

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

INES CORTI

Gravidanza per altri e reato “universale”:
quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
05 aprile 2024

Gravidanza per altri e reato “universale”: quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?

Sommario

1.Introduzione – 2. Dignità della donna, diritti del nato: divieto di surrogazione di maternità e ordine pubblico. La situazione attuale – 3. Introduzione del reato universale di surrogazione di maternità: quali effetti in merito allo *status filiationis* e all’attribuzione di genitorialità? – 4. E dunque tanto chiasso per nulla?

Abstract

L’articolo propone alcune riflessioni in merito alla modifica dell’art.12 della legge 19 febbraio 2004, n.40 volta a configurare un reato universale di surrogazione di maternità e sugli effetti civilistici di questo (ipotetico) cambiamento, in particolare in materia di attribuzione di genitorialità e *status filiationis*. Il lavoro si sofferma sui temi della dignità della donna e dei diritti dei nati, e sugli istituti del “riconoscimento” di figlio/a e dell’adozione in casi particolari, quali istituti idonei secondo le sezioni Unite della Corte di Cassazione a tutelare i diritti dei bimbi nati.

The article proposes some remarks on the amendment of Article 12 of Law 19 February 2004, n.40 aimed at configuring a universal crime of surrogacy of maternity and the civil effects of this (hypothetical) change, in particular with regard to the attribution of parenthood and status filiationis. The work focuses on the issues of the dignity of women and the rights of children born, and on the institutions of the "recognition" of children/s and adoption in particular cases, as suitable institutions according to the United Sections of the Court of Cassation to protect the rights of children.

1. Introduzione

Il 26 luglio 2023 la Camera ha approvato la modifica dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativo al reato di surrogazione di maternità che diviene perseguibile per il cittadino italiano anche se commesso all’estero, in paesi in cui tale esperienza è consentita e regolamentata ¹. È peraltro probabile

* Professoressa Associata di Istituzioni di diritto privato, Università di Macerata. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

¹ Vedi le proposte (C. 887-A), presentata il 15 febbraio 2023 e (C. 342-1026) rispettivamente presentate il 14 ottobre 2022 e 21 marzo 2023. La proposta di legge A.C. 887 adottata come testo base dalla Commissione giustizia è stata modificata in sede

(se il Senato non si renderà conto dell'obbrobrio giuridico compito e al contempo dell'inefficacia che anche questa misura porterà con sé) che il testo approvato diventerà a breve legge.

Riguardo a tale modalità procreativa già il legislatore del 2004 era stato particolarmente severo configurandola, senza neppure definirla nei contenuti, come reato. Il testo dell'art. 12, co. 2, stabilisce che è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con multa da 600.000 a 1.000.000 di euro chiunque in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza (la commercializzazione di gameti o di embrioni o) la surrogazione di maternità.

La nuova proposta non muta la norma nelle sue previsioni punitive ma la estende alle esperienze effettuate all'estero, manifestando la volontà di fermare quel ricorso a pratiche surrogatorie oltreconfine che la legge 40, caratterizzata da una molteplicità di divieti e proibizioni, ha alimentato². Ciò era avvenuto per la fecondazione eterologa, prima che la Corte ne dichiarasse l'illegittimità³, lo è tuttora per la surrogazione di maternità, esperienza sicuramente più complessa e discussa.

Il tentativo di porre un divieto internazionale alla gravidanza per altri non è nuovo e sul piano politico-culturale trova riferimento nella cosiddetta Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata, firmata a Parigi nel 2016, fortemente voluta anche da associazioni ed esponenti femminili e femministe.⁴

Il dibattito sulla surrogazione di maternità o meglio sulla gravidanza per altri⁵, per quanto mai

referente al fine di circoscrivere la punibilità al cittadino italiano che ricorre a tali pratiche all'estero.

- 2 Non condivide l'affermazione E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla Maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Nicolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli 2017, pp. 6 ss., ritenendo, tra l'altro, emblematica l'esperienza del Regno Unito (la cui legge vieta solo la *surrogacy on commercial bases*) che vede un sensibile aumento degli accordi di maternità surrogata commerciale, stipulati all'estero "nonostante la disciplina nazionale". Secondo l'Autrice «il c.d. turismo procreativo non può dirsi semplicemente il prodotto del divieto legislativo, essendo per lo più alimentato dai "vantaggi" che le coppie committenti ritengono di trarre dai servizi forniti all'estero».
- 3 Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno del 2014, n.162. Si tratta di una decisione certamente positiva sul fronte della dichiarazione di illegittimità del divieto di fecondazione eterologa. Tuttavia la Corte, pur riconoscendo che la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli art.2, 3, 31 costituzione, esclude qualsiasi connessione con la maternità surrogata.
- 4 Con tale iniziativa, ha affermato la filosofa S. Agacinski, si vuole impedire che «come la prostituzione, anche la pratica dell'utero in affitto trasformi le donne in prestatrici di un servizio sessuale o materno. Il corpo delle donne deve essere riconosciuto come un bene indisponibile per l'uso pubblico. La madre surrogata non è forse madre genetica ma è senza dubbio anche lei una madre biologica, tenuto conto degli scambi biologici che avvengono per nove mesi tra la madre e il feto. Il bambino in questo modo diventa un bene su ordinazione, dotato di un valore di mercato». Sul punto <https://27esimaora.corriere.it/articolo/maternita-surrogata-firmata-a-parigi-la-carta-per-labolizione-universale/>. Confronta le osservazioni critiche di G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. Nicolai - E. Olivito (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli 2017, pp.77 ss.
- 5 La terminologia utilizzata per nominare l'esperienza che vede una donna partorire un figlio non per sé ma per altri non è univoca: si parla di maternità surrogata, maternità su procura, di affitto d'utero, di gestazione per altri, di maternità per o di sostituzione. Queste definizioni, spesso utilizzate indifferentemente, sottendono concetti e valori diversi. Non sono neutre. Nei miei lavori precedenti ho utilizzato quella di maternità per sostituzione, ricorrendo a volte a quella di maternità surrogata, quale termine globalmente riconosciuto. Sul punto mi permetto di rinviare a I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano 2000. Merita tuttavia considerazione l'obiezione sollevata da B. Pezzini, *Questioni LGBTI come nuove frontiere del diritto e della politica*, in I. Corti- N. Mattucci (a cura di) *Le Nuove frontiere del diritto e della Politica. Studi e questio-*

sopito dalle prime decisioni in materia⁶, assume oggi, proprio in seguito alle dimensioni raggiunte e alle logiche spesso mercantili che la caratterizzano, toni duri, divisivi che conducono a un ripensamento della normativa esistente. Da una parte c'è chi vorrebbe regolamentare il fenomeno rendendolo legittimo seppur a certe condizioni⁷, dall'altro, come espresso nel testo votato alla Camera, chi ritiene necessario rafforzare la dimensione proibitiva invocando una maggior "difesa" dei nati e della dignità delle madri gestanti.

In tale contesto, tralasciando le questioni di tipo penalistico (affrontate dai colleghi del settore in questo *focus*), appare utile riflettere sugli effetti di tipo civilistico conseguenti alla possibile configurazione del reato universale di surrogazione di maternità. In particolare sulle conseguenze in materia di acquisizione dello *status filiationis* e di attribuzione della genitorialità in caso di eventuale violazione della norma, verificando se le questioni già particolarmente critiche e in parte irrisolte emerse dalla legge in vigore rimangano le medesime o divengano peggiorative quanto ai diritti delle persone coinvolte.

Ancora una volta il legislatore, permeato da intento punitivo e indifferente a quanto dottrina e giurisprudenza nel tempo hanno evidenziato rispetto alla disposizione normativa dell'art.12, comma 6⁸, non preoccupandosi in alcun modo di regolamentare situazioni fondamentali inerenti a *status* e rapporti parentali, presenta un testo scarno, lasciando di nuovo all'interprete il compito di dipanare questioni intricate che mettono in campo diritti fondamentali che riguardano la sfera più intima della vita delle persone.

Indubbiamente la maternità surrogata è una modalità procreativa dirompente, fonte di forte tensione sociale. In primo luogo travolge quella certezza fondamentale per ogni essere umano che è rappresentata dalla identità della madre. Una certezza che appare vacillare davanti alla suddivisione dei ruoli genetici, gestazionali, sociali che si impongono su quel principio tradizionalmente riconosciuto "*mater semper certa est*". La condivisione del progetto procreativo tra più donne, scardinando quell'idea di maternità riferita esclusivamente alla donna che partorisce, pone la questione di chi debba considerarsi madre, non solo nel caso in cui la sostituta al momento del parto cambi idea ma anche nell'ipotesi in cui il bambino venga affidato, senza ripensamenti, ai genitori intenzionali.

Ancor più devastante sembra ritenersi l'esperienza di genitorialità della coppia omosessuale maschile che ricorre ad essa⁹: oltre alla critica relativa alla mancanza della doppia figura genitoriale ma-

ni LGBTI, Aracne, Canterano (RM), 2019, pp. 21 ss., secondo cui la definizione maternità per sostituzione appare limitata a rappresentare il contesto relazionale tra due donne, una delle quali si presta ad una gravidanza per un'altra e per questo inadatta a comprendere l'ipotesi di una gravidanza per altri in favore di una coppia omosessuale maschile. Diversamente l'espressione "gravidanza per altri, mette al centro la gravidanza come esperienza femminile insostituibile rendendo esplicita, al contempo, la sua qualificazione rivolta ad un progetto genitoriale altrui. Sul tema anche A. Schillaci, *La gestazione per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.1, 2022, p.50.

6 Il ricorso a sostitute straniere avveniva anche prima della legge 40: alcuni casi sottoposti alle Corti riguardavano infatti surrogazioni avvenute all'estero, e "recepte" nell'ordinamento attraverso le forme dell'adozione in casi particolari. Nello specifico, trattandosi di coppie sposate eterosessuali, con ricorso all'art. 44, comma 1, lett. b, l.184/1983.

7 Cfr. le diverse proposte di legge elaborate negli ultimi anni. Tra queste la n. 3016, presentata il 16 aprile 2021 "Disciplina della gravidanza solidale e altruistica" ad iniziativa dei deputati Termini e altri.

8 Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 8 novembre 2022, n.1842. I giudici evidenziano difficoltà interpretative in merito al riconoscimento dello stato di figlio in quanto, tra l'altro, "alla surrogazione di maternità come reato non si accompagna alcuna espressa disposizione normativa sullo *status* del minore comunque nato da detta pratica (in Italia o all'estero)". La legge, sottolinea la Corte, "non regola le sorti del nato malgrado il divieto".

9 Sottolinea M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in www.giudicedonna.it, il tema del ricorso alla gestazione per altri da parte di omosessuali è sollevato nonostante esso rap-

dre/padre e al conseguente scardinamento della struttura familiare tradizionale che ancora persiste emerge quella inerente alla traslazione del potere procreativo femminile.

Le obiezioni alla gravidanza per altri sono molte anche se la complessità del fenomeno fa sì che le questioni non si presentino nella realtà in modo così netto come spesso si ipotizza¹⁰. Al proposito appare utile soffermarsi su quelle richiamate dalla giurisprudenza più recente, quali la lesione della dignità della donna e la violazione di diritti ed interessi dei nati, ai fini di delineare quei confini entro i quali si configurano la conformità o il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, valutazione necessaria ai fini dell'ingresso di quelle esperienze e dei loro effetti nell'ordinamento italiano.

2. Dignità della donna, diritti del nato: divieto di surrogazione di maternità e ordine pubblico. La situazione attuale

È indubbia nel nostro paese a livello istituzionale la forte avversione alla maternità surrogata che si manifesta non solo nella configurazione di reato posta dal legislatore ma anche nelle decisioni assunte dalla più recente giurisprudenza, chiamata, nel silenzio normativo, a risolvere questioni inerenti allo status *filiationis* delle bimbe e dei bimbi nati oltreconfine e all'attribuzione della genitorialità a madri o padri intenzionali.

Dopo una prima apertura da parte dei tribunali di merito, Corte costituzionale e Corte di cassazione (Sezioni unite) non hanno dubbi nell'affermare che la maternità surrogata "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"¹¹ e che il divieto sancito dall'art.12, comma 6 della legge n. 40 "integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione"¹²

Quella della lesione della dignità della donna rappresenta certamente una delle più forti obiezioni alla maternità surrogata come del resto emerge già dalle prime riflessioni in materia¹³.

È peraltro obiezione condivisa anche a livello sovranazionale. Il Parlamento europeo nella Risoluzione del 2015 sulla *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla*

presenti meno del 5% dei ricorrenti. Secondo l'A. il fatto che il dibattito sulla GPA si sia acceso, dopo dodici anni dall'entrata in vigore della legge, in concomitanza con la discussione della legge istitutiva dell'unione civile tra persone dello stesso sesso (legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) sembrerebbe verosimilmente nascondere «una malcelata avversione dinnanzi all'emergere di una rinnovata idea di paternità e di nuove forme familiari». Per quanto riguarda la scelta procreativa di una coppia femminile, siamo, invece, al di fuori dell'ipotesi di maternità surrogata in quanto la gestante (che in genere riceve l'embrione formato da gameti della compagna e di un terzo donatore) sarà lei stessa madre insieme alla compagna, dando luogo ad una esperienza di doppia maternità. Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 21 gennaio 2016, n. 19599.

10 Le obiezioni alla maternità surrogata erano già evidenziati nei primi rapporti governativi e in particolare nel *Wornock Report* (rapporto governativo elaborato dalla *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, presieduta da Mary Warnock), Londra 1984, ancora oggi documento rilevante per le questioni relative alla maternità surrogata e più in generale alla procreazione assistita.

11 Corte costituzionale sentenze del 18 dicembre 2017, n. 272, del 9 marzo 2021, n.33, del 23 febbraio 2022, n.79.

12 Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193.

13 Sugli aspetti relativi alla dignità e allo sfruttamento delle donne nella maternità surrogata *Wornock Report*, cit, *supra* nota n.10.

politica dell'Unione europea in materia ha esplicitamente condannato la pratica della surrogazione in quanto «compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce» e denunciato «lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo». Una pratica che deve essere «proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»¹⁴.

Una posizione, quella del Parlamento europeo, espressa sin dalla prima risoluzione del 1989 che affermava come «ogni forma di maternità su commissione sia in generale da respingere»¹⁵. Invero, nell'ultima risoluzione in argomento la contrarietà sembrerebbe indirizzata solo verso maternità surrogate a pagamento.

Secondo alcuni, infatti le criticità riguarderebbero solo le surrogazioni con finalità lucrative comportando una totale mercificazione del corpo della donna e uno sfruttamento delle stesse. A contrario, tuttavia, vi è chi ritiene che anche la relazione di tipo non commerciale possa comportare forme di sfruttamento, per esempio psicologico o affettivo.

Il tema non è banale e ha visto confrontarsi opinioni opposte e diversificate. Se non può negarsi, come da molti sottolineato, che perlopiù le donne surrogate rivestano condizioni sociali ed economiche inferiori a quelle dei genitori intenzionali e che spesso il ricorso è a donne povere, di paesi poveri, allo stesso tempo non possono nascondersi esempi di madri gestazionali economicamente non bisognose¹⁶ e, per quanto da molti negate, forme di maternità solidali e altruistiche.

Il mondo non è bianco o nero e vi è anche chi, rispetto al divieto di surrogazione a tutela della dignità delle donne povere, pone la questione se sia effettivamente più dignitoso e eticamente più accettabile la scelta di impedire a tali donne di emanciparsi economicamente tramite la messa a disposizione del proprio corpo per un progetto genitoriale altrui. In tal senso, vi è chi sostiene che, la lesione della dignità della donna dovrebbe essere provata e non presunta o supposta¹⁷ e che a monte occorrerebbe far luce sul contenuto stesso del concetto data "l'indeterminatezza della nozione di dignità umana"¹⁸.

-
- 14 Parlamento europeo, *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, (2015/2229(INI)), approvata il 17 dicembre 2015, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-81>.
- 15 Parlamento europeo, *Risoluzione sulla fecondazione artificiale in vivo e in vitro*, del 16 marzo 1989 (doc. A 2-372/88), in *Politica del diritto*, 1989, p. 445.
- 16 Così S. Marchi, *Mio, Tuo, Suo, Loro. Donne che partoriscono per altri*, Isola dei Liri, Frosinone, 2017.
- 17 D. Neri, *Sull'uso del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2017, p.87, ritiene come non sia sufficiente affermare che un fatto, un'azione siano contrari alla dignità umana ma occorre provarlo con "ragioni e argomenti indipendenti". Per un approfondimento sul dibattito in tema di dignità della madre surrogata mi permetto di rinviare a I. Corti, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Focus: Verità della nascita e GPA*, in *Genius*, n. 2, 2017 e alla bibliografia ivi contenuta. In giurisprudenza vedi Corte Cassazione, I sez., ordinanza interlocutoria, del 18 ottobre 2021, secondo cui la donna che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare madre del bambino/a che partorirà sarebbe in una condizione che potrebbe essere considerata non lesiva della sua dignità quando alla base vi sia una scelta libera e consapevole, indipendentemente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita.
- 18 Al proposito vedi le riflessioni di M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Politica del diritto*, 2023, p. 365 ss, in merito al concetto di dignità, in particolare "a quale dignità ci si appella quando la si chiama in causa a fondamento del divieto di GPA". Sottolinea l'A. come "nella nostra Costituzione la dignità è declinata in senso sociale a partire dal richiamo alla 'pari dignità sociale' di cui all'art.3, 1° co. Si tratta dunque di una nozione che trova concretizzazione nel principio di uguaglianza, di un sintagma che evoca la materialità dei rapporti sociali e non può eludere la considerazione dei bisogni e delle condizioni materiali di vita dei 'cittadini' per riflettere l'immagine, astratta, di un' essenza umana

Peraltro, l'esperienza che vede una donna partorire un figlio non per sé ma per altra o altre persone, non si traduce in un'unica modalità ma può realizzarsi attraverso relazioni diverse, sicuramente non influenti sul piano della percezione sociale e che meriterebbero maggiore attenzione a livello giuridico, proprio in relazione al concetto di dignità della madre gestante che come si è visto presenta molte sfaccettature, riflettendosi sulla determinazione della conformità o meno all'ordine pubblico internazionale.

La giurisprudenza ha operato tentativi in questo senso provando, per esempio, a tratteggiare la distinzione tra dimensione patrimoniale (e/o di mediazione commerciale) e solidaristica¹⁹.

Degna di nota è l'ordinanza della Corte d'appello di Milano che qualche anno fa ha ritenuto non contrastante con i principi dell'ordinamento quelle forme di surrogazioni non riconducibili alla logica dello scambio mercantile. Forme accettabili qualora, secondo giudici, garantiscano anche il diritto della madre gestante al ripensamento "non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere o non essere madre"²⁰

Allo stesso modo nel richiamare la legge canadese che legittima la sola maternità surrogata altrui-stica la prima sezione della Corte di cassazione, sottolinea come tale fattispecie vada "distinta da quelle ipotesi in cui invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale. Situazioni quest'ultime che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi, alle quali invece - seguendo la linea interpretativa che ricostruisce in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico - si è costretti ad accordare il medesimo trattamento"²¹.

Invero, le ultime decisioni della Suprema Corte interrompono la via di possibili distinzioni: l'interpretazione "blindata" della norma dell'art. 12, comma 6 della legge 40 posta a tutela della gestante e della sua dignità, ritenuta in ogni ipotesi violata, esclude ogni altra possibilità interpretativa²².

intangibile, sganciata dalla materialità delle esistenze. Il richiamo alla vita dignitosa contenuto nell'art.36 Cost. a proposito di retribuzione del lavoratore salariato è ulteriormente indicativo in questo senso. Sicché quando si lamenta la lesione della dignità femminile che si suppone prodotta *in re ipsa* dalla GPA, così come fanno da ultimo le Sezioni Unite civili, sulla scorta peraltro di un obiter della Corte costituzionale, si guarda a quell'astrazione e non alla concretezza dell'esistenza, trascurando le chance di *empowering* che l'accesso alle GPA può offrire per un'aspirante madre portante in termini di mobilità sociale, di miglioramento delle proprie condizioni di vita". Si tratta dunque di una nozione che " non può dirsi interamente eterodeterminata ma al contrario si definisce nel contesto dell'uguaglianza sostanziale attraverso l'auto-percezione dei propri bisogni, in stretta connessione con la condizione sociale della persona della cui dignità si parla. Tanto, tuttavia, sarebbe posto nel nulla da una lettura della pari dignità sociale che del soggetto svalutasse appunto l'auto-percezione, la libertà di apprezzamento, mettendo fra parentesi la rilevanza della sua determinazione, addirittura del suo consenso, ogniquale le sue scelte si discostino dal modello maggioritario che si vuole delineato nel programma dell'art.3 della cost." e dunque "l'opacità del bilanciamento autodeterminazione/dignità, l'indeterminatezza della nozione stessa di dignità, l' 'inesauribile varietà dei registri' che la caratterizza, fanno sì che l'approdo delle Sezioni unite non sia affatto obbligato. Al contrario decisamente opinabile".

19 Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio, 2000, in *Famiglia e diritto*. 2000, p.151 s. Il caso, avvenuto prima della legge 40, riguardava la richiesta di autorizzazione all'impianto di un embrione nel corpo di una madre sostituta, vietato ai medici dall'allora codice deontologico. Secondo la giudice, che accolse la richiesta, in merito al profilo della lesione della dignità della madre sostituta "tale affermazione deve essere messa in dubbio quando il consenso all'utilizzazione dell'utero sia determinato, come nella vicenda che si esamina, da ragioni di solidarietà e concesso per spirito di liberalità".

20 Corte d'Appello di Milano, ordinanza del 25 novembre 2015 di rinvio alla Corte costituzionale relativa alla presunta incostituzionalità della disciplina in materia di riconoscimento dello *status filiationis*. In merito alla decisione vedi G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, *Corriere giuridico*. n. 4, 2018, pp.449 ss.

21 Corte di cassazione, I sez.civ., ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale del 29 aprile 2020, n.8325.

22 A partire dalla sentenza delle sezioni unite n. 12193 del 8 maggio 2019, la Corte di cassazione ha ritenuto che il divieto di

In tale ottica viene respinto l'ulteriore tentativo volto a escludere la violazione della dignità della gestante qualora la prestazione sia frutto di scelta libera e consapevole della donna, indipendentemente da contropartite economiche, e sia revocabile sino alla nascita del bambino/a²³. Con ciò negando scelte autonome della donna circa l'utilizzo del proprio corpo e di conseguenza una piena realizzazione della propria personalità (art.2 cost.)²⁴.

Affermano le Sezioni Unite come l'art. 12, comma 6, che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti compresi i genitori intenzionali, sia norma di ordine pubblico internazionale, costituendo "indice univoco della rilevanza del divieto, quale limite di ordine pubblico, la natura penale della sanzione posta dalla disposizione di legge a presidio del valore fondamentale della dignità della persona umana"²⁵.

La questione giuridica non si esaurisce tuttavia nella sola affermazione della lesione della dignità della donna ma contempla la tutela dei diritti e degli interessi delle bimbe e dei bimbi nati. Tutela che attualmente trova, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità, riconoscimento e affermazione, per quanto concerne la genitorialità intenzionale, nell'esistente istituto dell'adozione in casi particolari.

Ritengono le Sezioni Unite configurabile un diritto fondamentale del minore "alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa"²⁶ e come l'ordinamento italiano, attraverso l'adozione in casi particolari, assicura tutela all'interesse del minore al suo riconoscimento giuridico, (sia pure) *ex post* e in esito ad una concreta verifica da parte del giudice del suo rapporto con il genitore d'intenzione. Interpretazione che conduce la Corte di cassazione a riconoscere legittimità al diniego di trascrizione dell'atto di nascita, essendo i bimbi comunque tutelati.

Uno strumento quello adottivo ritenuto però non soddisfacente dalla stessa Corte costituzionale²⁷ che se da un lato ha più volte sollecitato, in merito alla definizione dei rapporti di filiazione, l'intervento risolutivo del legislatore, riconoscendone il ruolo primario, dall'altro, nel silenzio parlamentare, ha tentato di superare le criticità dell'istituto allargandone le maglie.

L'istituto adottivo, così come disciplinato dall'art. 44 della legge 184, ha evidenziato infatti limiti sostanziali riguardo lo *status filiationis*, quali il mancato riconoscimento giuridico di legami familiari tra minore e parenti dell'adottante, la necessità dell'assenso del genitore biologico, l'autonomia del genitore "altro" di presentare ricorso.

Con sentenza n.79 del 2022 la Corte costituzionale interviene riconoscendo, coerentemente con il principio di unicità dello *status filiationis* introdotto dalla riforma del 2012/13²⁸, il legame giuridico

maternità surrogata di cui alla legge 40 integra un principio di ordine pubblico, proprio in quanto "posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione.

²³ Corte cassazione, I sez. civ., ordinanza interlocutoria del 18 ottobre 2021, n.1842

²⁴ Interessanti le osservazioni di M. De Masi, *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in *BioLaw Journal Rivista di Bio-Diritto*, n. 3/2023, p. 148, secondo cui la scelta normativa fondata sul divieto della gpa "da vita ad una schizofrenia fra l'autodeterminazione sulle scelte procreative e l'autonomia privata quale strumento principale del diritto privato: i due ambiti sembrano dover restare a priori, completamente separati".

²⁵ Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162

²⁶ *Idem*

²⁷ Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo, 2021, n. 33.

²⁸ Legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali) e d.lgs n.154 del 2013 (Modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi).

tra adottato e parenti dell'adottante. Secondo la Corte infatti "anche l'adozione del minore in casi particolari produce effetti pieni e fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante"²⁹.

A sua volta, e successivamente alla su indicata decisione, la Corte di cassazione ha offerto una interpretazione idonea a superare un'altra dimensione limitativa dell'istituto adottivo, relativa alla necessità dell'assenso del genitore biologico ai fini del perfezionamento della procedura (art.46 della legge n.184). Assenso che potrebbe mancare nel caso, ad esempio, di crisi successiva della coppia. Ritengono invero le Sezioni Unite che il limite in questione sia già superato dalla giurisprudenza in virtù del principio del preminente interesse del minore ad essere adottato per cui " il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore"³⁰.

Rimane invece irrisolta l'ulteriore criticità in merito alla possibilità (per quanto improbabile) che il genitore intenzionale, solo legittimato ad assumere l'iniziativa, non presenti il ricorso.

Ancora, è necessario accelerare la procedura adottiva, non certo veloce, che non facilita relazioni e rapporti. La stessa Corte EDU pur riconoscendo un margine di discrezionalità degli Stati in merito alla legittimità della maternità surrogata ha ritenuto necessario offrire una piena tutela ai nati, tutela da definirsi in vario modo purché in grado di costituire un legame di vera e propria filiazione tra adottante e adottato e a condizione che le modalità previste garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione, conformemente all'interesse del minore³¹.

L'adozione in casi particolari, "prestata" alla maternità surrogata nelle ipotesi di cui all'art. 44, lett. b e lett. d, strumento pensato per superare lacune della normativa sulle adozioni, appare dunque soluzione debole nei confronti dei nati da gravidanza per altri.

L'esperienza giurisprudenziale di questi anni mostra da un lato l'inefficacia del divieto penale che non ha arginato il ricorso alla gravidanza per altri e dall'altro la difficoltà del percorso adottivo che offende la dignità dei nati, la loro identità, i loro diritti.

Diritti ulteriormente messi in discussione da una circolare del Ministero degli Interni, la n. 3 del gennaio 2023, che in linea con l'ultima sentenza delle Sezioni Unite³², si rivolge agli Ufficiali di stato civile, al fine di impedire eventuali riconoscimenti di figli nati da gpa, nonostante i certificati di nascita rilasciati dalle istituzioni straniere competenti³³. A tale provvedimento fa seguito la nota del prefetto di Milano volta a sollecitare la sospensione della trascrizione degli atti di nascita dei figli di coppie dello stesso sesso, a prescindere dalla tecnica procreativa impiegata. Tale atto congiuntamente a successivi interventi di alcune

Procure della Repubblica, testimoniano profonda avversione non solo verso la gravidanza per al-

29 Corte costituzionale, sentenza n. 79 del 7 marzo 2023. La Corte, in un caso di maternità surrogata di una coppia omosessuale maschile unita civilmente, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n.184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio dell'art.300, secondo comma, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. In merito alla sentenza vedi le riflessioni di M.C. Venuti, *Adozioni in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, n.4, 2022, pp. 567 ss.

30 Cassazione, sez. civ., ordinanza n.1842 del 18 novembre 2022, par.11.

31 Corte europea dei diritti dell'uomo, primo parere consultivo fornito dalla Corte, in seguito alla richiesta della Corte di Cassazione francese, come previsto dal Protocollo n.16 (richiesta n. P16-2018-001).

32 Corte di cassazione, sez. un., sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162.

33 Approfondisce la sequenza dei vari atti M. Di Masi, *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n.3, 2023, p. 144 ss. La circolare è reperibile al link: <https://dait.interno.gov.it/servizi-demografici/circolari/circolare-dait-n3-del-19-gennaio-2023>.

tri ma in particolar modo nei confronti della omogenitorialità³⁴.

In questo clima la commissione Politiche europee del Senato ha respinto la proposta di regolamento europeo³⁵ finalizzata alla definizione di un certificato europeo di filiazione volto a dare stabilità e certezza giuridica *allo status filiationis* al di là del modello familiare, al fine di garantire la libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea. La commissione del Senato ritiene "condizione essenziale che la proposta preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione"³⁶.

3. Introduzione del reato universale di surrogazione di maternità: quali effetti in merito allo *status filiationis* e all'attribuzione di genitorialità?

Come osservato, le questioni giuridiche che emergono in merito all'acquisizione dello *status filiationis* e all'attribuzione di genitorialità nell'esperienza surrogatoria chiamano in causa una complessità di norme, quelle relative alla trascrizione di atti e sentenze straniere, quelle generali in materia di filiazione e quelle specifiche previste nella legge 40, non senza incertezze e perplessità.

Esclusa dalle Sezioni unite la possibilità di trascrizione dell'atto di nascita straniero per contrarietà all'ordine pubblico, la via indicata dalla stessa giurisprudenza rimanda alla dimensione del riconoscimento da parte del genitore biologico e all'adozione in casi particolari per il genitore intenzionale. Non vengono invece colti, come si vedrà, spazi interpretativi insiti nella stessa legge 40, che pur delinea, forme di genitorialità meramente intenzionali.

La ipotetica "nuova" dimensione extraterritoriale del reato, volta a reprimere il cosiddetto turismo procreativo soprattutto a tutela della dignità delle donne, non può che consolidare quel disvalore verso la pratica già insito nella legge in vigore e rafforzare sul piano della contrarietà all'ordine pubblico internazionale quell'interpretazione di chiusura della Suprema corte in merito alle richieste di trascrizione di atti e sentenze straniere attestanti le nascite di bimbe e bimbi e le relazioni con i loro genitori. Una strada, quella della trascrizione, che diventerebbe, di conseguenza, ancor meno percorribile.

Sul fronte invece delle attuali indicazioni delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in merito ai nati e ai loro diritti, tutelati attraverso il riconoscimento del genitore biologico e l'adozione in casi particolari del genitore intenzionale si pone la questione se l'eventuale approvazione del reato universale possa determinare ostacoli o impedimenti in tal senso. Se la (eventuale) modifica della fattispecie produca effetti diversi e/o ulteriori rispetto alla precedente formulazione, se al divieto universale di ricorrere a madri gestazionali in paesi stranieri consegua una maggiore criticità per quanto riguarda lo *status filiationis* e l'attribuzione di maternità e paternità.

34 Così la procura di Padova ha impugnato con il procedimento di rettificazione di cui all'art.95 del d.p.r. n.396/2000 gli atti di nascita di 33 minori accolti in famiglie omosessuali femminili, registrati dal 2017 ad oggi. Sul punto M. Di Masi, *op. cit.*, p. 146.

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

36 Ne parla ampiamente M. Di Masi, *op. cit.*, p.149-150.

Certo è che ancora una volta si è persa l'occasione di intervenire per definire compiutamente la situazione giuridica dei nati da gravidanza per altri, come più volte richiesto dalla stessa Corte costituzionale.

In merito al riconoscimento *dello status filiationis* e all'attribuzione della genitorialità non sembra tuttavia che le situazioni, già oggi particolarmente problematiche, possano presentarsi diversamente.

La disciplina del riconoscimento dei figli (art. 250 c.c.), che è atto espressione di libertà della persona e al contempo di assunzione di responsabilità genitoriale, non pone limiti dettati da eventuali responsabilità penali dell'autore. Pertanto anche si volessero ritenere penalmente responsabili i genitori del reato di surrogazione, per come "appesantito" dalla nuova formulazione, ciò non inciderebbe sul diritto al riconoscimento del proprio figlio e/o della propria figlia, aprendo di conseguenza la strada all'adozione dell'altro genitore (intenzionale).

Alcune riflessioni tuttavia appaiono necessarie alla luce degli intrecci interpretativi tra norme codicistiche e legge n.40 che dottrina e giurisprudenza hanno da un lato messo in campo e dall'altro tentato di dipanare al fine di trovare (non sempre riuscendo) soluzioni meglio rispondenti all'affermazione dei diritti dei nati. Oggi infatti le norme del codice civile non possono che intendersi in parte superate dalle disposizioni della legge 40: una legge che per quanto estremamente limitativa e punitiva ha introdotto norme di responsabilità genitoriale e di riconoscimento dello *status filiationis* per i nati da procreazione assistita. Tuttavia sul fronte del riconoscimento di figlio/a (art.250 c.c.) nato/a da procreazione assistita si profilano già oggi alcune criticità.

Sul fronte della paternità: se la possibilità di riconoscimento nell'ipotesi di legame genetico con la figlia o il figlio non sembra porre alcun problema al genitore (sia nel caso di coppia eterosessuale che omosessuale), nell'ipotesi, invece, in cui il concepito sia legato geneticamente alla sola madre (non gestazionale), il padre intenzionale non potrebbe riconoscere il figlio a norma del codice civile, a meno di un falso riconoscimento.

Sul fronte della maternità la madre genetica ma non gestazionale sarebbe, a sua volta, stante l'interpretazione dominante dell'art. 269, terzo comma, c.c., impossibilitata ad effettuarlo. Tenuto conto che molte leggi straniere sulla gravidanza per altri ritengono necessario il legame genetico con almeno uno dei genitori, nell'ipotesi suddetta in cui il padre non fosse geneticamente legato al nato, ma lo fosse la madre, il bimbo o la bimba si ritroverebbero, nel nostro Paese, senza genitori non potendo contare certo sulla madre sostituita la cui intenzione non è quella di assumere la responsabilità genitoriale.

Vero è che, sempre alla luce del codice civile, un eventuale riconoscimento della madre genetica (comunque avvenuto), potrebbe ritenersi non impugnabile per difetto di veridicità alla luce del secondo comma dell'art. 269 c.c., secondo cui la prova (della paternità e) della maternità può essere data con ogni mezzo.

La norma di cui all'art 269, terzo comma, c.c., per quanto non toccata dalle riforme in materia di filiazione, rimanda alla dimensione di una procreazione "naturale", quale conseguenza di un rapporto sessuale tra padre e madre, che vede la coincidenza tra madre genetica e madre gestazionale e dunque non può che sollevare perplessità quanto al suo utilizzo in merito alla procreazione assistita.

Sui limiti codicistici s'impone quindi la legge n. 40 che offre maggiori spazi interpretativi (e non può che essere così) riguardo all'attribuzione di genitorialità e allo *status filiationis*, (soprattutto dopo la dichiarazione di illegittimità da parte della Corte costituzionale del divieto di fecondazione eterologa), attribuendo rilevanza non solo alla genitorialità genetica ma anche a quella intenzionale manifestata attraverso il consenso richiesto (art.6 legge n.40). L'intenzionalità di diventare genitori è tutelata indipendentemente dal legame genetico dall'artt. 8 e 9 della legge 40 sia riguardo alla paternità che alla maternità, rese possibili attraverso la donazione di gameti maschili e femminili. Si tratta di norme riguardanti lo *status filiationis* e dunque la tutela del nato, inserite dal legislatore nel testo originario nonostante il divieto successivamente censurato.

Dunque "già nell'impostazione originaria della legge 40 alla tanto declamata centralità

dell'elemento biologico corrispondeva, in caso di conflitto, la tutela del concreto interesse del minore ad essere riconosciuto figlio di chi lo aveva voluto, e non di chi non lo aveva voluto, e ciò, significativamente, proprio in caso di ricorso a tecniche non consentite³⁷.

Riguardo alla gravidanza per altri, la questione è dibattuta: occorre verificare se siano applicabili anche a tale esperienza le norme sulla genitorialità e sullo *status* del figlio previste da quegli stessi articoli o se, visto il divieto penale, si debba fare riferimento ad altro. Al proposito si ritiene che l'art. 8 sia divenuto "norma centrale del sistema", poiché afferma "l'irrilevanza del dato genetico e la centralità della volontà manifestata attraverso il consenso di cui all'articolo 6" e che, per lo stesso articolo, "i figli nati a mezzo di PMA sono figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche procreative anche in carenza di nesso biologico"³⁸. In tal senso l'art. 8 si applicherebbe anche alla fattispecie della gravidanza per altri, offrendo così ulteriori soluzioni alla tutela dei nati.

Interpretazione che tuttavia troverebbe un ostacolo nel secondo comma dell'art. 9 della stessa legge 40 che prevede che la madre del nato in seguito all'applicazione di tecniche di procreazione assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, come invece riconosciuto dalle norme generali dell'ordinamento³⁹ e dunque madre non può che essere la partoriente (seppur improbabile sul piano fattuale per una madre sostituta che partorisce in un paese straniero dove la surrogazione di maternità è disciplinata). Norma che si collega all'art.269, terzo comma, c.c. che non consente, secondo l'interpretazione dominante, l'attribuzione di maternità alla donna che non ha partorito (al di là del richiamato secondo comma dell'art. 269 c.c. qualora la madre intenzionale sia anche geneticamente legata al nato)⁴⁰.

Non è questa la sede per approfondire i diversi orientamenti ma è sembrato necessario sottolineare le difficoltà applicative in ragione della mancata regolamentazione della pratica quantomeno rispetto ai nati. Le questioni, assai complesse, non muteranno quindi con l'introduzione di una fattispecie di reato universale.

Sul fronte, invece, dell'adozione in casi particolari a cui le corti, negando legittimità alla trascrizione degli atti di nascita stranieri per contrarietà all'ordine pubblico, rimandano, la speranza è che nulla muti, essendo il giudizio di accoglimento del ricorso nella discrezionalità del giudice, per quanto basato sull'interesse del minore.

Nello specifico, non sembra potersi accogliere un'interpretazione che faccia discendere dalla responsabilità penale dei genitori il diniego alla adozione in capo al genitore intenzionale: l'istituto è infatti volto a realizzare l'interesse del minore alla definizione del proprio *status*, al riconoscimento della relazione genitoriale, alla continuità del rapporto instauratosi con la persona che lo ha desiderato.

Prospettiva, quella del diniego, che peraltro e fino ad ora la giurisprudenza non ha preso in considerazione. Pertanto, tenuto conto che, nella nuova configurazione, il contenuto del reato non muta e la gravità del fatto è in sostanza la medesima così come le relative sanzioni, non appaiono probabili interpretazioni difformi dalle attuali.

Per quanto il testo approvato conduca al superamento dell'attuale interpretazione della Cassazione penale che esclude che possano essere perseguiti i cittadini che realizzano la maternità surrogata all'estero⁴¹, sembrerebbe comunque irragionevole che un giudice possa valutare non conforme

37 M. Guttuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40*, in giudicedonna.it, p.27.

38 M. Guttuso, *cit.*

39 Cfr. I. Corti, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diritto da G.Ferrando, vol.III, *Filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 530-531.

40 Sul punto vedi le puntuali riflessioni di G. Ferrando, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in questa *Rivista*, 2017, n. 2, p.15 ss.

41 Corte di cassazione, sez. V, sentenza n. 13525 del 10 marzo 2016, in *Foro it.*, 2016, 5, 2, c. 286 ss.

all'interesse del minore l'adozione da parte di quel genitore (intenzionale) che lo ha desiderato partecipando al progetto procreativo che l'ha visto nascere e con il quale ha instaurato un rapporto affettivo. Decisione contraria contrasterebbe con quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale che individua l'interesse del minore nell' "ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia"⁴².

In verità, alla luce anche delle recenti circolari ministeriali e dei provvedimenti di alcune Procure della Repubblica sopra richiamati, non può nascondersi una certa preoccupazione per (non auspicabili) diverse valutazioni, anche se per questo non occorre scomodare il legislatore.

4. E dunque tanto chiasso per nulla?

La modifica della legge 40, votata alla Camera, ha un sapore marcatamente ideologico.

Non servirà a contrastare il fenomeno, così come non è servita la formulazione ancora in vigore. L'uso del diritto penale è non solo criticabile nell'ambito di quelle che sono le scelte di vita più intime della persona, come quella di desiderare un figlio e di formare una famiglia ma è anche inadeguato ed inefficace: "la vita non si sottomette al diritto, non si fa usare"⁴³ e dove è possibile si rivolge altrove.

Nel mondo globalizzato la possibilità di esercitare i propri diritti fuori confine rende problematiche le limitazioni all'autonomia e alle libertà delle persone. Il tema del turismo dei diritti è risalente come hanno dimostrato nel nostro Paese l'esperienza del divorzio e quella dell'interruzione di gravidanza. Ora riguarda quello della procreazione assistita (e dell'eutanasia).

Ancora una volta si profila un intervento normativo non solo insensibile alle scelte di vita delle persone ma manifestamente e consapevolmente inidoneo a frenare quel desiderio di maternità e paternità che può esprimersi anche attraverso dimensioni diverse, ugualmente degne di considerazione.

L'esperienza di questi anni mostra da un lato l'inefficacia del divieto che non ha arginato il ricorso alla gravidanza per altri in paesi stranieri e dall'altro la difficoltà del percorso per dare ai bimbi i loro genitori.

Il testo approvato nulla dice al proposito, svelando invece quella dimensione di "accentuato paternalismo che vorrebbe estendere l'applicazione della legge penale anche a condotte che in altri ordinamenti sono del tutto lecite"⁴⁴.

Ed è proprio il fatto che la legge propone l'extraterritorialità del reato nei confronti di pratiche svolte in paesi dove tale esperienza è lecita a far sorridere pensando, al di là dei profili penalistici, come potrà ottenersi, per esempio, una qualche forma di collaborazione da parte delle autorità straniere. Vero è che l'extraterritorialità del reato è presente nella legge contro le mutilazioni genitali femminili, così come nella legge contro la pedofilia. Ma al di là del fatto che le fattispecie appaiono assai distanti e che il ricorso alla gravidanza per altri è espressione di diritti fondamentali quali quello alla procreazione, al rispetto della vita privata e familiare, al diritto a fondare una famiglia, le altre fattispecie riguardano reati considerati tali anche in quei paesi dove il fatto si realizza.

Per quanto, come si è visto, le conseguenze sul piano civilistico non sembrino dirompenti la con-

42 Corte costituzionale sentenza n.33/2021, cit.

43 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p.48.

44 M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1624949911_pelissero-2021a-maternita-surrogata-legge-italiana-ac-3599-e-306-carfagna-meloni.pdf. L'A. riflette su proposte di legge precedenti, tuttavia la sua osservazione è pertinente anche al testo approvato dalla Camera dei deputati.

figurazione di un reato universale può incidere a livello culturale e influenzare eventuali decisioni.

Si palesa invece la necessità di introdurre una regolamentazione della pratica che equilibri i diritti delle persone coinvolte eliminandone le criticità. Un diritto flessibile e leggero che non assuma un solo punto di vista ma faccia propri principi fondamentali quali affermati nella costituzione e nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una regolamentazione che accolga, coerentemente con il divieto di trarre profitto dall'utilizzo di parti del corpo umano, la gravidanza per altri per spirito di solidarietà (che eliminerebbe le logiche commerciali), che riconosca alla madre sostituta il diritto al ripensamento nonché, se lo desidera, la possibilità di mantenere contatti futuri con il nato.

Ma soprattutto che garantisca libertà e autonomia della madre gestazionale nella scelta procreativa, al fine di tutelare la sua dignità.