrari alla *public policy*, costituendo uno strumento di *baby-selling* e come

Tra i Paesi che ammettono le pratiche di gestazione per altri, suscitano particolari problematiche quelli in cui non vi sono limitazioni alle somme corrisposte per la pratica, ovvero quando gli importi attribuiti a titolo di corrispettivo per la gestazione rappresentano l'unica fonte di sostentamento per la gestante. In tali casi, infatti, il rischio è che donne vulnerabili e bisognose siano indotte alla pratica in questione per sopravvivere, con buona pace della tutela della dignità dell'essere umano ed in palese contrasto con le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani. Come si vedrà nel caso recentemente trattato dal *Tribunal supremo* spagnolo, infatti, sebbene tali pratiche siano da censurare sotto ogni profilo etico, morale e giuridico, tuttavia, esse possono essere ignorate nella "galvanizzazione del *best interest* del minore"²⁵.

II. LA NULLITÀ DEI CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA SOTTOSCRITTI ALL'ESTERO E IL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELLA DECISIONE N. 277/2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO SPAGNOLO.

La complessità delle questioni etiche e giuridiche connesse alla pratica della gestazione per altri può essere ben compresa con la lettura della sentenza n. 277/2022, del 31 marzo, resa dal *Tribunal Supremo* spagnolo²⁶, nel contesto in cui la maternità surrogata è esplicitamente vietata e sanzionata dall'art. 10.1 della *Ley 14/2006*, del 26 maggio, nonché penalmente vietata dagli artt. 220 e 221 del *Código Penal*²⁷.

Tali disposizioni determinano la nullità dei contratti di maternità per surrogazione, perché violano i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione

taile escluso dalla legge sull'adozione del New Jersey) e, infine, Stati che ammettono la maternità surrogata purché disciplinata attraverso contratti approvati dall'ordinamento, che contengono termini obbligatori tra le parti e siano preventivamente determinate le relazioni parentali tra i soggetti (in California, ad esempio, è ammessa la surrogazione commerciale con il limite che le somme pagate non rappresentino l'unica fonte di reddito della gestante), ovvero Stati che ritengono validi gli accordi di sostituzione di gestazione purché vi sia un consenso autentico ed informato (così in Nevada e Arkansas). Emblematica è invece la vicenda dello Stato di New York, il quale, nel 2020, durante la piena fase pandemica, ha approvato, dopo quasi quaranta anni di proibizionismo, il *Child-Parent Security Act*, che permette e regola gli accordi di maternità surrogata retribuita. Sulla differente disciplina presente negli Stati Uniti di America, si veda RAO, R.: "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence", in AA.VV.: *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (a cura di R. COOK e S. DAY SCLATER), Hart, 2003. Inoltre, *ex multis*, RADIN, M.J.: "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849; LAWRENCE, D. E.: "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights", *Golden Gate University Law Review*, 1991, 521; ROBERTSON, J.A.: "What Does it Mean to be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353; RYZNAR, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009; BRIDGE, S.: *Assisted Reproduction and the Legal Definition of Parentage, in What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, 1999, p. 75; RYZNAR, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009; CAHN N.-CARBONE, J.: *United States of America, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 3017 ss; TYSON DARLING, M.J.: "New York State Creates New Governance of Commercial Gestational Surrogacy", *The New bioethics*, 2020, p. 328 ss.

25 Così SCIANCALEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", cit., p. 460.

26 Reperibile su *poderjudicial.es*.

27 Sugli aspetti penalistici della gestazione per altri si rinvia, *ex multis*, a CARRASCO ANDRINO, M.: "La protección penal de la filiación", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2010, núm. 12, p. 23.

spagnola e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani; tuttavia, l'Alta corte spagnola non ha escluso che la *protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución* possa ottenersi per la via dell'adozione, secondo una valutazione del caso concreto.

Per comprendere meglio la portata della decisione, si rende necessaria una breve sintesi della vicenda.

Una donna, *single*, nel gennaio del 2018, chiedeva al Tribunale di Madrid il riconoscimento della maternità di un minore nato in Messico, a seguito di gestazione per sostituzione, disciplinata da un contratto tra la stessa committente e la madre gestante e resa possibile grazie all'ausilio di un'agenzia di intermediazione.

Le argomentazioni della istante muovevano dall'assunto che per l'ordinamento messicano ella era considerata la madre legale del minore e che il rapporto materno-filiale si era esplicitato in modo "real y efectivo" fin da subito, dato che la stessa istante si era presa cura e aveva prestato assistenza al minore fin dai primi momenti di vita.

Il Tribunale di prima istanza rigettava la richiesta ritenendo di non poter riconoscere il rapporto legale di filiazione ed esortava l'istante a rivolgersi alla Direzione Generale della Famiglia e dei Minori per elaborare una pratica di affidamento, finalizzata all'adozione del minore.

La donna presentava appello e la *Audiencia Provincial* di Madrid, nel dicembre del 2020, disponeva la registrazione dell'atto di nascita, ordinando l'iscrizione della maternità nel relativo registro, con il rispetto del nome risultante dalla documentazione straniera.

Avverso tale decisione proponeva ricorso in *Casación* il *Ministerio Fiscal*, il quale sosteneva, con un unico motivo, che la sentenza impugnata riconosceva il rapporto di filiazione tra il minore e la madre non biologica, nonostante la stessa fosse ricorsa ad un contratto di gestazione per altri, senza apportare materiale biologico proprio, in violazione dell'art. 10 della *Ley n. 14/2006*, che dichiara nullo ogni contratto attraverso il quale si concorda la gestazione, anche a titolo gratuito, con una donna che, al momento del parto, rinuncia alla relazione materno-filiale in favore del contraente o di un terzo.

La Corte ha cassato la sentenza impugnata, stabilendo che l'unica via per il riconoscimento del rapporto di filiazione sorto a seguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata è quella dell'adozione, soluzione questa che, per espressa

dichiarazione della *Casación*, si pone in linea con quanto dichiarato dalla Corte EDU nel parere consultivo reso il 10 aprile del 2019²⁸.

Tale parere risulta di particolare importanza per la decisione richiamata, poiché esso rappresenta una nuova forma di interpretazione preventiva (c.d. *Advisory Opinion*), che i giudici di Strasburgo possono fornire a seguito della richiesta, facoltativa, da parte delle più Alte giurisdizioni nazionali²⁹, circa dubbi che concernono l'interpretazione o l'applicazione di questioni di principio relative ai diritti e alle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli. Si tratta, dunque, di uno strumento particolarmente prezioso per la piena attuazione della personalità umana e dei diritti civili, in quanto, da una parte, realizza una nuova forma di dialogo tra le Corti e, dall'altra, permette di rafforzare la protezione dei diritti umani negli Stati contraenti³⁰.

La Corte EDU, investita della domanda attinente alla trascrizione dell'atto di nascita, in favore dei genitori intenzionali, di due gemelle nate all'estero mediante la tecnica della gestazione per altri³¹, nella formulazione del parere reso all'unanimità, ha riconosciuto inizialmente che gli Stati membri godono di un margine di apprezzamento molto ampio sulle questioni morali o eticamente sensibili, tra le quali rientra la maternità surrogata. Ciò per via della eterogeneità delle posizioni giurisprudenziali e delle legislazioni presenti nei vari ordinamenti. Tuttavia, la Corte ha precisato che tale margine si restringe quando acquista rilevanza un aspetto fondamentale dell'identità dei soggetti nati da gestazione per altri, dal momento

28 Tale parere, richiesto per la prima volta dalla Cassazione francese, ha tentato di fornire dei suggerimenti da adottare in tutte le diverse controversie provenienti da quegli ordinamenti nei quali la gestazione per altri è vietata sulla base di un'espressa disposizione di legge, che si trovano a dover affrontare le conseguenze derivanti da accordi di maternità surrogata resi possibili e perfezionati all'estero. Sul punto, PICARO, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, p. 11; v., altresì, D'AVACK, L.: "La maternità surrogata: un divieto inefficace", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 146 ss.; LECIS, A.M.: "GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU", *diritticomparati.it*, (18 ottobre 2018), p. 5; TULLIO, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 960 ss.

29 L'art. 1, co. 1, Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, consente alle Alte corti di uno Stato di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera un parere consultivo. In dottrina, LIPARI, M.: "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo", *federalismi.it*, (6 febbraio 2019), pp. 1-54; ASTA, G.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", *Comunità int.*, 2013, p. 773 ss.; RUGGERI, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.; HENKE, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.; ACHILLE, D.: "Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato", *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2018, p. 1840 ss.

30 Il Protocollo, entrato in vigore il 1° agosto 2018, è stato ratificato da diversi Stati, fra i quali si possono annoverare la Francia, i Paesi Bassi, la Grecia, Andorra, la Repubblica Slovacca, Lussemburgo, ma non l'Italia. Sulla mancata adesione del nostro Paese, *ex multis*, LUCIANI, M.: "Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU", *Sistema penale*, 2019, p. 6 ss.; SPATAFORA, E.: "Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo", *dirittifondamentali.it* (5 febbraio 2020), p. 368 ss.

31 La vicenda riguarda il già citato caso *Menesson*, per cui si rinvia alla nota n. 20.

che il rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, impone agli Stati membri la necessità di assicurare il riconoscimento del legame tra il c.d. genitore d'intenzione e il nato tramite la gestazione surrogata, anche negli ordinamenti nei quali detta pratica non è consentita. Tale riconoscimento può avvenire secondo due opzioni: mediante trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero, ovvero per effetto dell'adozione, sicché, nella tutela del diritto al rispetto della vita privata del minore, gli Stati non devono decidere "se" ammettere o meno il legame filiale, ma "come" garantire questo risultato, conformemente al *best interest* del minore.

Condividendo le argomentazioni della Corte di Strasburgo, il Tribunale supremo spagnolo è giunto alla conclusione che l'unica via per la tutela dei diritti fondamentali della madre gestante e del minore nato da pratiche di surrogazione è quella dell'adozione; diversamente, "resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones"³².

Inoltre, il Tribunale ha affermato che, in presenza di un nucleo familiare esistente, nell'ambito del quale il minore ha rapporti familiari stabili e duraturi con chi domanda il riconoscimento della relazione paterno o materno-filiale a séguito di una pratica di gestazione per altri, il *best interest of the child* deve intendersi con riguardo al diritto alla riservatezza riconosciuto dall'art. 8 della CEDU, il quale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, include il diritto all'identità, al cui interno riveste fondamentale importanza la determinazione dell'appartenenza del minore, nonché la sua integrazione in un determinato nucleo familiare³³.

La decisione in parola interessa non solo per un'analisi comparatistica della vicenda, che pure sarebbe sufficiente, dato il carattere transfrontaliero della questione³⁴, ma anche per l'importanza che, in tale procedura, ha avuto il parere della Corte EDU, destinato a riverberarsi inevitabilmente anche sugli altri ordinamenti, compreso quello italiano. Infatti, nel difficile equilibrio, rinvenuto dal c.d. diritto vivente, tra la tutela del minore e i limiti di ordine pubblico nel

32 Così la sentenza in commento al punto 14.

33 Corte EDU, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, reperibile, in lingua inglese, su biodiritto.org.

34 Sull'importanza della comparazione in materia di gestazione per altri, ROSANI, D.: "The best interest of the parents. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori", *Riv. BioDiritto*, I, 2017, p. 109 ss.

riconoscimento dei rapporti di filiazione con il genitore di intenzione in merito alle pratiche di gestazione per altri, il parere consultivo è certamente idoneo a formulare un significativo indirizzo in tutte le molteplici controversie provenienti dagli ordinamenti nei quali la pratica surrogatoria è vietata sulla base di un'espressa disposizione di legge; esso, dunque, permette di risolvere uniformemente le problematiche sorte a séguito di gestazione per altri realizzata all'estero da soggetti consapevoli del divieto legislativo sancito nel loro Paese di appartenenza³⁵.

Peraltro, ciò che costituisce un'apertura dell'ordinamento spagnolo verso il fronte dei "fatti consumati" di gestazione per altri praticata all'estero è la individuazione di una sorta di "scala gerarchica" che colloca al posto più alto della stessa il "migliore" o "superiore interesse del minore"³⁶, anche nei casi in cui si sia consumata ed accertata una grave lesione dei diritti umani e, in particolare, della dignità della donna.

Occorre, infatti, considerare che un punto centrale della discussione sulla surrogazione di maternità è se tale pratica possa essere considerata compatibile con il pieno rispetto dei diritti della gestante. In particolare, i rischi connessi alla procedura sono prevalentemente di tipo medico, per cui la gestante viene esposta a rilevanti pericoli per la sua salute, spesso non adeguatamente comunicati, soprattutto quando si tratta di una persona con basso livello di istruzione e che vive in un Paese in via di sviluppo³⁷. Ma non solo. Un altro rischio è lo sfruttamento della gestante sotto il profilo economico, in quanto il compenso previsto per la

35 In tal senso, TULLIO, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", cit., p. 969, la quale pone in luce, altresì, che le conclusioni formulate nel parere della Corte EDU si prestano "a ricevere una più ampia operatività – sia pure in assenza di una dichiarata finalità armonizzatrice – là dove, ad esempio, siano adottate quali parametri ermeneutici nell'attuazione della Convenzione europea sui diritti umani in uno dei Paesi membri".

36 Deve evidenziarsi qui come l'espressione anglofona "*best interest of the child*" venga tradotta, sia nella prassi giudiziale che nella letteratura scientifica, con ampia libertà. Dalla traduzione letterale "miglior interesse del bambino (minore)" non è infrequente la sua declinazione in termini di "superiore interesse del minore" o di "preminente interesse del minore". La stessa traduzione italiana della Convenzione dei diritti sul fanciullo del 1989 qualifica l'interesse del minore, di cui all'art. 3, come "superiore", attribuendogli una "considerazione preminente". Al pari, anche la traduzione francese si riferisce al "*intérêt supérieur de l'enfant*" al quale deve essere riconosciuta una "*considération primordiale*". La traduzione dell'espressione non è da sottovalutare nell'ottica di un bilanciamento di interessi, là dove discutere di "superiore" o "preminente" suggerisce l'idea di un interesse del minore che prevale su tutti gli altri, mentre discorrere di "miglior interesse" valorizza la necessità di un'analisi in concreto, giacché a quello del minore si attribuisce una sorta di preferenza, non di supremazia, rispetto ad altri interessi di rilevante importanza. Sul punto è di sicuro interesse l'analisi proposta da ATTANASIO, C.: "La consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore", cit., p. 351. Per ulteriori approfondimenti sull'argomento si vedano altresì le diverse letture di LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss e di DI MASI, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 65 s.

37 Un interessante studio, condotto negli Stati Uniti, sui fattori che influiscono nel "mercato" statunitense dei contratti di maternità surrogata, ha evidenziato la differenza dei livelli di istruzione e di reddito tra i committenti e le madri sostitute. Secondo lo studio, il 91% dei committenti ha frequentato il college ed il 54% una *grad school*, mentre il 39% delle surrogate ha frequentato il college e solo il 4% una *grad school*. I redditi dei committenti, invece, si aggirano oltre i 50.000 dollari annui (per il 64%) e tra i 15.000 ed i 50.000 per le gestanti (per l'83%). Si veda ZIL, C.: "The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers", p. 22, disponibile su econweb.ucsd.edu.

procedura può rappresentare l'unica motivazione a spingere una donna verso la mercificazione del proprio corpo.

In questo la decisione spagnola si è mostrata molto critica. I giudici, infatti, condannando severamente le modalità operative con le quali si è giunti alla nascita del bambino in Messico, hanno evidenziato come queste siano state, nello specifico, limitative della autonomia personale della gestante, nonché lesive della sua integrità fisica in palese spregio della dignità umana.

Tale affermazione non stupisce se si leggono le clausole del contratto sottoscritto dalla gestante e dalla committente (puntualmente riportate nella sentenza), tra le quali, oltre a quella che prevede la rinuncia a tutti i diritti sul nascituro ed alla sua immediata consegna dopo il parto alla futura madre, rileva quella relativa alla valutazione fisica e psicologica della gestante, sia prima che dopo la fecondazione in vitro, con la rinuncia da parte della stessa alla propria privacy sanitaria in favore della committente³⁸; quella che obbliga la gestante a sottoporsi a cure mediche, anche rischiose per la sua salute, ai fini dell'efficacia della tecnica riproduttiva³⁹; quella che limita la sua libertà di movimento, soprattutto con il progredire della gravidanza, vietandole di lasciare la città in cui risiede o di cambiare l'indirizzo di residenza se non espressamente autorizzata dalla futura madre⁴⁰; infine, quella che stabilisce, in caso di infermità o lesioni potenzialmente mortali (come, per esempio, la morte cerebrale), il diritto della committente di mantenere in vita, tramite supporti medico-vitali, la gestante, con il fine di portare a termine la gestazione⁴¹.

38 Sul punto, si legge alla p. 4 della sentenza: "Décima.- Evaluaciones Físicas y Psicológicas. [...]: A.- La gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas según lo determine la futura madre, antes de cualquier procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. [...]; E.- La gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre".

39 Sempre alla p. 4 della sentenza: "Décima Primera. - Procedimiento de fertilización in vitro". Es la intención de las partes y por lo tanto se obligan: A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos". B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida". C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria".

40 Alla p. 5: "Decima Tercera. - Conducta durante el tiempo del acuerdo y el embarazo. [...]: G.- La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje". H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que estogeneren, a través de la persona coadyuvante".

41 Nella parte "Decima Cuarta" (p. 5): "Emergencia médica o soporte de vida: [...]". B.- En caso que la gestante sustituta sufriendo cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico,

Alla luce del richiamo delle disposizioni contrattuali, il *Tribunal superior* ha affermato, nella corposa disposizione, che tanto la gestante quanto il minore “son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”. Se, da una parte, infatti, con il contratto di affitto si sono imposti alla madre gestante sia limiti alla sua autonomia personale sia pratiche lesive della sua integrità fisica, incompatibili con la dignità umana, dall'altra, il futuro bambino è stato “cosificato”, ovvero privato del diritto di conoscere le proprie origini, in quanto considerato un mero “objeto del contrato”.

Così, dalla decisione spagnola emerge in tutta evidenza che i contratti di maternità surrogata sono nulli, in quanto sottoposti ad una normativa chiaramente contraria all'esercizio di dette pratiche e che, dunque, l'ordinamento spagnolo non può riconoscere la titolarità della relazione filiale sulla base di atti emessi da autorità straniera. Tuttavia, nonostante questo, nella prospettiva di un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti (dignità della donna e *best interest of the child*), il minore nato all'estero, frutto di una maternità surrogata commerciale, già integrato in maniera stabile sul territorio spagnolo, in un nucleo familiare *de facto*, può trovare tutela attraverso il ricorso all'istituto dell'adozione⁴².

III. LA SITUAZIONE ITALIANA ATTUALE NEL PERENNE CONFLITTO TRA FORMANTE LEGISLATIVO E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE.

Anche in Italia, per effetto della Legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, è sancito il divieto della maternità surrogata⁴³.

La disposizione normativa esprime una particolare concezione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, considerate, *in primis*, quale strumento terapeutico al fine di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana”⁴⁴; infatti, non a caso, il legislatore ne garantisce

con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre. [...]”.

- 42 Sotto questo profilo, la decisione dell'Alta corte è destinata ad alimentare il dibattito che ha visto una parte della dottrina spagnola criticare il ricorso alla maternità surrogata, per via del “riesgo de cosificar a la mujer, instrumentalizándola como si se tratase de una máquina o de una incubadora” e del “peligro de mercantilizar el deseo – que no el derecho – de ser padres/madres, permitiendo un negocio de compraventa de bebés que convierte al menor en un objeto de comercio e ignora o desprecia las secuelas físicas y psicológicas derivadas de la ruptura de la relación entre la madre gestante e hijo”. Così: ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, *Información laboral*, n. 4, 2017, p. 28.
- 43 In particolare, l'art. 12, co. 6, della Legge punisce, con una sanzione penale e amministrativa, chiunque compie o organizza il ricorso a qualsiasi forma di maternità surrogata; ne vieta parimenti la pubblicità. Sinteticamente, da una parte, l'accordo di maternità surrogata è giudicato nullo per la sua contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., dall'altra, l'ambito applicativo della proibizione è circoscritto alle sole condotte commesse sul territorio italiano.
- 44 Art. 1 Legge n. 40/2004.

l'accesso esclusivamente a coppie "maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"⁴⁵. Ciò è peraltro confermato dal fatto che, sotto il profilo soggettivo, queste pratiche sono state considerate inammissibili là dove si fosse in presenza di coppie di donne, operando dunque un distinguo tra l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale e l'infertilità "assoluta" ed "irreversibile" della coppia eterosessuale, affetta da patologie riproduttive.

A fronte del divieto sancito dal legislatore, si segnalano tuttavia statuizioni giurisprudenziali ondivaghe, che, dinanzi a pratiche di maternità surrogata realizzata all'estero ed alla relativa consequenziale richiesta di riconoscimento, nel territorio italiano, dello *status filiationis*, in alcuni casi, oppongono un netto rifiuto alla "ratifica" delle certificazioni prodotte, in altri, invece, conducono al buon esito delle istanze presentate dagli aspiranti genitori legali⁴⁶.

Sotto tale profilo, sebbene superata in alcune parti dalla più recente pronuncia della Corte costituzionale⁴⁷, degna di nota è l'ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 1842 del 21 gennaio 2022⁴⁸, con la quale la prima Sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente, rilevando la necessità di un nuovo intervento delle Sezioni unite; ciò in forza della sentenza n. 33 del 9 marzo 2021 della Corte costituzionale, in ragione del venir meno del punto di equilibrio trovato dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2019⁴⁹ tra la tutela dell'interesse del minore ed i limiti di ordine pubblico nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il genitore di intenzione, avuto particolare riguardo alla gestazione per altri⁵⁰.

45 Art. 5 Legge n. 40/2004.

46 Si veda, al proposito, la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 251, con la quale il Giudice del gravame è stato chiamato a pronunciarsi sulla domanda di trascrizione nei registri dello Stato civile italiano dei *parental orders* emessi dall'Autorità giudiziaria inglese negli anni 1998 e 2001, mediante i quali veniva attribuita alla committente la maternità di due figli nati con la tecnica della surrogazione. La Corte d'Appello di Bari, accertata la sussistenza dei requisiti richiesti *ex lege* per la concessione del riconoscimento dell'atto di nascita straniero, ne ha dichiarato l'efficacia ai fini della trascrizione, riconoscendo, in tal modo, la maternità sociale alla madre committente, sulla base del rilievo che tra la stessa ed i bambini si era oramai instaurato un legame protratto ininterrottamente per oltre dieci anni. Secondo la Corte, si era infatti in presenza di un vincolo del quale non poteva ravvisarsi la contrarietà all'ordine pubblico internazionale, il quale rappresentava, altresì, un elemento fondamentale nella prospettiva di crescita e sviluppo della personalità dei bambini.

47 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *cortecostituzionale.it*, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, 2° comma, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari non producesse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La sentenza ha, dunque, fatto venire meno le differenze negative che caratterizzavano la figura dell'"adottato in casi particolari", rispetto all'"adottato pieno". Sul punto, ATTANASIO, C.: "La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato", in corso di pubblicazione su *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. In dottrina, COLLURA, G.: "L'adozione in casi particolari", *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, p. 951 ss.; FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 679 ss.

48 Cass. civ., Sez. I, (ord.) 21 gennaio 2022, n. 1842, *Dejure*.

49 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*

50 Sulla base delle argomentazioni della prima Sezione della Cassazione, l'esigenza di una nuova pronuncia delle Sezioni unite sarebbe indispensabile per una ragione di opportunità. Infatti, sotto un profilo prettamente formale, la semplice declaratoria di inammissibilità della trascrizione paventata dalla Corte costituzionale

La Cassazione è pervenuta a tale soluzione ricostruendo nel dettaglio le vicende che hanno condotto alla richiamata statuizione del Giudice delle leggi. Nella sentenza n. 33/2021 si legge infatti che “il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”; pertanto, di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, la Corte ha evidenziato come la materia debba necessariamente essere affrontata dal legislatore, nella “ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”.

L'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni unite è data, dunque, secondo la Cassazione, dal vuoto normativo aperto dalla Corte costituzionale, non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al diritto vivente cristallizzato nella decisione del 2019, in quanto, in base alla motivazione della Consulta, la soluzione offerta dall'istituto di cui alla Legge n. 184 del 1983, art. 44, lett. d), ovvero l'adozione in casi particolari, non risulta idonea ad impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore.

Sotto tale profilo, infatti, la giurisprudenza ha avanzato forti perplessità sul fatto che l'istituto giuridico dell'adozione in casi particolari possa essere considerato alla stregua di una “adozione piena”; il principale *vulnus*, in particolare, è sempre stato rappresentato dalla necessità dell'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, assenso che, nell'eventualità di una crisi della coppia, potrebbe essere negato⁵¹.

Nell'ordinanza di rimessione, quindi, la Corte ha fornito anche una soluzione interpretativa, attraverso l'enunciazione di alcuni criteri generali riportati nella motivazione, che si rende doveroso sintetizzare.

non sarebbe idonea ad imporre un vincolo giuridico al superamento della non trascrivibilità. Tuttavia, sotto il profilo sostanziale, la statuizione in parola assume inevitabilmente una particolare rilevanza in quanto la Corte, avendo condiviso, nelle sue motivazioni, le obiezioni dell'ordinanza di rimessione sull'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, ha accolto tutti i profili di incostituzionalità con riferimento alla lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla propria identità personale ed alla sua vita privata e familiare, ritenendo altresì pienamente coerente con i principi costituzionali l'indicazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla necessità di un riconoscimento pieno e tempestivo della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. In sintesi, una nuova linea interpretativa del reticolo normativo, alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale, sarebbe quanto mai opportuna ed auspicabile.

51 Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte costituzionale, 22 novembre 2013 n. 278 e Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162.

Secondo il Collegio rimettente, in assenza di un intervento innovativo del legislatore, è necessario partire da una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti, quali la delibazione e la trascrizione, con il fine di verificare se in materia di procreazione medicalmente assistita e per effetto del divieto penale della surrogazione di maternità sussista un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale.

A sostegno dell'assunto, vengono richiamate le stesse Sezioni unite del 2019, le quali rammentano che la Legge n. 218 del 1995, sul riconoscimento ed esecuzione di atti stranieri nel nostro ordinamento, non prevede affatto il recepimento degli istituti applicati allo *status filiationis*, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limita a consentire la produzione dei relativi effetti nella misura in cui gli stessi risultano compatibili con la nozione di ordine pubblico. Se, dunque, ci si riporta a tale metodo di analisi sembra davvero opinabile che, con la delibazione di una sentenza, si possa recepire nel nostro ordinamento un accordo di gestazione per altri e, tanto meno, la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sanzionata da un divieto penale. Secondo i giudici di legittimità, infatti, quello che si può recepire, garantendone l'efficacia, potrebbe essere esclusivamente "l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo *partner* di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo e ciò per un fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione e che trova nella tutela dei diritti inviolabili del minore la sua ragione d'essere".

In tale prospettiva, dunque, non è in discussione un preteso diritto alla genitorialità, peraltro non contemplato nel nostro ordinamento, ma esclusivamente l'interesse del minore all'affermazione della titolarità giuridica di tutti i doveri che l'ordinamento collega inscindibilmente all'esercizio della responsabilità genitoriale; esercizio questo che, nella gestazione per altri, coinvolge chi si è volontariamente impegnato ad accogliere un minore assumendone le relative responsabilità⁵². È di

52 Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, *Giust. civ.*, 1998, p. 2410, con nota di MORELLI, M.R., "Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la "interpretativa di inammissibilità" (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)"; *Giur. cost.*, 1998, p. 2637, con nota di LAMARQUE, E.: "La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"; *Foro it.*, I, 1998, c. 3042, con nota di ROMBOLI, R.: "Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente inseminazione eterologa della moglie"; *Vita not.*, I, 1998, p. 1481, con nota di FINOCCHIARO, M.: "Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de iure condendo"; *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con nota di PALMERINI, E.: "Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa"; *Giur. it.*, 1999, p. 465, con nota di UCCELLA, F.: "Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale"; *Giur. it.*, 1999, p. 461, con nota di BALESTRA, L.: "Inseminazione eterologa e status del nato"; *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 35, con nota di CIANI, G.: "Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale"; *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 20, con nota di MOROSINI, P.: "Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale"; *Dir. fam. pers.*,

tutta evidenza, infatti, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha assunto e coltivato la decisione di farlo nascere corrisponda a quello di ottenere un riconoscimento, anche sotto il profilo giuridico, dei legami che, di fatto, già lo uniscono alla coppia e che costituiscono parte integrante ed imprescindibile della sua stessa identità⁵³.

La Cassazione in esame concentra, allora, l'analisi su due considerazioni: in primo luogo, secondo la Corte, le censure che derivano dalla normativa repressiva del nostro ordinamento non possono incidere sugli aspetti appena menzionati, i quali non pongono, di per sé, in discussione la illiceità della pratica di surrogazione e, in secondo luogo, in nessun caso, l'eventuale riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale può essere percepito come "negazione del principio del *favor veritatis* in tema di filiazione in insanabile contrasto con il divieto di surrogazione". Siffatto principio non riveste, infatti, nel nostro ordinamento, alcun valore assoluto, men che meno a causa delle più recenti tecniche procreative medicalmente assistite.

Non appare neppure condivisibile ai Supremi Giudici che "tale principio si coniughi necessariamente con il carattere di norma di ordine pubblico da attribuire al divieto di surrogazione. Un effetto indiretto di legittimazione della surrogazione di maternità non può attribuirsi al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale e in quanto tale la affermazione del principio di verità nei suoi confronti non è di certo idonea a impedire il vulnus che si ritiene derivi dai valori del nostro ordinamento".

La Prima sezione propone, dunque, una valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non in astratto, ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto, secondo i criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza già affermati dalla giurisprudenza costituzionale, nell'ottica della preminenza degli interessi del minore, declinati nella direzione della costante ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare, senza far prevalere, aprioristicamente, un interesse su un altro (tra questi, la Cassazione individua la dignità della gestante e la preservazione dell'istituto dell'adozione).

Sulla base di tale valutazione, i giudici evidenziano come, tale interpretazione adeguatrice consentita alle Corti, possa consistere nel configurare la valutazione del conflitto tra l'interesse al riconoscimento del rapporto di filiazione e i limiti di ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione. Valutazione che deve essere effettuata, in concreto, mettendo a

1999, p. 12, con nota di D'AVACK. L.: "Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta".

53 Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*.

confronto l'interesse del minore a che vengano rispettati i propri diritti fondamentali, la prevenzione di qualsiasi attentato che possa derivare dal riconoscimento all'istituto dell'adozione e la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri⁵⁴.

Rispetto a tale ultimo interesse, la Corte prospetta la possibilità di un'ammissione, in concreto, nei casi in cui si tratti di un'adesione libera e consapevole, non determinata da ragioni economiche della donna, revocabile nel consenso alla rinuncia del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino, oltre che la necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali.

Sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla prima Sezione si rendono necessarie alcune osservazioni.

Ora, il diritto vivente censurato dal giudice *a quo* si impernia sulla qualificazione, operata dalle Sezioni Unite, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 come "principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali"⁵⁵, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Individuato nell'automatismo delle procedure di cui all'art. 64, co. I, della Legge n. 218/1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) l'ostacolo che ne impedisce l'impiego, il Collegio ne propone il superamento indicando la possibilità di procedere attraverso una valutazione di coerenza del provvedimento straniero all'ordine pubblico secondo i criteri interpretativi di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza.

Tale soluzione, tuttavia, non convince, in primo luogo, perché i suddetti criteri non vengono rapportati ai vincoli consolidati dalla giurisprudenza della Corte EDU, quali il rapporto biologico e la qualità del legame instaurato, ma sono chiamati ad orientare il confronto tra interesse del minore, dignità della donna e preservazione dell'istituto dell'adozione⁵⁶. Il risultato della proposta pone su un piano paritario rispetto agli altri interessi, quelli del minore, dimenticando un inciso fondamentale operato dalla Consulta, secondo cui i parametri costituzionali e sovranazionali convergono sul principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore.

54 Si rammenta che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 272/2017, ha definito la pratica della surrogazione di maternità un'offesa "intollerabile" della dignità della donna che "mina nel profondo le relazioni umane" in quanto prevede la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente.

55 Par. 5.1 del "Considerato in diritto".

56 Buzi, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *rivistafamilia.it*, 2022.

Inoltre, secondo il ragionamento della Corte, può essere considerata non lesiva della dignità della gestante solo la pratica surrogatoria frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e quando tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Dunque, se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del Paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri, la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, dell'esito che rispetti anche gli interessi del minore. Ne consegue, invece, che, se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate, l'eventuale diniego aprioristico del riconoscimento di effetti prodotti dalla sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero), in quanto tale, non risponde all'esigenze di risolvere l'attuale conflitto in una prospettiva concreta. Un siffatto diniego striderebbe, in particolare, con l'esigenza di tutela della dignità della donna, alla quale, in effetti, l'ordinamento straniero ha riconosciuto la libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale.

Alla luce di ciò, deve peraltro rilevarsi che, rispetto alle più recenti decisioni nell'ambito dei diritti umani, è stata condivisa una lettura dell'ordine pubblico internazionale che cerca di sciogliere positivamente la tensione tra le diverse interpretazioni del principio del migliore interesse del minore, giacché essa si intreccia con la ricerca di un punto di equilibrio tra la difesa della sovranità nazionale e l'integrazione con la comunità internazionale. Sotto questo profilo, infatti, già le Sezioni unite del 2019 si sono espresse dichiarando la non conformità all'ordine pubblico internazionale di un provvedimento straniero relativo ad un minore nato da maternità surrogata gratuita⁵⁷. In particolare, la giurisprudenza ha circoscritto i limiti di ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario, i quali si risolvono nelle norme desumibili dalla Carta costituzionale e dalle convenzioni internazionali⁵⁸. Può rilevarsi, pertanto, che l'orientamento giurisprudenziale consolidato tiene ferma la tesi secondo la quale l'atto di nascita che riconosce il rapporto filiale con i genitori intenzionali del minore frutto di una maternità surrogata, in mancanza di un rapporto genetico, è contrario all'ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, non può essere trascritto.

57 In tal senso anche BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore", *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.

58 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599. La decisione offre una differente concezione di ordine pubblico internazionale, i cui principi "devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario". Sui commenti alla pronuncia: FOSSÀ, C.: "Filiazione – Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno", *Giur. it.*, 2017, p. 2075; PALMERI, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex", *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 362; FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

Inoltre, nel nostro ordinamento, il riconoscimento del provvedimento straniero è ostacolato dalla disposizione di cui all'art. 12, co. 6, della Legge n. 40/2004, che considera reato ogni forma di maternità surrogata, applicando la sanzione a tutti i soggetti coinvolti nel progetto genitoriale. Ed è proprio la natura penale della sanzione che costituisce un indice univoco della rilevanza del divieto, quale limite di presidio dei valori fondamentali della dignità della donna e del complesso bilanciamento di interessi che trova espressione nell'istituto dell'adozione.

Per tutto quanto esposto, allo stato, la soluzione offerta dalla Prima sezione non appare coerente con i principi consolidati in materia, mostrandosi in controtendenza con i precedenti arresti giurisprudenziali.

Piuttosto, guardando in prospettiva, l'ordinanza mette in luce, ancora una volta, la potenziale lesione dei diritti fondamentali del minore a causa dell'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla Legge n. 184/1983, art. 44, lett. d); una situazione di carenza normativa, che il legislatore, nell'esercizio del suo margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte EDU, dovrà al più presto colmare, a fronte delle incompressibili istanze di tutela dei nati da gestazione per conto di altri⁵⁹.

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Alla luce delle osservazioni svolte, si può affermare che, nei Paesi in cui è vietata, la gestazione per altri rappresenta un tema particolarmente controverso e inequivocabilmente sotteso a valutazioni giuridiche ed etiche che ne influenzano il riconoscimento.

Assodato che le tecniche di fecondazione eterologa determinano una scissione tra le figure parentali, ovvero tra la filiazione "genetica" e quella "sociale", e che la surrogazione di maternità, a sua volta, può provocare l'ulteriore suddivisione tra procreazione, gestazione e parto, emerge una crisi delle categorie privatistiche tradizionali, ove il concetto stesso di maternità viene destrutturato dal punto di vista giuridico e naturalistico, posto che si può potenzialmente parlare di madre secondo tre accezioni: genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti), uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione o partorisce il figlio) e committente o sociale (colei che esprime la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato)⁶⁰.

59 Così Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.1.2.4 del "Considerato in diritto".

60 SALONE, B.: "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 159.

Ne consegue la destrutturazione della responsabilità genitoriale, attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, ma in ragione della volontà, oltretutto la frantumazione della stessa identità del minore, il quale si trova a dover affrontare una situazione di incertezza rispetto al proprio *status* giuridico, in particolare filiale.

In tale contesto, si assiste, negli ordinamenti in cui le disposizioni normative sono ispirate al principio di attribuzione della genitorialità e della relativa responsabilità in funzione del fatto procreativo⁶¹, ad una situazione di conflitto tra formanti, con un'interferenza assai spiccata – e non sempre positivamente valutabile – della voce giurisprudenziale rispetto alla fonte legale⁶².

Si può, infatti, notare che, sia nell'ordinamento spagnolo sia in quello italiano, i recenti approdi giurisprudenziali in tema di gestazione per altri sono pervenuti a riconoscere preminente rilievo allo *status* e all'identità del minore, come impegno assunto dagli Stati, in sede di ratifica della Convenzione Onu del 1989, volto a considerare "l'interesse prevalente del minore" in tutte le decisioni relative ai bambini (art. 3) e, comunque, ad adottare "tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari" (art. 2). Il *best interest of the child* è inteso, dunque, quale parametro per la predisposizione di un regime giuridico parallelo a quello tradizionalmente riconosciuto, con il fine di attribuire certezza ai rapporti genitoriali pur in un contesto di molteplicità, e fragilità, dei modelli familiari⁶³.

Le giurisdizioni, tanto nazionali quanto sovranazionali, partono infatti dal presupposto che le scelte legislative accolte nei sistemi ordinamentali non possono ricadere sui minori nati da pratiche di surrogazione della maternità, giacché vietate nei Paesi in cui si chiede la trascrizione dell'atto di nascita⁶⁴. Si pensi ai richiamati casi *Menesson* e *Labassee*, in cui i giudici di Strasburgo, condannando la Francia per violazione dell'art. 8 in relazione al rispetto della vita privata del minore (in quanto tale disposizione ricomprende il diritto all'identità, al riconoscimento del rapporto di filiazione e alla nazionalità), hanno optato per una statuizione che mantenesse distinta la questione relativa allo *status* giuridico dei figli nati da

61 In Italia, ad esempio, ciò è sostenuto dall'art. 269, co. 3, c.c., secondo il quale "la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre", dalla legge n. 40/2004 che ammette la fecondazione omologa, ma esclude quella eterologa, come a voler negare la poligenitorialità e dalla legge n. 219/2012 di riforma sulla filiazione, ove ci si riferisce al rapporto di filiazione esclusivamente con riferimento al momento genetico (art. 243 bis c.c.).

62 SCIANCALEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *cit.*, p. 461.

63 DI MASI, M.: "L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia", *Comparazione e diritto civile*, I, 2019, p. 109 e ss.

64 PORCELLI, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 90 ss.

gestazione surrogata e al loro rapporto con i genitori intenzionali da quella della conformità alla Convenzione EDU del divieto o della regolamentazione della gestazione per altri.

La distinzione appena richiamata si colloca alla base dell'evoluzione giurisprudenziale osservata nei vari ordinamenti, per effetto della quale è consentito il riconoscimento del legame di filiazione (*ex post*), pur senza riconoscere valore legale alle tecniche di gestazione per altri concluse all'estero⁶⁵; al contrario, infatti, si ritiene che la scelta repressiva degli ordinamenti non possa tradursi in una ingiustificata sanzione nei confronti dei figli, oramai nati, per le condotte di chi abbia scelto volontariamente un metodo di procreazione proibito sul proprio territorio⁶⁶.

La significativa interferenza del formante giurisprudenziale su quello legale si rinviene anche negli atti sovranazionali non vincolanti per gli Stati membri, tra i quali può annoverarsi il citato parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2019⁶⁷, in cui è stata evidenziata la necessità della riduzione del margine di apprezzamento per i suddetti Stati con il fine di consentire il riconoscimento del legame di filiazione, in quanto elemento imprescindibile della identità di una persona. Non potendo intervenire direttamente sull'*an* della questione, la Corte ha, infatti, osservato, con riferimento al *quomodo*, che possono risultare idonee a tutelare l'interesse del minore sia la trascrizione dell'atto di nascita con l'indicazione del genitore o dei genitori intenzionali, sia l'adozione del figlio da parte del genitore intenzionale non biologico⁶⁸.

Sulla scia dell'evoluzione giurisprudenziale osservata, si inserisce la sentenza spagnola che, nelle sue argomentazioni, evidenzia come le leggi e le convenzioni internazionali contrastino radicalmente con quanto accade nella pratica e, perciò, opta per la valorizzazione degli interessi del minore, considerando che egli "pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado"⁶⁹.

Si tratta, dunque, di ottenere un riconoscimento giuridico di quanto già emerge nella realtà fattuale, dell'interesse di un minore accudito fin dalla nascita da un genitore o da una coppia di genitori, che sono parte integrante della sua stessa

65 BARATTA, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *cit.*, p. 309 ss.

66 FULCHIRON, H. – BIDAUD GARON C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, regard prospectif des arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", *Revue Dalloz*, 2014, p. 1773.

67 Si rinvia alla nota n. 28.

68 Corte EDU, parere del 10 aprile 2019, par. 43-44.

69 Par. 4.7 – "La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución".

identità⁷⁰, a prescindere dalla formalità che si appresta a tal fine. E se dunque “el legislador no contempla la maternidad subrogada por la sencilla razón de que no puede, dado que carecería de sentido que una ley social contradiga frontalmente otra civil”⁷¹, l'adozione si mostra, anche nell'ordinamento spagnolo, come l'istituto “plenamente legal” affinché possa attribuirsi la condizione di figlio al genitore che non lo sia biologicamente, in un contesto in cui, peraltro, la procedura prevede una serie di cautele che hanno come unico fine la tutela dell'interesse del minore⁷².

Anche in Italia la giurisprudenza si è mostrata particolarmente preoccupata per l'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo ritenuto inadeguato, alternando posizioni di maggior favore o diniego all'ingresso dei provvedimenti stranieri, a seconda dell'interpretazione protettiva⁷³ ovvero promozionale data al limite di ordine pubblico internazionale⁷⁴ e, in particolare, rispetto alla riconducibilità o meno ad esso del divieto penale di maternità surrogata⁷⁵.

Vi è da rilevare che sia l'orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione sia la Consulta hanno confermato l'esistenza di un persistente conflitto tra le scelte legislative e le pronunce giurisprudenziali, pur se, com'è stato affermato, dinanzi all'impatto delle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo inadeguato, “l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore” e solo “nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali”⁷⁶.

Tale affermazione è stata ribadita anche dalla richiamata ordinanza della Cassazione del 2022 nell'evidenza che, in un ordinamento costituzionale quale

70 Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, par. 96.

71 MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2016, n. 399, p. 203.

72 ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, cit., p. 46.

73 Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in cui si precisa che l'ordine pubblico internazionale “comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale”. Sui commenti alla sentenza da parte della dottrina: RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore”, *Corr. giur.*, 2015, p. 471; BENANTI, C.: “La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 235; CASABURI, G.: “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, *Foro it.*, 2014, p. 3414.

74 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599. Si rinvia alla nota n. 58.

75 BUZI, S.: “La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità”, cit., 2022.

76 Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit.

quello italiano, improntato alla realizzazione di uno Stato di diritto, che tutela e garantisce il rispetto dei diritti inviolabili della persona, della famiglia e di ogni formazione sociale in cui si sviluppa la sua personalità, la categoria dei diritti inviolabili dei minori non può essere "sospensivamente condizionata *sine die* all'intervento del legislatore, perché ciò costituirebbe un'evidente contraddizione in termini nella esplicazione della giurisdizione costituzionale, istituita proprio per garantire l'applicazione delle norme costituzionali e tutelare i diritti fondamentali che ne derivano". Se dunque il legislatore, in tale contesto, non provvede ad intervenire in tempi rapidi, "spetta all'interpretazione delle Corti adottare una soluzione ermeneutica volta a colmare la lacuna o a risolvere il conflitto rilevato dal giudice costituzionale rispettando le indicazioni sulle norme e i principi costituzionali in gioco che non possono essere violati".

Peraltro, si collocano in una diversa prospettiva le sentenze gemelle della Corte costituzionale (nn. 32 e 33 del 2021), che, in entrambi i casi, individuano un vuoto di tutela normativo nell'interesse del minore e, per l'effetto, invocano un intervento legislativo urgente, al fine di evitare "disarmonie" nel sistema complessivamente considerato, che potrebbero prodursi con una mirata decisione da parte del giudice delle leggi.

È indubbio che la descritta dissociazione tra formanti non possa continuare a rappresentare le regole del gioco, quando, invece, solo un intervento legislativo organico potrebbe disciplinare le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore nato all'estero da gestazione per altri, ad esempio, con l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, posto che tale istituto costituisce un modello di riferimento⁷⁷.

Un tale intervento dovrà, in primo luogo, rispettare i valori che l'ordinamento esprime, secondo il margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nelle materie eticamente sensibili; in secondo luogo, appare indispensabile, a séguito di quanto precedentemente osservato, considerare i principi espressi dalla Corte di Strasburgo, secondo cui "l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione tra un figlio nato da gestazione per altri all'estero e il genitore intenzionale non è conciliabile con l'interesse superiore del minore"⁷⁸.

Una riforma della materia nei termini appena esposti non potrà, dunque, prescindere da una valutazione della compatibilità delle misure da adottare con il *best interest of the child*, quale criterio fondamentale per la sua tutela.

77 Si pensi, ad esempio, alla soluzione accolta dal Regno Unito, mediante l'adozione di un regime che ricalca lo schema dell'adozione, ove la disciplina è contraddistinta da una specifica procedura giudiziaria di carattere graduale. Sul punto si rinvia alla nota n. 23.

78 Corte EDU, parere del 10 aprile 2019, par. 42.

BIBLIOGRAFIA.

ACHILLE, D.: "Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato", *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2018, p. 1840 ss.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada", *Información laboral*, n. 4, 2017, p. 23 ss.

ARAMINI, M.: *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003.

ASTA, G.: "Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", *Comunità int.*, 2013, p. 773 ss.

ATLAN, H.: *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. 28.

ATTANASIO, C.: "La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore", *Famiglia*, 3, 2021, p. 335.

ATTANASIO, C.: "La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato", in corso di pubblicazione su *Actualidad Jurídica Iberoamericana*.

AUTORINO, G.: "Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)", *comparazionedirittocivile.it*, 2018, p. 7.

BALESTRA, L.: "Inseminazione eterologa e status del nato", *Giur. it.*, 1999, p. 461.

BARATTA, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 10, 2016, p. 319.

BEIER, K.: "Familiengründung durch Leihmutterchaft - eine ethische Analyse", in AA.VV.: *Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter* (a cura di K. BEIER, C. BRUGGE, P. THORN e C. WIESEMANN), Berlin-Heidelberg, 2020, p. 155 ss.

BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 235.

BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore", *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.

BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, Paris, 1994, p. 116.

BRIDGE, S.: *Assisted Reproduction and the Legal Definition of Parentage*, in *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford, 1999, p. 75.

BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss.

BUZI, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *rivistafamilia.it*, 2022.

CAHN N.-CARBONE, J.: *United States of America, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 3017 ss.

CARRASCO ANDRINO, M.: "La protección penal de la filiación", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2010, núm. 12, p. 23.

CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Foro it.*, 2014, p. 3414.

CHINI, C.: "Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore", *Riv. BioDiritto*, I, 2016, p. 174 ss.

CIANI, G.: "Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 35.

COLLURA, G.: "L'adozione in casi particolari", *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, p. 951 ss.

CRETNEY S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, p. 543.

CRISCUOLI S.: "La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte", *Dir. fam. pers.*, IV, 1987, p. 1029.

D'AVACK, L.: "La maternità surrogata: un divieto inefficace", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 146 ss.

D'AVACK, L.: "Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 12.

DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Giur. Mer.*, 2, 2010, p. 358 ss.

DI MASI, M.: "L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia", *Comparazione e diritto civile*, I, 2019, p. 109 e ss.

DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo «status»", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2014, p. 616.

DI MASI, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 65 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni unite condannano due padri e assolvono due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss.

DUDEN, K.: *Leihmutterschaft im Internationalen Privat - und Verfahrensrecht*, Tübingen, 2015, p. 120 ss.

FERRANDO, G.: "Appunti sulle leggi francesi relative al rispetto del corpo umano", *Pol. dir.*, 1995, p. 315.

FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 679 ss.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss.

FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

FINOCCHIARO, M.: "Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de iure condendo", *Vita not.*, 1998, I, p. 1481.

FOSSÀ, C.: "Filiazione – Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno", *Giur. it.*, 2017, p. 2075.

FULCHIRON, H. – BIDAUD GARON C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, regard prospectif des arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", *Revue Dalloz*, 2014, p. 1773.

GIUNCHEDI, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 10, 2019, p. 1198.

GOBERT, M.: "Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution)", *RTD civ.*, 1992, p. 506 ss.

HAUSE, J.: *La filiation*, Paris, 1996, p. 68.

HENKE, A.: "La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo protocollo n. 16 alla CEDU", *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.

HORSEY, C.: "Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements", *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449.

KRIARI CATRANIS, I.: "Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law*, 10, 2003, p. 271.

KRIARI CATRANIS, I.: "Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame", in AA.VV.: *Legal Essays in honor of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, 2011, p. 437.

LAMARQUE, E.: "La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Giur. cost.*, 1998, p. 2637.

LAWRENCE, D. E.: "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights", *Golden Gate University Law Review*, 1991, p. 521.

LECIS, A.M.: "GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU", *diritticomparati.it*, (18 ottobre 2018), p. 5.

LEE, R.G.-MORGAN, D.: "Into the future and back to basics – Human fertilization and family structures", *Family Law. Essays for the new millenium*, Oxford, 2000, p. 200.

LEE, R.G.-MORGAN, D.: *Human fertilisation & Embryology*, London, 2001, p. 201.

LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.

LETTERON, R., *Le droit de la procréation*, Paris, 1997, p. 79.

LUCIANI, M.: "Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU", *Sistema penale*, 2019, p. 6 ss.

MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Torino, 2011, p. 32.

MASSON, C.: "L'ordre public familial en péril?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 809 ss.

MAZZAMUTO, D.: "La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2020, p. 393.

MILAN, G.: "La madre su commissione. Problemi giuridici", *Giust. civ.*, II, 1985, p. 312 ss.

MOLASCHI B.: "La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 524.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2016, n. 399, p. 203.

MORELLI, M.R., "Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la «interpretativa di inammissibilità» (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)", *Giust. civ.*, 1998, p. 2410.

MOROSINI, P.: "Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale", *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 20.

NICCOLAI S.: "La regola di giudizio. Un invito della Corte costituzionale a riflettere sui limiti del volontarismo", *Giur. cost.*, 2017, p. 2990 ss.

OGBOGU, U.: "Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada", *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153.

PALMERI, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362.

PALMERINI, E.: "Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa", *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53.

PICARO, R.: *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017.

PORCELLI, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 90 ss.

RADIN, M.J.: "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849.

RAO, R.: "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence", in AA.VV.: *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (a cura di R. COOK e S. DAY SCLATER), Hart, 2003.

RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

ROBERTSON, J.A.: "What Does it Mean to be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353.

RODOTÀ, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56.

ROMBOLI, R.: "Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente inseminazione eterologa della moglie", *Foro it.*, I, 1998, c. 3042.

ROMEO F.: *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018.

ROSANI, D.: "The best interest of the parents. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori", *Riv. BioDiritto*, I, 2017, p. 109 ss.

RUGGERI, A.: "Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)", *Rivista AIC*, 2014, p. 18 ss.

RUPARELIA, R.: "Giving away the 'gift of life': surrogacy and the Canadian assisted human reproduction act", *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12.

RYZNAR, M.: "International Commercial Surrogacy and Its Parties", *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009.

SALONE, B.: "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 159.

SCALISI, V.: "«Famiglia» e «famiglie» in Europa", relazione svolta al convegno Persona e comunità familiare, Salerno, 28-29 settembre 2012, in *comparazionedirittocivile.it*.

SCALISI, V.: "La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)", in AA.VV.: *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.

SCHILLACI, A.: "Oltre la 'rigida alternativa' tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale", *Foro it.*, I, 2018, p. 5.

SCIANCEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2, 2021, p. 445 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà, Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e dir. priv.*, 3, 2017, p. 952.

SPADAFORA, A.: "Procreare semper licet?", *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1098.

SPADAFORA, E.: "Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, *dirittifondamentali.it* (5 febbraio 2020), p. 368 ss.

SPINA, L.: "Nuove famiglie e circolazione dei nuovi status familiari: le risposte del diritto interno tra interesse del minore ed ordine pubblico", in AA.VV.: *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore* (a cura di G.O. CESARO, P. LOVATI e G. MASTRANGELO), Milano, 2014, p. 136.

STANZIONE, M.G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *comparazione dirittocivile.it*.

TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, 1, 1986, p. 497.

TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità", *Riv. dir. civ.*, 1, 1982, p. 501.

TULLIO, L.: "Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel 'protocollo n. 16' CEDU e tutela dei minori", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 960 e ss.

TYSON DARLING, M.J.: "New York State Creates New Governance of Commercial Gestational Surrogacy", *The New bioethics*, 2020, p. 328 ss.

UCCELLA, F.: "Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale", *Giur. it.*, 1999, p. 465.

VIJAY, M.: "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.

ZIL, C.: *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, p. 22, disponibile su econweb.ucsd.edu.

