

# GenIUS

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

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

**Comitato di redazione**

Angioletta Sperti (Capo redattore – Università di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Francesca Rescigno, Iaria Rivera, Angioletta Sperti

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Civile:* Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Chiara Gallese, Giacomo Giorgini Pignatiello, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci

*Diritto del Lavoro:* Laura Tomasi

*Filosofia del diritto e sociologia giuridica:* Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Gianfrancesco Zanetti

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Valentina Bonini, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Mariavaleria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Simona Feci, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Ciro Grandi, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Silvia Izzo, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Salvatore Patti, Irene Pellizzone, Luca Penasa, Mario Perini, Tamar Pitch, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotta, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Elettra Stradella, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

**Rivista scientifica di fascia A** (Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: Persone, vulnerabilità, intersezionalità

*atti del convegno annuale di GenIUS; Brescia, 2023. A cura di Giacomo Viggiani*

- 6 *Stefano Ciccone*: Bastare a sé stessi: l'insostenibile finzione del modello di maschilità egemonico
- 17 *Francesca Di Muzio*: La tutela processuale delle vittime "vulnerabili"
- 35 *Elena Pariotti*: Vulnerabilità, approccio intersezionale e linguaggio dei diritti
- 43 *Francesco Romeo*: 'Invulnerabile', tra mito storiografico e desiderio tecnologico: una proposta intersezionale
- 51 *Silvia Vida*: Nudge e vulnerabilità

## Focus: La gestazione per altri. Profili interdisciplinari alla ricerca di un complesso equilibrio tra istanze individuali e necessità di tutela

*a cura di Marco Pelissero*

- 65 *Ines Corti*: Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?
- 75 *Carmelo Danisi*: Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea
- 95 *Fabrizio Filice*: La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative
- 100 *Vincenzo Tigano*: La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani
- 159 *Antonio Vallini*: La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale

## Interventi

188 *Giulia Barbato*: Genitorialità intenzionale e *status filiationis*

214 *Giorgia Beninati*: Vittimizzazione secondaria: proliferazione di un fenomeno contrario ai diritti umani

## Commenti

228 *Radzhana Buyantueva*: Queer visibility and conservative political turn in Russia

240 *Cristina Luzzi*: Sui “venuti al mondo” grazie alla surrogazione di maternità, la Corte Edu supporta le Sezioni unite, ma delude (comprensibilmente) qualche aspettativa. Osservazioni a partire dalla sentenza *C. c. Italia*.

252 *Carla Maria Reale*: “*Only the beginning*”? L’impatto della sentenza della Corte Edu *Semenya v. Switzerland* sui diritti umani in prospettiva di genere nella governance sportiva.

## Diritti e dintorni

267 *Barbara Pezzini*: Pensieri e nodi sul filo della lettura di *Dare la vita* di Michela Murgia

---

*Focus*

*Persone, vulnerabilità, intersezionalità*

*Atti del convegno annuale di GenIUS  
Brescia, 2023*

Stefano Ciccone\*

## Bastare a sé stessi: l'insostenibile finzione del modello di maschilità egemonico

### Sommario

1. Introduzione – 2. Le vulnerabilità prodotte dalle relazioni di potere – 3. La vulnerabilità rimossa – 4. L'astrazione del cittadino disincarnato e autofondato – 5. Libertà come rimozione della relazione – 6. La vulnerabilità come dato costitutivo dell'esperienza umana – 7. La "crisi maschile" come rappresentazione paranoica – 8. Un altro modello di soggettività, una differente idea di libertà.

### Abstract

La vulnerabilità è spesso frutto di relazioni di potere che determinano le condizioni di cittadinanza e di autonomia. C'è anche, però una vulnerabilità che è parte irriducibile dell'esperienza umana e che attiene alla sua dimensione relazionale. Una dimensione che il modello di soggettività fondato sul modello maschile ha rimosso. Riconoscere la radice relazionale della soggettività ci permette di pensare la vulnerabilità non come minaccia o perdita ma come apertura all'alterità e alla interdipendenza.

*Vulnerability is often the result of power relations that determine the conditions of citizenship and autonomy. There is also, however, a vulnerability which is an irreducible part of the human experience and which pertains to its relational dimension. A dimension that the model of subjectivity based on the masculine model has removed. Recognizing the relational root of subjectivity allows us to think of vulnerability not as a threat or loss but as an openness to otherness and interdependence.*

### 1. Introduzione

Affronto il tema della vulnerabilità da un punto di vista parziale o, meglio, dal punto di vista di una parzialità: quella di un maschio, bianco, eterosessuale, occidentale, sano, con un lavoro stabile. Parlo, dunque, da quella zona che non è oggetto di processi di "produzione della vulnerabilità", ma anche misurandomi con un modello maschile che ha rimosso la vulnerabilità e il carattere costitutivamente relazionale dell'esperienza umana.

Vivere vuol dire essere in relazione e ogni relazione ci espone. L'essere umano nasce inerme, vulnerabile e impotente, necessita di lunghe cure e resta dipendente per molto tempo. Questa condizione di nascita precoce, definita neotenia e peculiare della nostra specie, rende necessarie delle cure molto

\* Ricercatore indipendente, Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Relazione al Convegno "Persone, vulnerabilità, intersezionalità" ospitato dall'Università degli Studi di Brescia in data 19.05.2023. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

prolungate e concorre a permetterci un apprendimento e lo sviluppo di un linguaggio più articolato<sup>1</sup>. Alla fine della vita torniamo in una condizione di debolezza, fragilità e dipendenza dalle cure altrui. La vita adulta, tra queste due parentesi, parrebbe inseguire l'autonomia, la conquista di una capacità prestazionale che ci rende soggetti attivi. Se all'inizio della vita e alla sua fine siamo stati e saremo in balia dell'altro (o meglio dell'altra dato che la cura resta femminile), nel pieno della nostra vita siamo soggetti attivi, padroni del nostro futuro, capaci di trasformare la realtà che ci circonda. Il potere e la violenza maschili possono essere lette, come propone Lea Melandri, come espressione di un'angoscia maschile per la condizione di dipendenza dal corpo e dalle cure femminili percepite come potere su di sé, da cui fuggire<sup>2</sup>.

Ci pensiamo come individui autonomi<sup>3</sup>, cioè l'unità originale non divisibile, capaci di governarci da soli darci da soli la nostra legge. Un modello che appare un'astrazione: la nostra vita è strettamente dipendente dall'essere inseriti in un sistema di relazioni sociali, di attività collettive che garantiscono la nostra vita, e la nostra esperienza umana sarebbe ben misera senza una cultura prodotta e trasmessa da altri, senza la possibilità di vivere relazioni. E le nostre scelte, le nostre convinzioni sono solo apparentemente frutto di una scelta pienamente razionale, autonoma e scissa da relazioni di solidarietà, soggezione, condivisione, interesse, competizione. In questa costruzione rimuoviamo la vulnerabilità come minaccia alla soggettività.

## 2. Le vulnerabilità prodotte dalle relazioni di potere

C'è una vulnerabilità effetto di produzioni sociali che rende alcune vite meno degne, vite rese clandestine o stigmatizzate e dunque esposte alla violenza e alla marginalizzazione e alla reclusione. Producendo confini, queste mutano nel tempo e nello spazio: puoi essere un ingegnere rispettato e benestante a Damasco e diventare un marginale alla stazione Termini di Roma o diventare preda delle "trappole" per "migranti clandestini" disseminate nei boschi alla frontiera tra Balcani e Italia. Incontrare la polizia di confine in quei boschi ti espone a una vulnerabilità senza regole e limiti: puoi essere picchiata, derubato, uccisa, senza che nessuno debba rendere conto del proprio operato. E lo stesso accadrà al confine tra Tunisia e Libia, o nel tragitto che attraversa il deserto o il mediterraneo. Sei in balia di gruppi militari armati e questo non ha a che fare con la tua condizione di partenza ma con un sistema che produce la tua vulnerabilità.

Il tipico esempio è il reato di "immigrazione clandestina": non è un atto a essere fuori legge, ma una condizione. Superando un confine non puoi essere solo respinto, ma diventi colpevole di un reato, e questo dipende da una serie di variabili che non dipendono da te e dai tuoi atti: se esistono prove della tua persecuzione, se esistono riconoscimenti internazionali, se non sei stato privato dei documenti, se ...E quando hai ottenuto un permesso di soggiorno se perdi il lavoro passi allo status di clandestino, se compi 18 anni perdi il diritto alla protezione. Norme variabili nel tempo, accordi, tra paesi, politiche governative più o meno rigide, efficienza dei servizi di accoglienza, lungaggini burocratiche, scarsità di informazione, discrezionalità del funzionario di turno possono determinare la tua condizione: una vulnerabilità estrema e aleatoria.

C'è un'intersezionalità nei sistemi di esclusione e inclusione che producono processi di disumanizzazione: la sofferenza e le ingiustizie subite da queste persone divengono semplicemente invivibili perché queste diventano non persone, perdono storie, identità e volti e divengono "migranti", numeri. A me sono quasi indifferenti i confini: posso programmare delle vacanze in Egitto o in Tunisia, o in Croazia attraversando confini che per altri significano subire violenze abusi.

Altre vite fanno i conti con una vulnerabilità prodotta dall'ordine di genere, il più diffuso e pervasivo nel tempo e nello spazio. Il primo testo che producemmo nel percorso di riflessione maschile, ormai quasi 40 anni fa, partiva da un'esperienza che ognuno e ognuna di noi fa quasi quotidianamente e si intitolava "se di notte lei ci incontra": se un uomo e una donna si incontrano di sera, lungo un marciapiede fanno due esperienze diverse. Io ho vissuto la libertà di tornare a casa di notte da solo senza percepire una mia potenziale vulnerabilità, senza dover "controllare" se quella persona stesse facendo la stessa

1 S.J. Gould, *Omaggio di un biologo a Topolino*, in *Il pollice del panda*, Roma, Ed. Riuniti, 1980, (pp. 115-125) mostra come questa "incompletezza" alla nascita e questa estrema vulnerabilità siano tra le condizioni che aprono la possibilità allo sviluppo di un linguaggio più articolato.

2 L. Melandri, *Le passioni del corpo. La vicenda dei sessi tra origine e storia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001.

3 *Autòs nòmos*, darsi da sé la legge o essere la norma per sé stessi.

mia strada o mi stesse seguendo, non ho mai preparato le chiavi per aprire velocemente il portone. Ho semmai fatto i conti con l'esigenza di dimostrare la mia non pericolosità la mia indifferenza superando in fretta la donna che incrociavo. Quel gesto, a guardare bene, mira a rassicurare quella donna, ma contiene anche l'esigenza di affermare un'impossibile estraneità: non sono l'uomo che credi, non sono come gli altri.

L'apprezzamento volgare del *Cat calling* o il complimento educato del "bella e brava" in università, non esprimono un desiderio, non sono nemmeno parte di una strategia, seppur invadente e molesta, di seduzione, ma riaffermano un potere: quel corpo è oggetto di uno sguardo e questo limita la sua cittadinanza nello spazio pubblico e ne condiziona la libertà. Un'esperienza di nuovo, per me estranea. Non mi sono mai sentito in soggezione per sguardi o battute di estranei/e. Il mio corpo non è esposto a uno sguardo che ne vincola libertà o autorevolezza. Non mi pongo la domanda se il mio abbigliamento possa sollecitare sguardi o giudizi che possano incrinare la mia autorevolezza, la mia libertà di movimento. Se l'esperienza femminile viene associata un corpo rappresentato come ingombro all'espressione della propria libertà il maschile si costruisce sull'illusione di una libertà *dal* corpo, un corpo silenzioso e indifferente allo sguardo altrui. In un testo di un manuale prematrimoniale usato nelle parrocchie italiane fino agli anni '60 che propongo spesso nei laboratori nelle scuole si legge:

diversa è la psicologia maschile. Il destino dell'uomo è fisiologicamente invidiabile. Il suo equilibrio lo mette a un discreto riparo da disagi e da noie. Vive "in quell'assoluto silenzio fisiologico che si chiama la salute" (Soubiran). Chi ne beneficia, ignora, per anni, di avere un fegato, uno stomaco, degli intestini. Per giunta, la sessualità maschile, a differenza di quella femminile, rende cosciente della sua esistenza l'adolescente e il giovanotto solo attraverso sensazioni spontaneamente piacevoli. Dal punto di vista sociale, ad eccezione di grossi guai – importanti, d'accordo ma non continui come il servizio militare e quello in guerra – l'uomo, in apparenza, non trae che benefici dall'essere uomo. *La sua fisiologia non gli impedisce mai di attuare i suoi progetti*; tutti i posti nella società religiosa, politica, economica, sociale, gli sono teoricamente accessibili[...]. Sul piano strettamente fisico dell'amore, l'uomo ha tutti i vantaggi: ne prova i piaceri senza portarne il peso. [...] Ma l'uomo, sul piano spirituale, paga codesta condizione di favore con forte riscatto. Egli è molto più inclinato della donna all'egoismo, alle sensualità, al materialismo. [...] potrà anche desiderarla solo carnalmente, senza amore e senza tenerezza<sup>4</sup>.

### 3. La vulnerabilità rimossa

C'è quindi un nesso tra vulnerabilità, corpo e libertà: quello maschile è rappresentato come un corpo per cui tutti i giorni sono uguali, che non pone limiti all'espressione della mia soggettività e che non dipende, nella propria cittadinanza nel mondo, dallo sguardo altrui. La mia libertà consiste nel potermi dimenticare del corpo, di non dover tematizzare che sia oggetto di uno sguardo, che nel suo mutare non condizionerà la mia cittadinanza: nessuno dirà che le mie affermazioni sono meno autorevoli perché condizionate dai cicli del mio corpo, il fatto che non sia più giovane o sia sovrappeso non determinerà giudizi di sufficienza, non sentirò anteporre lo sguardo su di me all'ascolto di quello che dico.

Così la tradizionale costruzione di universalità della conoscenza scientifica afferma la propria autorevolezza facendo appello a una presunzione di astrattezza e neutralità disincarnata. Anche noi ci diciamo: "ti do un giudizio *spassionato*". Ma la riflessione epistemologica ci ha fatto vedere come, nel rappresentare la realtà, sia necessario dichiarare il proprio punto di vista parziale. Donna Haraway<sup>5</sup>, ad esempio propone il concetto di "saperi situati", (*situated knowledge*) per indicare come tutta la conoscenza sia situata e limitata e suggerisce una obiettività 'incorporata', che consiste in connessioni parziali tra prospettive e posizionamenti, che superi l'illusione di un punto di vista neutro. La riflessione femminista sulle forme della conoscenza ha suggerito un differente rapporto tra dimensione relazionale ed emozionale, e dimensione razionale astratta, mettendo in discussione il modello (occultamente) sessuato del soggetto dell'attività scientifica. Rosi Braidotti, osserva che "il pensiero è un processo corporeo, non mentale. Il pensare precede il pensiero razionale."<sup>6</sup> La stessa ricerca di neuroscienziati come Antonio

4 P. Dufoyer, *Per te giovane fidanzata e sposa*, Roma, Edizioni Paoline, 1966.

5 D. Haraway, *Manifesto Cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, a cura di L. Borghi, Milano, Feltrinelli, 1995.

6 R. Braidotti, *Soggetto nomade. Femminismo e crisi della modernità*, Firenze, Donzelli, 1995, p. 55.



Damasio<sup>7</sup> propone di superare il dualismo tra mente corpo e tra emozione e razionalità, anche nello studio del cervello e dei meccanismi di costruzione di formazione della mente.

Questa estraneità al corpo, questa rottura con la sua materialità costruita dalla tradizione occidentale di soggettività e assunta dal modello di conoscenza scientifica tradizionale, ha una radice sessuata evidente e ha conseguenze nella pratica quotidiana. Nel mio impegno nell'ambito del confronto con la violenza maschile contro le donne, ad esempio, questo riferimento ad un proprio sapere e ad un proprio ruolo neutro di esperto e di oggettivazione della realtà mostra due valenze: il camice bianco dell'esperto offre l'esercizio di un potere e un controllo, e al tempo stesso appare una risorsa per proteggersi da una relazione perturbante.

Proprio il nesso tra soggettività e relazione è al fondamento di un modello che pensa la cittadinanza in contraddizione con la natura relazionale umana.

#### 4. L'astrazione del cittadino disincarnato e autofondato

La cittadinanza concepita dall'Illuminismo e dagli ideali della Rivoluzione francese si fonda su un ideale di razionalità e dominio sul corpo e sulle emozioni. Il protagonista del patto sociale, "la figura che consente di stabilire una continuità tra stato di natura e stato civile, è l'individuo, libero, indipendente e proprietario", responsabile di sé, che corrisponde all'ideale maschile di dominio razionale sulle emozioni, di "emancipazione dai legami familiari e dai retaggi delle culture tradizionali". Per poter essere contraente del patto su cui si fonda la convivenza civile il cittadino deve dunque emanciparsi dai legami che rivelano la sua vulnerabilità e vincolano la sua scelta autonoma e razionale. Maria Luisa Boccia, filosofa politica, propone una lettura femminista del dibattito sulla relazione tra relazionalità e titolarità civile del soggetto.

In Hegel il destino della donna non è posto come condizione umana: 'riconoscendosi nei congiunti e nei consanguinei' la donna resta infatti legata all'ethos della famiglia, estranea "all'autosciente forza dell'universalità per cui l'uomo si fa cittadino", rappresenta l'interiore nemico della comunità. [ed] È Kant a fornire la più rigorosa concezione dell'autonomia dell'individuo fondata sull'imperativo razionale: sull'agire secondo leggi autorappresentate, autolegittimate. [mentre] L'intero genere femminile è infatti assegnato allo status minorile, deprivato della capacità stessa dell'autonomia di giudizio razionale [...] non potendo una donna prescindere dall'affezione verso l'altro da sé, inerente alla funzione materna e ritenuta un connotato imprescindibile della sua natura<sup>8</sup>.

Il mito del soggetto padrone di sé e artefice del proprio destino, pienamente razionale e capace di emanciparsi dalla tradizione come dalle relazioni, figlio dell'Illuminismo, è pienamente parte della storia maschile. Il conflitto fra tradizione e modernità è conflitto tra due polarità della mascolinità egemone<sup>9</sup>. Questa astrazione, dunque, non è neutra: l'idea di cittadinanza si fonda su un modello sessuato di cittadino: assume come modello l'uomo adulto, produttivo, padrone di sé in quanto capace di emanciparsi dai legami familiari e dai retaggi delle culture tradizionali. L'ideale maschile di dominio razionale sulle emozioni, di emancipazione dalla corporeità e dalla dimensione arcaica per l'emersione dell'individuo moderno responsabile di sé è, infatti, proprio dell'illuminismo e degli ideali della Rivoluzione francese.

Il patriarcato [nella prospettiva emancipazionista] è stato considerato un sistema premoderno e le forme di esclusione e discriminazione delle donne, riscontrabili anche nelle società moderne, sono spiegate, prevalentemente, con la categoria del "ritardo" [ma] L'uso di concetti come patriarcato [...] tende a sottolineare piuttosto la persistenza delle forme simboliche e sociali nei rapporti tra i sessi. [...] Nell'epoca moderna, con la centralità della figura dell'individuo-cittadino, la politica fa proprio, sia pure con contraddizioni, lo statuto del neutro universale già dominante nel sapere. [...] La modernità ha assunto questa rispondenza come un principio vero e giusto, sul quale basare la pretesa universalistica delle forme politiche, oltre che della tradizione culturale dell'Occidente<sup>10</sup>.

7 A. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, Adelphi, 1995; Id., *Sentire e conoscere, Storia delle menti coscienti*, Milano, Adelphi, 2022.

8 M.L. Boccia, *La differenza politica, donne e cittadinanza*, Il Saggiatore, Milano, 2002 pp. 60, 92, 114.

9 Per il concetto di mascolinità egemone: J.W. Messerschmidt, *Maschilità egemone. Formulazione, riformulazione e diffusione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2022.

10 Id., pp. 10 ss.

Per essere protagonista del patto sociale “la figura che consente di stabilire questa continuità tra stato di natura e stato civile è l’individuo, libero, indipendente e proprietario”<sup>11</sup>:

nelle teorie contrattualistiche classiche il patto originario è stretto tra uomini, i padri di famiglia[...] la famiglia resta per così dire alle spalle degli individui adulti, indipendenti e liberi che istituiscono volontariamente la società. [...] non è difficile comprendere come possa risultare ingombrante una realtà, qual è quella familiare, in cui l’individuo appare, fin dalla nascita, in relazione, tutt’altro che indipendente da vincoli non volontariamente pattuiti, [...] L’individuo è in sé stesso un’entità compiuta e la sua autonomia deve essere presupposta perché tutto l’edificio costruito sulla volontarietà del legame sociale e dell’obbligazione politica stia in piedi. [...] Per Thomas Hobbes è la fondazione dello Stato da parte dei padri<sup>12</sup>.

## 5. Libertà come rimozione della relazione

La libertà che mi è stata insegnata, come uomo è libertà *dalle* relazioni e non *nelle* relazioni. Come uomini veniamo educati a un continuo esercizio di negazione della dipendenza, del bisogno, della relazionalità, del legame. L’eroe da solo a cavallo nella prateria, il ragazzo incitato ad “allontanarsi dalle gonne della madre per diventare un uomo”, l’ironia dei compagni di calcetto per chi, fidanzandosi o, peggio, sposandosi, ha rinunciato alla propria libertà, accettando il cappio al collo, ma anche il tecnico, l’esperto, che afferma l’affidabilità e l’autorevolezza del proprio giudizio a partire dalla sua capacità di prescindere da motivazioni soggettive, emozioni, desideri, bisogni, interessi.

Victor Seidler, sociologo che ha a lungo indagato la costruzione sociale della mascolinità, osserva quanto la prospettiva di emancipazione dalle emozioni produca l’incapacità a riconoscerle come risorsa conoscitiva e quanto “gli uomini, imparando a parlare del mondo e ponendosi come modello neutro dell’umano sono divenuti “invisibili a sé stessi”<sup>13</sup>. C’è, dunque, una peculiare vulnerabilità maschile che consiste nella precarietà della sua identità. Proprio perché costruita sul corpo e contro il corpo, fondata sul potere e il controllo, è un’identità mai garantita per sempre che impone un disciplinamento, una precarietà che implica continuamente uno sforzo di differenziamento e dunque, specularmente, una continua spinta al conformismo. L’esperienza maschile può in parte essere ricondotta a d un continuo sforzo di approssimazione ad un modello prescrittivo per molti versi inarrivabile nella sua astrattezza e disumanizzante: dai tre anni in poi veniamo incitati a non piangere, a non riconoscere le nostre emozioni per non cadere nella condizione di “femminucce”, in seguito dovremo esercitare a negare i nostri bisogni, a fuggire l’intimità tra maschi, a competere, a tuffarci dagli scogli a sfidare divieti e pericoli, a inseguire una *performance* (lavorativa, sessuale, intellettuale) che ci confermi nell’idea, sempre incerta, di essere maschi. Se l’alterità è esposta allo stigma e all’inferiorizzazione, quella violenza espone me a una meno visibile e meno cruenta disciplina che mi impone di rispettare i confini della virilità.

Come osserva Osvaldo Pieroni, la costruzione su cui si fonda il potere maschile ha un prezzo nell’esperienza che gli uomini fanno del proprio corpo e sulle risorse corporee a cui gli uomini possono attingere nelle proprie relazioni con gli altri:

La separazione di soggetto (umano) e ambiente (non umano) così come quella tra soggetto e oggetto (anche nel caso siano entrambi umani) appaiono come la struttura fittizia che da origine al dominio sul mondo e sugli altri. Una conoscenza che separa il soggetto conoscente dall’oggetto è una modalità di relazione con l’altro/a e col mondo propria di una costruzione antropologica maschile. Le polarità dicotomiche che plasmano il nostro modo di stare al mondo e di pensarlo: maschile/femminile attivo/passivo pubblico/privato razionale/emotivo mente/ corpo biologico/culturale [...] Queste scissioni parlano di un soggetto che, attraverso queste, opera un dominio sull’altra e sull’altro, sulla natura, ma anche che paga questo dominio con una scissione dalla propria corporeità, con un’alienazione. Il dominio sul corpo è nel medesimo tempo alienazione dal corpo.<sup>14</sup>

Il corpo è strumento, arma, protesi, ma diviene così anche corpo problematico, estraneo, inabile alla cura come osserva Fraire:

11 Id., p. 25.

12 Id., pp. 29-30.

13 V. Seidler, *Riscoprire la mascolinità. Sessualità, ragione, linguaggio*, Roma, Editori Riuniti, 1992.

14 O. Pieroni, *Pene d’amore. Alla ricerca del pene perduto. Maschi, ambiente e società*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2002, p. 96.e p. 117

Da queste iscrizioni viene l'abitudine maschile a trattare il proprio corpo con un ab-ietto – nel senso che a questa parola assegna Kristeva – come un estraneo di cui sospettare. Un uomo pensa in genere di non essere in grado di occuparsi del corpo, proprio e dell'altro\*, di non essere «tagliato» per questo. Fantasie, si dirà, molti uomini ormai si prendono cura dei figli piccoli, si occupano del loro svezzamento. Ma c'è una rappresentazione maschile accessibile culturalmente di uno svezzamento esercitato da un uomo che non venga dal padre stesso modellato sulla cura materna?<sup>15</sup>

Se il potere detenuto dagli uomini ha plasmato e rappresentato il corpo maschile in modo da renderlo "inabile" alla cura, incapace di stare in relazioni di intimità fuori dalla sua dimensione sessualizzata è necessaria una ricerca maschile per "risignificare" il proprio corpo. Ma l'unica rappresentazione corporea disponibile per la cura appare ancora solo quella associata al materno.

Qui emerge un elemento importante che riguarda un percorso personale e politico maschile. La nostra civiltà ha attribuito agli uomini un grande potere concreto e simbolico: una rimozione sociale del desiderio e della soggettività femminile, l'uomo come unico soggetto di desiderio, il materno schiacciato nell'oblatività e nella fusionalità e il padre come fondamento di una norma che emancipa dal corpo, dalle sue emozioni. Questo potere ha però depositato delle scorie che rendono oggi il corpo maschile vincolato alla funzione del dominio, privo di risorse per fondare una relazione di cura, ad esempio con l'esperienza dell'infanzia che è caratterizzata dall'essere inerme. A quel potere è associata una "miseria" del maschile, un rapporto alienato col proprio corpo, un corpo schiacciato tra l'immagine della bassezza, dello sporco e quella del dominio, della potenza e della pulsione violatoria.

Ma questa costruzione ha un'altra conseguenza apparentemente paradossale: proprio il desiderio, il bisogno mettono in discussione questa illusione di libertà. Lea Melandri<sup>16</sup> ha più volte mostrato come la rappresentazione complementare dei sessi, che rimuove il desiderio femminile e schiaccia le donne nel ruolo dell'accudimento, porti con sé il fantasma del potere femminile della cura e della seduzione, e come la violenza maschile sia una risposta patologica all'angoscia della dipendenza e della intollerabile vulnerabilità che il mito virile ha rimosso. Violenza non è per questo devianza ma spesso percepita da chi la agisce come risorsa per il ripristino della propria corrispondenza all'immagine di virilità<sup>17</sup>.

La violenza maschile esplode quando la separazione, la scelta della donna di andarsene o di spostarsi dal ruolo e che le abbiamo attribuito. Il rancore maschile verso un femminile rappresentato come opportunistico e manipolatorio svela questa finzione e rivela l'incapacità di elaborare questa vulnerabilità occultata sotto la finzione della naturalità dei ruoli.

La complementarità dei ruoli di genere, invece, tematizza la vulnerabilità dell'altra e gli uomini raccontano il proprio prendersi cura col "non far mancare nulla". La cura delle relazioni è altro dall'accudimento che rimuovendo la soggettività di chi è vulnerabile affranca dall'obbligo della relazione. C'è dunque una cura che mi salva dalla relazione, mi permette di non espormi all'intimità e c'è una cura delle relazioni che è altro dall'accudimento come analizzato da Caterina Botti nel testo dal significativo titolo "vulnerabili".<sup>18</sup> La cura può essere esercizio paternalistico basato sulla presunzione del bisogno dell'altro che rimuove la nostra vulnerabilità e lo rende non interlocutore che sollecita una reciprocità ma oggetto di una tutela. Accudendo, facendoci carico dell'altro\*, possiamo illuderci di rimuovere i nostri bisogni ma anche di proteggerci dal suo sguardo, dalle sue domande. Prendersi cura può essere, dunque, molto rassicurante: abbiamo bisogno di tematizzare la vulnerabilità dell'altra per delimitare i confini di quella relazione ed evitare di essere invasi. Non solo: la vulnerabilità è desiderabile. C'è un'erotizzazione della vulnerabilità femminile: la donna preda, la donna in equilibrio su tacchi, la donna il cui corpo viene scoperto ed esposto fanno parte del nostro immaginario condiviso. Certo, si dirà, oggi anche i corpi maschili sono esposti, spesso nudi nella pubblicità. Ma a quella nudità non è associata una vulnerabilità, l'esposizione al desiderio altrui, la disponibilità: semmai viene riproposta l'immagine del corpo macchina, potente e performante a servizio di una soggettività che si proietta nel mondo.

La rappresentazione della vulnerabilità femminile torna oggi nel discorso pubblico sulla violenza per riproporre una rappresentazione di minorità femminile (non a caso parliamo di violenza contro le donne e i minori) e legittimare una funzione di protezione, controllo e guida maschile. Tamar Pitch osserva che:

15 M. Fraire: *Oblío del padre* in Amalia Giuffrida (a cura di), *figure del femminile*, Borla, Roma 2009, pp.166-177 la citazione puntuale è a p. 175.

16 L. Melandri, *Amore e violenza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

17 C. Oddone, *Uomini normali. Maschilità e violenza nell'intimità*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2020.

18 C. Botti, *Vulnerabili. Cura e convivenza dopo la pandemia*, Roma, Castelvecchi, 2022.

Il lungo dibattito sul mutamento della legge contro la violenza sessuale (1979-2006) [...] aveva anche messo in luce i rischi di una riduzione delle donne (tutte le donne) a deboli vittime vulnerabili [...] Negli anni, e non solo in Italia, la riduzione della politica tutta a politica penale, e le risposte in termini punitivi a qualsiasi problema sembrano essere state introiettate anche da molte femministe: più reati, maggiorazione delle pene, al diavolo il garantismo (il quale, ricordo, tutela non solo gli imputat\*, ma tutt\* noi, nel caso dovessimo essere accusat\* di qualcosa), in nome della battaglia senza quartiere alla violenza contro le donne. Dovremmo, invece, sapere bene che in questo modo si finisce per legittimare la svolta punitiva e securitaria imperante e certo non si fanno fare passi avanti nella direzione della libertà delle donne, o della riduzione della violenza maschile contro di loro. [...] che ha questo a che fare con la libertà delle donne? (e di tutt\*?)<sup>19</sup>.

## 6. La vulnerabilità come dato costitutivo dell'esperienza umana

Oltre la vulnerabilità prodotta da un ordine sociale, la vulnerabilità intrecciata in modo controverso con le relazioni di potere, esiste un'altra vulnerabilità, a cui ho accennato all'inizio, che è invece costitutiva dell'esperienza umana e rispetto alla quale, come uomo, ho una relazione problematica. Se guardiamo al maschile non ferdandoci alla finzione della sua "naturalità", una misura rispetto alla quale si costruiscono tutte le differenze, possiamo riconoscere la mascolinità come costruzione sociale: una costruzione che, come ho provato a mostrare, si basa in larga parte sulla rimozione della propria vulnerabilità e sulla finzione di una soggettività autofondata, autosufficiente.

Questa costruzione mostra però oggi la sua artificiosità e fragilità: la crisi economica, i processi di globalizzazione e finanziarizzazione hanno trasformato la promessa della società delle opportunità, il sogno dell'individuo padrone di sé, scisso da relazioni che si realizza nella competizione, nell'incubo del singolo colpevole del proprio fallimento. Entrano in crisi le istituzioni e l'immaginario su cui gli uomini hanno fondato identità e prodotto genealogie: prima tra tutte il lavoro come metafora e condizione dell'autonomia e luogo di identità e connessione tra generazioni di uomini.

## 7. La "crisi maschile" come rappresentazione paranoica

La retorica dominante sulla "crisi maschile" propone il cambiamento come minaccia che esporrebbe gli uomini a femminilizzazione, disorientamento, perdita delle virtù tradizionali. E sono sempre più diffuse le espressioni sociali di uomini che si rappresentano come vittime e si percepiscono come tali. Populismi e nazionalismi fanno leva, come ciclicamente in passato, sulla frustrazione, il rancore maschile e sulla promessa di un riferimento identitario, revanscista ed escludente, un conformismo omologante come risorsa per salvare dall'angoscia generata da questo smarrimento. Coglie questo nesso il sociologo Michael Kimmell, che, nel suo libro dal titolo significativo *Angry White Men*<sup>20</sup> prevedeva la vittoria di Trump mostrandone la relazione con la frustrazione dell'operaio bianco di mezza età, frustrato per la perdita del proprio ruolo sociale, e spaventato da una crisi che ne erode non solo le condizioni economiche, ma i riferimenti identitari. Anche guardando al nostro paese, è evidente il carattere sessuato delle paure e delle frustrazioni su cui le politiche razziste e di destra giocano la loro egemonia sul senso comune.

In Spagna Delgado si chiede:

Cosa succede agli uomini perché trovino nella destra radicale una nicchia di fiducia? Cosa dice o fa l'estrema destra per connettersi con un elettore maschio? [...] La precarizzazione e l'accesso delle donne nel mondo del lavoro, la loro libertà sessuale, il mutamento delle famiglie, mostrano la crisi dei modelli tradizionali di mascolinità – dal capofamiglia che "porta i soldi a casa", al padre tradizionale fino ai ruoli nella sessualità – in questa crisi cresce la capacità attrattiva delle retoriche conservatrici<sup>21</sup>.

19 T. Pitch, *Che ha a che fare questo con la libertà delle donne? (e di tutt\*?)*, post pubblicato in *Studi sulla questione criminale online*, 2018, <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2018/07/20/che-ha-a-che-fare-questo-con-la-liberta-delle-donne-e-di-tutt-di-tamar-pitch/>. Si veda anche Ead., *Il malinteso della vittima*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2022.

20 M. Kimmell, *Angry White Men: American Masculinity at the End of an Era*, New York, Nation Books, 2013.

21 L.S. Delgado, *Políticas del resentimiento: el sujeto político que emerge de la rabia masculina*, 2019, <https://www.elsaltodiario.com/masculinidades/politicas-del-resentimiento-entorno-al-hombre-como-nuevo-sujeto-politico>.



Queste rappresentazioni propongono che esista una linearità tra l'entrata in crisi di un ordine e la crisi individuale di ogni uomo. Ciò porterebbe a considerare che sia interesse di ogni uomo contrastare i processi di cambiamento per preservare la propria identità. Qual è l'origine di questa reazione, di questo modo di porsi rispetto al cambiamento? Cosa produce questo esito "paranoico"? Perché le reazioni maschili al cambiamento si condannano al vicolo cieco del rancore frustrato senza riuscire a mettere in gioco un desiderio di altro?

L'ipotesi su cui voglio ragionare è che questa rappresentazione "paranoica" della realtà sia il sintomo del fatto che i propri riferimenti si rivelano inadeguati a dare risposta alla domanda di senso sulla propria vita e a fornire strumenti per ripensare il proprio posto nel mondo. Innanzitutto per elaborare l'esperienza della propria dipendenza e vulnerabilità. Come se riconoscere che le relazioni sono fondative della nostra esistenza, che non siamo autosufficienti, fosse uno scacco insopportabile e non una consapevolezza necessaria che arricchisce le nostre vite. Da qui, per esempio, l'incapacità a elaborare una separazione, a tollerare una donna che esprime una scelta differente, che porta molti uomini a uccidere e, non di rado a fare violenza su sé stessi e sui figli in una pulsione distruttiva e autodistruttiva.

Una famosa definizione della nostra epoca è quella di essere "l'epoca delle passioni tristi", in cui dominano i sentimenti del rancore, della frustrazione, dell'invidia e della recriminazione. Gli autori di questa definizione parlano anche loro di un atteggiamento paranoico e propongono che questa reazione nasca dalla contraddizione tra l'illusione di un individuo autosufficiente padrone di sé e onnipotente, e una condizione di sempre maggiore impotenza, vulnerabilità e precarietà:

Sappiamo bene che le passioni tristi sono una costruzione, un modo di interpretare il reale e non il reale stesso. [...] la speranza era quella di un sapere globale, capace di spiegare le leggi del reale e della natura per poterli dominare. Libero è colui che domina (la natura, il reale, il proprio corpo, il tempo): questo era il fondamento dello scientismo positivista. [...] il xx secolo ha segnato la fine dell'ideale positivista gettando gli uomini nell'incertezza<sup>22</sup>.

Certo, la nostra epoca scopre le falle del progetto della modernità (rendere l'uomo capace di cambiare tutto secondo il suo volere), e resta paralizzata di fronte alla perdita dell'onnipotenza. È anche vero che il discorso sull'insicurezza, servito in tutte le salse, è diventato una sorta di "significante dominante" che vuol dire tutto perché, in fondo, non vuol dire niente [...] bisogna però fare molta attenzione. Il discorso sulla sicurezza che giustifica la barbarie e l'egoismo, e che invita a rompere tutti i legami, assomiglia come una goccia d'acqua al discorso sullo "spazio vitale" tenuto nella Germania indebitata e disperata degli anni Trenta. Quando una società in crisi aderisce massicciamente e in modo irreflesso a un discorso di tipo paranoico in cui non si parla d'altro se non della necessità di proteggersi o di sopravvivere, arriva il momento in cui tale società si sente "libera" dai principi e dai divieti [...] La barbarie busca alla porta<sup>23</sup>.

Abbiamo dunque bisogno di dare un senso alla condizione di insicurezza. Ma, come ho provato ad argomentare, "l'uomo del progetto della modernità" che è entrato in crisi, è un'entità astratta riferibile in modo neutro al modello neoliberale, o ha una sua radice sessuata e un rapporto col modello di mascolinità? Non è proprio al centro della costruzione sociale del maschile la pressione a corrispondere a un modello mitico di autosufficienza, padronanza di sé e onnipotenza? Questo soggetto autosufficiente e artefice di sé stesso, fondato sul disciplinamento del (proprio) corpo e sulla rimozione della propria radice relazionale, vulnerabile e parziale risulta una costruzione insostenibile che necessita continuamente di uno sforzo di approssimazione, che produce un dominio sull'altra ma anche una forma di alienazione.

Il nodo è la distanza tra l'esperienza e le rappresentazioni disponibili, il simbolico di riferimento, l'immaginario dominante. Ricercare la corrispondenza a una autorappresentazione basata su un mito insostenibile di autosufficienza e di potenza, da un lato nega la nostra libertà di discostarci da quel modello, e dall'altro produce una torsione paranoica e distruttiva. Ma cosa intendiamo per approccio paranoico? Per rispondere a questa domanda, torna utile un testo di Laura Bazzicalupo, che utilizza le categorie della psicoanalisi lacaniana per affrontare la categoria della paranoia in politica.

Nel nostro caso, non si individua una comunità affetta da paranoia o un individuo paranoico, ma una particolare relazione tra i poli dell'Immaginario, del Simbolico e del Reale, che dà luogo al modo d'essere paranoico. I tre poli in questione sono rilevanti per definire lo stile dell'identità politica [...] il simbolico è l'ordine sociale del linguaggio e dei ruoli, dunque le norme sociali, [...] l'Immaginario è l'ideologia, fantasy che sostiene l'investimento in un'appartenenza piuttosto che un'altra [...] Infine il Reale [...] viene distinto dalla realtà, perché è esattamente il residuo non simbolizzabile che fa scarto rispetto all'ordine simbolico e all'immaginario. [...] Lo stile paranoico è quello che, nella relazione triadica con

22 M. Benasayag, G. Schmit, *L'epoca delle passioni tristi*, Milano, Feltrinelli, 2004, p. 21.

23 *Ibidem*, p. 128.

l'immaginario (l'ideologia, la fantasia che sostiene il legame sociale) e con il simbolico (organizzazione sociale, discorso del Padrone, del potere dominante), esattamente e totalmente non riconosce il Reale. [Fa riferimento a un] immaginario prodotto ideologicamente e a un significante che linguisticamente preclude una differente esperienza del Reale ("Aderire alla 'lettera' del simbolico, credere nell'immaginario o fantasy che lo sostiene come se non ci fossero residui"). [...] Reale è il soggetto stesso in quanto non coincidente con la propria auto rappresentazione, reale è ciò che non è riconosciuto perché perturbante. Nella relazione triadica, la paranoia lo forclude, [lo rimuove]. [...] Per lo stile paranoico, [...] c'è perciò adesione ai segni del sociale e dell'ideologico, alla loro letteralità con un conformismo totale, senza residui: tutti i dubbi, le incrinature vengono estroflesse. La negazione della propria ambivalenza può essere feroce: essa viene gettata fuori, oggettivata nell'altro, la mediazione non è possibile perché manca il passaggio chiave che la rende possibile, non c'è simbolizzazione. Nel discorso politico le dinamiche paranoiche dominanti mostrano la loro carica distruttiva: il riferimento a un mito di autosufficienza e onnipotenza produce impotenza e depressione. Siamo in un universo bioeconomico che si autorappresenta come luogo di scambi e di consumi e che è sorretto dall'immaginario mitico dell'autorealizzazione.<sup>24</sup>

Qui l'assonanza con alcune modalità delle risposte maschili, individuali e culturalmente diffuse salta agli occhi. Il nodo di questa tensione è proprio la tendenza a prendere alla lettera il simbolico, inseguire l'impossibile corrispondenza a un riferimento simbolico identitario. E così anche quella "miscela esplosiva di narcisismo, senso di onnipotenza illimitata e segreta impotenza e depressione", che per Bazzicalupo è l'esito psicotico del riferimento a un immaginario ideologico e a un significante che preclude una differente esperienza del Reale, evoca in modo esplicito alcune risposte maschili al cambiamento. Bazzicalupo evidenzia «il carattere psicotico, non articolato simbolicamente del gesto volto a saturare l'angoscia paranoica priva di un 'discorso' alternativo e una mediazione critica". La negatività – insopportabile al paranoico – è interna a ogni identità ed è la forma stessa della libertà [in quanto] si rivela la non coincidenza del soggetto con la soggettivazione simbolica identitaria»<sup>25</sup>.

Il carattere ideologico dell'immaginario di riferimento e l'assenza di rappresentazioni alternative impediscono un'elaborazione dell'esperienza del cambiamento che sia in grado di dare conto dell'ambivalenza della propria soggettività e, soprattutto, di produrre una differente esperienza di relazione con l'alterità: non come minacciosa entità distruttiva il cui riconoscimento pregiudica la propria integrità.

Un elemento importante è che questa "sfasatura" tra Reale e Realtà, questo spazio di contraddizione tra Simbolico, inteso come ordine predeterminato linguisticamente, e Immaginario, produce una violenza sull'esperienza del soggetto, ma rappresenta anche uno spazio creativo e trasformativo per la produzione di differenti costruzioni linguistico-simboliche. La nostra esperienza, cioè, non è schiacciata sulla sua costruzione simbolica. Il tessuto simbolico è infatti movimentato, lacerato dal fatto che il soggetto, pur "determinato" simbolicamente e sostenuto in questa identificazione dall'immaginario, non coincide con questo processo di soggettivazione. Scriveva Luisa Muraro: «Può esserci una forzatura in un ordine simbolico tale per cui di qualcosa in esso si rende conto imperfettamente e può esserci una forzatura nell'ordine sociale tale per cui alcuni si trovano mutilati per ciò di cui l'ordine simbolico non rende conto»<sup>26</sup>.

Ciò vale certamente per la soggettività femminile, ma, come richiamato nella citazione di Osvaldo Pieroni, potremmo considerare anche quanto questa costruzione simbolica fallica abbia un effetto alienante nell'esperienza maschile sull'esperienza maschile.

## 8. Un altro modello di soggettività, una differente idea di libertà

La vulnerabilità, dunque, è generalmente considerata sinonimo di "debolezza", fragilità: vulnerabile è chi è esposto a un *vulnus*, ma può essere pensata in un senso più ampio come riconoscimento della condizione costitutiva di interdipendenza degli "individui"<sup>27</sup> e, dunque, di porosità? Ci siamo fatti da soli? Siamo autonomi in quanto norma di noi stessi o siamo il frutto delle relazioni che ci hanno costruito, del linguaggio che ci ha detti, degli sguardi che ci hanno rappresentati, delle aspettative che ci hanno

24 L. Bazzicalupo, *Il cerchio della paranoia politica. Possibili linee di frattura*, in *Societamutamentopolitica*, 3, 6, 2012, pp. 47-62.

25 J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Dialoghi sulla sinistra. Contingenza egemonia universalità*, Roma-Bari, Laterza, 2010, dall'introduzione all'edizione italiana di Laura Bazzicalupo.

26 L. Muraro, *Maglia o uncinetto*, Milano, Feltrinelli, 1981, p. 39.

27 L. Bernini, *Il vulnerabile e l'inerme. Verso una nuova ontologia dell'umano*, in *Actas das Jornadas de Jovens Investigadores de Filosofia – Primeira Jornadas Internacionais, Grupo Krisis*, 2010, pp. 307-319, ([http://www.krisis.uevora.pt/edicao/actas\\_vol1.pdf](http://www.krisis.uevora.pt/edicao/actas_vol1.pdf)).

orientato, dei desideri che ci hanno messi al mondo? Questa porosità mette in discussione il modello di soggettività pienamente trasparente e che può “dare conto di sé”, autosufficiente, razionale. Butler ci parla di un soggetto che resta per sempre opaco a sé stesso, il cui desiderio è colonizzato e costruisce la sua critica alla deriva violenta delle concezioni etiche proprio sulla loro pretesa di fondare i propri principi sulla visione di un io sovrano e autotrasparente.

[un] soggetto per il quale il significato ultimo e l'intenzione dei propri impulsi non diventano enigmatici solo al bambino, ma in certa misura restano tali per tutta la vita [...]. Ogni pulsione è assediata da un'estraneità, o stranierità (*étrangèreté*), e l'“io” si scopre straniero a sé stesso nei suoi impulsi più elementari [...]. Non può rendere conto di com'è divenuto un “io” in grado di narrare sé stesso [...] [così] il desiderio conserva questa qualità esteriore e straniera anche quando diventa il desiderio del soggetto<sup>28</sup>.

Butler assume l'idea di un soggetto non autofondato, che è entità opaca anche a sé stessa, mai pienamente autotrasparente e conoscibile, attribuendo questa sua condizione proprio alla sua origine relazionale e vedendo in ciò non un motivo per una sua irresponsabilità, ma la natura relazionale della responsabilità etica.

Davvero l'idea di un soggetto che non è autofondato, di un soggetto, cioè, le cui condizioni di emergenza non possono mai essere totalmente raccontate, mina la possibilità di una responsabilità e quindi dell'atto di dar conto di sé? [...] [S]e davvero sin dal principio siamo divisi, infondati e incoerenti, ne conseguirà necessariamente l'impossibilità di fondare una qualsiasi nozione di responsabilità personale o sociale? In queste pagine cercherò di sostenere il contrario, mostrando come una teoria della formazione del soggetto che riconosca i limiti della conoscenza di sé possa restituirci una specifica concezione dell'etica, e quindi della responsabilità. Se anche il soggetto è entità opaca a sé stessa, mai pienamente autotrasparente e conoscibile, non ne consegue che sia comunque autorizzato a fare tutto ciò che vuole o a ignorare gli obblighi che ha verso gli altri. Vero piuttosto il contrario. L'opacità del soggetto può avere origine nel suo essere concepito come un essere relazionale, come un essere, cioè, le cui prime e più precoci relazioni non sono sempre recuperabili a una conoscenza consapevole. Se è proprio in virtù delle relazioni con gli altri che si è opachi a sé stessi, e se queste relazioni con gli altri sono il luogo della propria responsabilità etica, allora significa che è proprio in virtù dell'opacità verso di sé che il soggetto si espone e accetta alcuni dei più importanti vincoli etici.<sup>29</sup>

C'è quindi un nesso complesso tra vulnerabilità e soggettività. Rappresentando un soggetto come vulnerabile lo releghiamo spesso al ruolo di oggetto delle nostre cure e privo della possibilità di scegliere per s, ma la vulnerabilità non riduce la soggettività. Il riconoscimento di una dimensione della scelta non linearmente razionale, algoritmica, non presuppone una dimensione immatura o limitata della soggettività ma riconosce che esiste una dimensione emotiva, relazionale delle scelte non riducibile alla valutazione quantitativa razionale delle opzioni. Le espressioni distruttive, paranoiche delle reazioni maschili al cambiamento ci dicono che cercare la corrispondenza a un simbolico nella sua literalità incapace di evoluzione, si rivela un vicolo cieco e mostra la necessità di risignificare l'esperienza maschile. Non è la crisi del patriarcato a mettere in crisi gli uomini, ma è il tentativo di inseguirne i simboli a privare gli uomini di strumenti per ripensare sé stessi e il proprio posto in un mondo in cambiamento. E non sarà la nostalgia della Legge paterna perduta a salvarci, ma, al contrario, la rottura con quell'ordine simbolico ormai inservibile.

Se dalla singola persona passiamo anche solo per un attimo agli stati e ai sistemi politici vediamo come una rappresentazione della vulnerabilità come mancanza, debolezza o l'inseguimento dell'illusione della invulnerabilità possano avere un esito distruttivo.

Fino a pochi mesi fa l'Europa acquistava quote significative del proprio fabbisogno di gas dalla Russia, mia figlia guardava in televisione i cartoni di Masha e Orso ma anche i video su *youtube* della bambina russa “bianca” o i video russi per bambini con al centro gli ovetto di una nota marca italiana, i magnati russi, arricchitisi con le privatizzazioni, spendevano le loro vacanze a Portofino o in Costa Azzurra, le mafie collaboravano e le nostre imprese delocalizzavano a Est.

Questa realtà poteva essere considerata il segno di una interdipendenza a cui fare riferimento per consolidare nuove relazioni cooperative. Al contrario è stata rappresentata come segno di una vulnerabilità da superare cercando mercati e approvvigionamenti energetici in altre aree non meno problematiche e instabili. Mentre correggo questo testo la furia distruttiva esplose in Israele e Palestina. Non è questo il luogo per analizzare le responsabilità, le ragioni della crescita degli opposti estremismi identitari e integralisti e sul ciclo claustrofobico tra violenza, frustrazione, paura, odio e nuova violenza. Per

28 J. Butler, *Critica della violenza etica*, Milano, Feltrinelli, 2006.

29 Ead., pp. 31-32.

il tema di questo intervento è significativa la rottura dell'illusione di una invulnerabilità costruita con lo strumento militare, il controllo, la separazione dall'altro.

La rimozione della vulnerabilità o la sua rappresentazione come minaccia, perdita, mancanza, si rivela un vicolo cieco, esito alienato e frustrante del potere e della rimozione; produce una spinta distruttiva e autodistruttiva.

L'accettazione del limite non corrisponde a un ripiegamento e nemmeno il necessario disciplinamento proprio della norma del padre come proposto dalla vulgata lacaniana ma, al contrario come riconoscimento della parzialità, della dimensione costitutivamente relazionale della nostra esperienza umana, come riconoscimento di un altro desiderio, di un'altra soggettività che ci permette di uscire dalla solitudine alienata e autistica in cui la strategia fondata sul potere ci ha relegati.

La riflessione su un soggetto opaco a sé stesso – i cui desideri e pulsioni sono anche segno di un'estraneità, e che dunque non è sovrano di sé e del proprio corpo – è al centro della riflessione sul maschile e sul nesso che gli uomini hanno prodotto tra corpo e soggettività. Il riconoscimento di questa irriducibilità del riferimento al corpo come esperienza non totalmente nella disponibilità della mia costruzione discorsiva, né mero esito di un dominio è per me il punto di partenza per una nuova prospettiva capace di ascoltare questa tensione e di reinventare e rielaborare il portato di questa condizione per un'etica del limite e della relazione.

Non la rassegnazione a un destino, ma il tentativo di stare nel proprio corpo sperimentandone le potenzialità che proprio la strategia di risposta ai suoi limiti basata sul potere ha atrofizzato.



Francesca Di Muzio\*

## La tutela processuale delle vittime “vulnerabili”

### Sommario

1. La vittima vulnerabile nel sistema processuale italiano: la persona offesa dal reato – 2. La tutela delle vittime di violenza di genere nelle fonti nazionali: il decreto-legge 14 agosto 2013 n. 93 – 3. Il Codice Rosso (L. n. 69/2019) – 4. Le modifiche al codice penale: introduzione di nuove fattispecie di reato – 5. Le modifiche al codice di procedura penale e alle norme sull’ordinamento penitenziario – 6. Le modifiche in materia di tutela della vittima di reato introdotte dalla l. n. 134/2021 (c.d. Riforma Cartabia).

### Abstract

La vittima è stata ritenuta per anni la grande dimentica della giustizia penale. I movimenti a favore delle vittime di reato hanno consentito una rivoluzione copernicana che si è riverberata in tutte le legislazioni europee e nel nostro ordinamento italiano. La necessità di rispondere ai bisogni delle persone offese dal reato ed in particolare delle vittime vulnerabile diviene la sfida dei moderni sistemi penali che si affrancano dalla cultura reocentrica. Il presente lavoro partendo dalla nozione di vittima affronta il tema delle vulnerabilità sistema penale processuale attraverso la ricognizione degli strumenti a tutela delle persone offese dal reato con particolare riguardo ai recenti interventi introdotti dalla Riforma Cartabia della giustizia penale.

*The victim has been considered for years the great forgotten in criminal justice. Movements in favor of crime victims have allowed a Copernican revolution that has reverberated in all European legislations and in our Italian legal system. The need to respond to the needs of individuals harmed by crime, particularly vulnerable victims, becomes the challenge of modern penal systems that break free from reocentric culture. This work, starting from the concept of the victim, addresses the theme of vulnerabilities in the procedural penal system through the examination of tools for the protection of individuals harmed by crime, with particular attention to recent interventions introduced by the Cartabia Reform in criminal justice.*

### 1. La vittima vulnerabile nel sistema processuale italiano: la persona offesa dal reato

L’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1989, il quale ha trasformato il nostro sistema processuale da inquisitorio a prevalentemente accusatorio, ha modificato anche la posizione della vittima nel procedimento che la riguarda, prevedendo una serie di misure che rispecchiano un approccio vittimologico prima di allora mai adottato. Alla vittima (persona offesa) di cui non si rinviene una definizione del codice penale è dedicato un intero titolo nel codice di rito. La persona offesa dal reato è il titolare dell’interesse giuridico protetto, anche in modo non prevalente, da quella norma incriminatrice che si assume sia stata violata dal fatto storico di reato. Il codice attribuisce alla persona offesa la

\* Ricercatrice indipendente, Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Relazione al Convegno “Persone, vulnerabilità, intersezionalità” ospitato dall’Università degli Studi di Brescia in data 19.05.2023. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

qualifica di soggetto del procedimento penale (art. 90) mentre la qualifica di parte le viene riconosciuta soltanto, se nella veste di danneggiato dal reato, esercita la pretesa risarcitoria nei confronti dell'autore di reato costituendosi parte civile. Nel codice di procedura penale non troviamo una definizione di persona offesa dal reato ma nell'art. 90 *quater* c.p.p. rinveniamo nel concetto di *vulnerabilità* le caratteristiche di alcuni soggetti offesi dal reato. L'età minore o anziana, il genere, l'infermità mentale, la razza, l'etnia, l'appartenenza ad una confessione religiosa, le discriminazioni per identità di genere, risultano essere solo alcune delle *condizioni di particolare vulnerabilità* dell'offeso dal reato che il codice ha mutuato dalla normativa sovranazionale che diversamente utilizza il termine vittima del reato<sup>1</sup>. Ai sensi del comma 3 dell'art. 90 c.p.p. la persona offesa non è solo il soggetto cui l'azione dell'autore di reato è diretta, ma anche i prossimi congiunti, qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato. Per prossimi congiunti il codice di procedura penale intende in una accezione ampia del termine «la persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente». Ancora ai sensi del nuovo ultimo comma dell'art. 572 c.p. aggiunto dalla legge 69 del 2019 cd. codice rosso, il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti contro i familiari e conviventi, è considerato persona offesa dal reato<sup>2</sup>. Infine, nell'art. 91 c.p.p. si menzionano gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato per indicare come la persona offesa possa essere tanto un soggetto individuale quanto un soggetto collettivo od ente giuridico, portatore di un interesse al contrasto di quelle condotte illecite realizzate dall'autore di reato. Nella disciplina codicistica dedicata alla persona offesa dagli artt. 90 a 95 c.p.p. troviamo trasfusa molte delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali ed in particolare di quelle comunitarie: la decisione quadro del 15.3.2001, la direttiva 2011/36UE, la direttiva 2012/29 UE e la direttiva 2004/80/UE. Il recepimento delle disposizioni contenute in queste direttive e in altre fonti internazionali ha modificato le norme a tutela delle vittime nel procedimento penale e fornito particolari tutele alla persona offesa minorenni alle vittime di violenza di genere e nelle relazioni di intimità. In particolare al rafforzamento della posizione della persona offesa nel procedimento è conseguita la modifica dell'istituto dell'incidente probatorio reso obbligatorio per determinate categorie di vittime particolarmente vulnerabilità in relazione alla gravità dei reati patiti; la previsione di misure cautelari *ad hoc* (artt. 282 *bis* e 282 *ter*) con informazione sulla facoltà di chiedere un ordine di protezione che permette di estendere la tutela al territorio di altro stato (art. 282 *quater*); la previsione dell'ammonimento da chiedere al questore in caso di atti persecutori. Per le persone offese minorenni in recepimento della Convenzione di Lanzarote, l. 172 del 2012, le norme del codice di procedura penale sono state modificate al fine di prevedere una particolare modalità di ascolto e audizione protetta, con l'indicazione di un'assistenza effettiva e psicologica per il minore, nonché l'indicazione di procedere per l'escussione della testimonianza attraverso un professionista esperto in psicologia forense. In relazione alle vittime di violenza di genere e nelle relazioni endofamiliari l'introduzione della disciplina del codice rosso ha inteso rafforzare le norme a protezione delle donne attraverso l'accelerazione del procedimento penale, riservando una corsia preferenziali a tali procedimenti e prevenendo l'ascolto della persona offesa entro tre giorni dal ricevimento della notizia di reato, nonché il rafforzamento delle misure cautelari.

La disciplina dedicata alla persona offesa nel capo dei soggetti si focalizza sui diritti e le facoltà ad essa riconosciuti nel procedimento penale. Tra i poteri che la persona offesa può esercitare possiamo annoverare quelli meramente sollecitatori come il presentare memorie o indicare elementi di prova nel corso del procedimento (art. 90 comma 1)<sup>3</sup>. Quanto alle memorie, si tratta di elaborati scritti, provenienti dalla persona offesa o dal suo difensore che hanno ad oggetto questioni processuali o di merito sulle quali però non esiste un dovere di pronunciarsi dell'organo destinatario che potrà ritenere di prenderne in esame in contenuto oppure di non tenerne conto. Per quel che concerne l'indicazione degli elementi di prova, l'attività dell'offeso sarà indirizzata prevalentemente al pubblico ministero per orientarlo nelle indagini, per sollecitarlo a fissare l'incidente probatorio, per indicargli le prove da assumere. Tra i diritti riservati alla persona offesa il codice di procedura penale indica i diritti di informativa. La persona offesa ha il diritto di ricevere le informazioni necessarie al fine di poter esercitare i propri poteri nel procedimento penale. I diritti di informativa, potenziati dal d.lgs. n. 212 del 2015 in attuazione della Direttiva 2012/29/UE<sup>4</sup> si sostanziano in informazioni che devono essere fornite alle persone offese, in una lingua a lei comprensibile fin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria. Tra esse segnaliamo a titolo esemplificativo e non esaustivo rinviando alla lettura dell'art. 90 *bis* c.p.p.: le modalità di presentazione

1 A. Antonilli, F. Di Muzio, *La società della vittimizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2021.

2 F. Di Muzio, G. Vaccaro, *Cosmologia della violenza familiare, dinamiche, strumenti di contrasto e strategie di prevenzione*, Milano, Maggioli, 2022.

3 A. Antonilli, F. Di Muzio *La società della vittimizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2021.

4 Per una disamina s.v. A. Antonilli, F. Di Muzio, *La società della vittimizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2021.

dell'atto di denuncia - querela<sup>5</sup>; l'elezione di domicilio per le notificazioni degli atti del procedimento, anche dichiarando l'indirizzo di posta elettronica certificata; la facoltà di ricevere comunicazioni del procedimento penale e le iscrizioni di cui all'art. 335 comma 1, 2 e 3-ter; la facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione; la facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello stato; della possibilità di usufruire dell'interprete qualora non parli la lingua italiana; la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni patiti dal reato; indicazioni sulle strutture sanitarie presenti sul territorio; le case famiglie; i centri antiviolenza; le case rifugio e i servizi di assistenza delle vittime di reato; la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa (informativa inserita a seguito dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia della giustizia penale che ha previsto in disposizioni organiche sulla giustizia riparativa). L'art. 90 bis c.p.p. prevede che la persona offesa sin dal primo contatto con l'autorità precedente venga informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere i programmi di giustizia riparativa. Sempre in tema di informazioni alla persona offesa l'art. 99 ter c.p.p. il quale prevede che ad integrazione di quanto previsto dall'art. 299 comma 2 bis, 3 e 4 bis c.p.p., si stabilisce che nei procedimenti per i reati commessi con violenza alla persona si deve dare comunicazione immediatamente alla persona offesa che ne faccia richiesta con l'ausilio della p.g., dei provvedimenti di liberazione, di evasione e di sottrazione all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva, nonché per i reati di cui al comma 1 bis dell'art. 90 ter c.p.p. inserito dalla l. 69 del 2019 sempre anche alla persona offesa e al suo difensore<sup>6</sup>. Il codice di procedura penale nell'art. 90 quater c.p.p. prende in considerazione la persona offesa vulnerabile o meglio particolari condizioni che rendono il soggetto passivo maggiormente vulnerabile rafforzandone la protezione quando queste depongono, per i minori e gli adulti in determinati casi l'esame deve essere sottoposto a registrazione fonografica o audiovisiva e deve essere assunto in strutture diverse dal tribunale (per i minorenni), eventualmente con vetro specchiato e con impianto citofonico al fine di evitare che il vittima entri a contatto con il proprio aggressore<sup>7</sup>. In ultimo la persona offesa può esercitare poteri di partecipazione nel corso del procedimento penale a mezzo del proprio difensore di fiducia nominato e dunque partecipare agli accertamenti tecnici irripetibili nella fase delle indagini preliminari, svolgere le cosiddette investigazioni difensive, sollecitate il P.M. alla richiesta di incidente probatorio, può essere sentita come testimone in dibattimento<sup>8</sup> e come persona informata sui fatti nelle indagini preliminari. opporsi alla richiesta di archiviazione della notizia di reato, opponendovisi. In tale ultimo caso la persona offesa esercita un vero e proprio controllo sull'attività del pubblico ministero, in quanto formalmente informata della richiesta di archiviazione, ha il potere di opporsi a tale determinazione del P.M. presentando ulteriori temi di investigazione. Sempre in ordine all'attività del P.M. la persona offesa può presentare le proprie osservazioni in merito alla richiesta di proroga delle indagini preliminari quando il P.M. ne fa richiesta al gip, ai sensi e per gli effetti dell'art. 406 comma 3. Il capo dedicato alla persona offesa si chiude con le disposizioni concernenti gli enti e le associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato, in particolare l'art. 91 c.p.p. attribuisce a costoro in ogni stato e grado del procedimento gli stessi diritti e le stesse facoltà conferite alla persona offesa. Il nostro ordinamento penalistico in materia di assistenza e tutela degli offesi particolarmente vulnerabili ha apprestato un sistema ad hoc di protezione per le vittime di violenza di genere e nelle relazioni di intimità sul quale ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione.

## 2. La tutela delle vittime di violenza di genere nelle fonti nazionali: il decreto-legge 14 agosto 2013 n. 93

Il Decreto-legge n.93 del 14 agosto 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*), convertito nella Legge n.119 del 15 ottobre 2013 (c.d. legge sul femminicidio), rappresenta una presa di coscienza, da parte dell'Italia, in merito al dilagante fenomeno della violenza domestica e di quella contro le donne<sup>9</sup>.

5 Nel capo IV del codice penale dedicato alla persona offesa dal reato si enuncia il diritto di questa presentare querela nelle forme e nelle modalità stabilite dall'art. 120 ss. c.p., sia per quel che concerne la presentazione della querela dell'offeso maggiorenni sia per la querela presentata dal minore o altre tipologie di soggetti (es. inabilitato).

6 F. Di Muzio, *Per- corsi di diritto e procedura penale per le scienze criminologiche, psicologiche e sociali*, Milano. Cedam 2023.

7 Nel dettaglio s.v. Convenzione di Lanzarote l. 172 del 2012.

8 F. Di Muzio, *Attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa non costituita parte civile*, in *Il Penalista*, 2016.

9 F. Di Muzio, *La tutela processuale della vittima di violenza*, in *Giurisprudenza penale online*, 2013.

Fenomeno che, è bene sottolineare, non insiste solo su profili giuridici, ma anche e soprattutto culturali, nonché sociali, etici ed economici<sup>10</sup>.

Ebbene, è su queste basi e soprattutto sulla scorta delle pressioni mediatiche, date dall'altissima incidenza di atti di violenza commessi nei confronti delle donne, che nel nostro Paese sono state introdotte, attraverso il d. l. 93/2013, una serie di misure, preventive e repressive, di contrasto ai delitti contro vittime vulnerabili e, in particolare, a quelli caratterizzati da violenza di genere<sup>11</sup>.

L'allarme sociale destato da quest'ultima, che ha spinto il nostro Paese ad intervenire tramite il ricorso alla decretazione d'urgenza<sup>12</sup> per arginare e contrastare il fenomeno, emerge chiaramente nel preambolo del decreto-legge in commento:

Alla luce del susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza ai danni delle donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato, furono approntati interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica, nonché di affiancare con urgenza ai predetti interventi misure di carattere preventivo da realizzare mediante la predisposizione di un piano di azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere, che contenga azioni strutturate e condivise, in ambito sociale, educativo, formativo e informativo per garantire una maggiore e piena tutela delle vittime.

È bene precisare, per ciò che concerne gli interventi di diritto penale sostanziale, che le novità interessano unicamente i delitti di maltrattamenti, violenza sessuale e atti persecutori<sup>13</sup> in quanto descrittivi di un contesto in cui si annida e si sviluppa maggiormente la violenza di genere. Il reato di maltrattamenti in famiglia, infatti, postula condotte maltrattanti compiute in un contesto affettivo protetto, caratterizzato da legami affettivi forti e stabili, in cui la reazione della vittima è inibita perché profondo è il senso di dipendenza psicologica<sup>14</sup>; il delitto di atti persecutori, introdotto dal d. l. n. 11 del 2009, descrive vicende spesso prodromiche di una degenerazione violenta dei rapporti fra persone precedentemente legate da un rapporto affettivo; la violenza sessuale, invece, specie nella forma costrittiva, è espressione dell'aggressività maschile nei confronti della donna.

Tanto premesso, esaminiamo le novità introdotte dal d. l. 93/13, coordinato con la legge di conversione n. 119/13.

Riguardo al delitto di *maltrattamenti in famiglia* di cui all'art. 572 c.p., peraltro già sensibilmente riformato dalla legge 172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote, la novella legislativa interviene estendendo la portata dell'aggravante comune di cui al secondo comma: essa si applica non più, e non solo, per il caso che il fatto sia commesso nei confronti di minore infraquattordicenne, ma anche qualora il fatto sia commesso in presenza di minore degli anni diciotto<sup>15</sup> (art. 1, comma 1, d. l. 93/2013). La legge n.119/13, in sede di conversione, abroga detto secondo comma e aggiunge all'interno dell'art. 61 c.p., *Circostanze aggravanti comuni*, il numero 11 – *quinquies*): «l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza».

10 P. Mazzina, *La violenza domestica e le azioni positive (di secondo livello) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte Edu Talpis c. Italia*, in *Archivio Penale*, 2, 2017.

11 La Convenzione di Istanbul del 2011, sul presupposto che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, definisce la violenza di genere come «una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata» (art. 3 lett. a).

12 Per comprendere le ragioni del ricorso alla decretazione d'urgenza, vedasi M. Monzani, F. Di Muzio, *La giustizia riparativa. Dalla parte delle vittime*, FrancoAngeli 2019; G. Pavich., *Le novità del decreto-legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili. Un esame critico delle nuove norme sostanziali e processuali del d.l. n. 93/2013 riguardanti i delitti in danno ai soggetti deboli*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

13 Art. 1 d.l. 93/2013 recante *Norme in materia di maltrattamenti, violenza sessuale e atti persecutori*.

14 Corte Costituzionale, sentenza del 28 aprile 2011, n. 98, depositata in data 14 maggio 2021.

15 La previsione dell'aggravante comune della commissione del fatto in presenza di minore infradiciottenne è in linea con quanto previsto dalla *Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, la quale, all'art. 46 lett. d) prevede, quale circostanza aggravante, la commissione del fatto «su un bambino o in presenza di un bambino».



In merito al delitto di *violenza sessuale* ex art. 609 *bis* c.p., il d. l. 93/13 ha introdotto *due ulteriori aggravanti* all'interno dell'art. 609 *ter* c.p.: la prima attiene all'eventualità che il fatto sia commesso nei confronti di donna in stato di gravidanza<sup>16</sup>; la seconda concerne l'ipotesi in cui la violenza sessuale sia commessa nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza (art. 1, comma 2, d. l. 93/13).

Ulteriori modifiche sono state apportate, altresì, all'interno dell'art. 609 *decies* c.p., *Comunicazioni al Tribunale per i minorenni*. Detta norma, introdotta dalla l. n. 66/1996, pone l'obbligo in capo al Procuratore della Repubblica di dare notizia al Tribunale per i minorenni nel caso in cui siano commessi determinati reati (600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinqüies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quinqüies*, 609 *octies* e 609 *undecies*, 609 *quater* c.p.) in danno di minori. La novella legislativa interviene aggiungendo in questo catalogo di reati che devono essere comunicati al Tribunale per i minorenni anche i maltrattamenti in famiglia e gli atti persecutori, se commessi in danno di un minore o da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro genitore. Detta comunicazione, qualora riguardi i delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale o atti persecutori, rileva in sede civile ai fini dei provvedimenti concernenti i figli, la responsabilità genitoriale, ovvero la valutazione di condotte pregiudizievoli da parte di uno dei genitori (art. 609 *decies*, comma 2, c.p.).

Per ciò che concerne il delitto di *atti persecutori* (c.d. *stalking*) ex art. 612 *bis* c.p., la novella legislativa interviene in due direzioni, ampliando le ipotesi aggravate di cui al comma secondo. Per un verso, è previsto un aumento del trattamento sanzionatorio qualora il fatto sia «commesso dal coniuge *anche* separato o divorziato» (art. 1, comma 3, lett. a) d. l. 93/13). Il testo precedente della norma conteneva un chiaro riferimento esclusivamente alla figura dell'*ex partner*<sup>17</sup>, sicché assumeva rilevanza, ai fini della configurazione del delitto di atti persecutori nella forma aggravata, la cessazione del rapporto di coniugio o della relazione affettiva: l'aggravante, in altre parole, era limitata ai rapporti ormai conclusi. Il legislatore del 2013, sulla scorta delle varie critiche avanzate da più parti, ha esteso l'ipotesi aggravata di cui all'art. 612 *bis*, comma 2, c.p., la quale ricomprende ora ogni rapporto di coniugio o di legame affettivo anche attuale, sulla considerazione che gli atti persecutori sono connotati da maggior disvalore qualora commessi da persona che, essendo ancora legata da un rapporto affettivo alla vittima, conosce, più di un estraneo o anche dell'*ex coniuge* o dell'*ex partner*, le sue abitudini di vita, sì da poter attuare più facilmente il suo proposito criminoso<sup>18</sup>.

Sotto altro versante, la novella del 2013 tipizza, qualificandolo come aggravante degli atti persecutori, il c.d. *cyberstalking*, cioè quelle condotte persecutorie commesse attraverso l'utilizzo di strumenti informatici o telematici<sup>19</sup>.

La modifica legislativa più incisiva nel nucleo dell'art. 612 *bis* c.p. è la previsione dell'irretrattabilità della querela qualora «il fatto sia stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612 secondo comma». Ciò, è evidente, al fine di evitare la c.d. vittimizzazione secondaria.

La novella legislativa del 2013 ha investito anche il codice di rito, come si evince dall'art. 2 del decreto recante *Modifiche al codice di procedura penale e disposizioni concernenti i procedimenti penali per i delitti di cui all'articolo 572 del codice penale*.

In primo luogo, è stata estesa l'applicabilità della misura cautelare dell'*allontanamento dalla casa familiare* ex art. 282 *bis* c.p.p. anche ai delitti di lesioni personali volontarie e di minaccia grave ovvero aggravata, in deroga ai limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. (art. 2, comma 1, lett. a) d. l. 93/13). L'idoneità di tali ultimi delitti a giustificare la suddetta misura cautelare si fonda sulla natura degli stessi, considerati come possibili reati spia di una condizione di disagio familiare<sup>20</sup>. Inoltre è previsto che il giudice, nell'applicare tale misura cautelare, possa disporre che l'autore di reato sia sottoposto alle

16 La previsione della circostanza aggravante per il caso in cui la violenza sessuale sia commessa nei confronti di donna in stato di gravidanza riprende quella prevista dalla Convenzione di Istanbul all'art. 46 lett. c): «il reato è stato commesso contro una persona in circostanze di particolare vulnerabilità».

17 La versione precedente alla riforma introdotta con il d.l. 93/13 era la seguente: «La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

18 A. Merilli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612 – bis c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

19 L'ipotesi aggravata, ad avviso della giurisprudenza, si configura mediante l'invio alla persona offesa di sms e di messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti social network (Corte di Cassazione, Sez. VI, 30 agosto 2010, n. 32404).

20 Cfr. G. Pavich, *Le novità del decreto-legge sulla violenza di genere*, op. cit.

ulteriori modalità di controllo di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. (c.d. braccialetto elettronico)<sup>21</sup> previste, finora, esclusivamente per la misura cautelare degli arresti domiciliari.

Ulteriore modifica ha interessato l'art. 299 c.p.p., nell'ottica di una maggiore tutela della persona offesa, che diviene così destinataria di specifici avvisi in ordine alla revoca o sostituzione delle misure cautelari ex artt. 282 *bis* e *ter* c.p.p. (allontanamento dalla casa familiare e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa)<sup>22</sup>. Ebbene, la revoca o sostituzione di dette misure deve essere immediatamente comunicata alla persona offesa, al suo difensore, ove nominato, e ai servizi socioassistenziali del territorio; altresì, la richiesta di revoca o sostituzione, sia che provenga dal pubblico ministero, dall'imputato o dal suo difensore, deve essere notificata, a pena di inammissibilità, alla persona offesa o al difensore nominato (art. 2, comma 1, lett. b), n. 1, 2, 3, d. l. 93/13). Ai fini della sostituzione di dette misure cautelari il giudice deve tenere conto della eventuale sottoposizione, ad opera dell'imputato, ai programmi di prevenzione della violenza organizzati dai servizi socioassistenziali del territorio, il cui eventuale esito positivo, per effetto della modifica introdotta dalle legge di riforma all'interno dell'art. 282 *quater* c.p.p., deve essere comunicato al Pubblico Ministero e al Giudice<sup>23</sup>.

Alla stessa *ratio*, secondo cui la persona offesa deve essere avvisata di eventuali provvedimenti favorevoli all'indagato – imputato, soggiace, peraltro, la modifica di cui all'art. 408 c.p.p. in ordine alla richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato: la novella legislativa, a chiusura della predetta norma, introduce il nuovo comma 3 bis in base al quale, qualora si proceda per un delitto commesso con violenza alla persona, l'avviso della richiesta di archiviazione deve essere notificato alla persona offesa in ogni caso<sup>24</sup> (non più solo, quindi, qualora questa ne abbia fatto richiesta nella notizia di reato). In tale ipotesi, il termine per presentare opposizione alla richiesta di archiviazione è elevato a trenta giorni (art. 2, comma 2, lett. g) d. l. 93/13). Specularmente alla previsione dell'art. 408 c.p.p., il decreto è intervenuto sull'art. 415 *bis* c.p.p. prevedendo che, quando si procede per i delitti di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari deve essere notificato anche al difensore della persona offesa, o in mancanza di questi, alla persona offesa (art. 2, comma 2, lett. h) d. l. 93/13).

Altra modifica nel codice di rito riguarda la misura precautelare dell'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p., in particolare la sua applicabilità sia per il delitto di maltrattamenti in famiglia, sia per quello di atti persecutori (art. 2, comma 1, lett. c) d. l. 93/13).

Una delle novità più rilevanti contenute nel decreto è l'introduzione del nuovo art. 384 bis c.p.p., ossia l'allontanamento urgente dalla casa familiare: è data facoltà alla polizia giudiziaria, previa autorizzazione del pubblico ministero, di disporre l'allontanamento urgente dalla casa familiare nei confronti di colui che viene colto in flagranza dei delitti indicati nel comma 6 dell'art. 282 c.p.p. (delitti contro la famiglia, pornografia minorile, prostituzione minorile, violenza sessuale e atti persecutori), qualora vi siano fondati motivi di ritenere che tali condotte criminose possano essere reiterate, sì da porre in grave pericolo la vita o l'integrità psico – fisica della vittima<sup>25</sup>(art. 2, comma 1, lett. d) d. l. 93/13).

La riforma legislativa introduce importanti novità anche in merito all'esame dibattimentale.

- 
- 21 Il c.d. *braccialetto elettronico* è una cavigliera applicata all'indagato/imputato idonea a potenziare ulteriormente la protezione della persona offesa. All'interno del Decreto del Ministero dell'Interno n. 38/2002 sono contenute le norme di carattere tecnico per l'impiego e l'attivazione dei dispositivi elettronici. Le modalità applicative dei dispositivi prevedono il *monitoraggio domiciliare*, che rileva il soggetto all'interno di luoghi predeterminati, negli orari stabiliti dall'A.G. procedente; il *tracciamento*, che segnala gli spostamenti dell'autore di reato; il *monitoraggio domiciliare con tracciamento*, che rileva il soggetto all'interno di luoghi predefiniti e contestualmente ne individua gli spostamenti; il *tracciamento di prossimità*, grazie al quale la vittima viene dotata di un dispositivo che, qualora rilevi la presenza dell'aggressore nelle vicinanze, genera immediatamente un allarme verso il Centro Elettronico di Monitoraggio.
- 22 La previsione di specifici obblighi di avviso nei confronti della persona offesa è in linea con quanto previsto all'art. 56 lett. b) della Convenzione di Istanbul, laddove si prevede che le vittime siano informate quando l'autore del reato dovesse evadere o essere rimesso in libertà in via temporanea o definitiva.
- 23 Cfr. F. Di Muzio, G. Vaccaro, *Cosmologia della violenza familiare: dinamiche, strumenti di contrasto e strategie di prevenzione*, Milano, Maggioli 2022.
- 24 La Corte di cassazione a Sezioni Unite (n.10959/2016) ha stabilito che nei delitti commessi con violenza alla persona rientrano i reati di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi (artt. 612 *bis* e 572 c.p.), in quanto l'espressione "violenza alla persona" deve essere intesa alla luce del concetto di "violenza di genere".
- 25 L'introduzione della misura precautelare dell'allontanamento urgente dalla casa familiare echeggia quanto previsto dall'art. 52 della Convenzione di Istanbul, il quale riconosce alle autorità competenti la facoltà di ordinare all'autore della violenza domestica, in situazioni di pericolo immediato, di lasciare la residenza della vittima o della persona in pericolo per un periodo di tempo sufficiente e di vietargli l'accesso al domicilio della vittima ovvero della persona in pericolo o di impedirgli di avvicinarsi alla vittima.

Da un lato, viene estesa anche per il reato di maltrattamenti in famiglia, assieme alle altre ipotesi di reato già disciplinate dal comma 4 *ter* dell'art. 498 c.p.p., la modalità di conduzione dell'esame del minore o del maggiorenne infermo di mente, vittime di reato, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico (art. 2, comma 2, lett. i), numero 1, d. l. 93/13). Dall'altro, la novella legislativa introduce all'interno dell'art. 498 c.p.p. il nuovo comma 4 *quater*, in base al quale, per i medesimi reati di cui al comma 4 *ter*, anche l'esame della persona offesa maggiorenne, che versi in condizioni di particolare vulnerabilità<sup>26</sup>, può essere condotto in modalità protetta (art. 2, comma 2, lett. i), numero 2, d. l. 93/13). Viene in tal modo estesa la nozione di *vittima vulnerabile* ed ampliata la platea dei soggetti che necessitano di misure specifiche di protezione nel corso del procedimento penale<sup>27</sup>.

Il comma 3 del decreto-legge in oggetto, quale ulteriore misura in favore delle vittime di violenza di genere, introduce una importante novità in tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, ampliando il catalogo dei reati per i quali la persona offesa può essere ammessa al gratuito patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. Per effetto della novella oggi anche le vittime di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori possono chiedere l'ammissione al gratuito patrocinio a prescindere dal loro reddito<sup>28</sup>. Tale previsione si unisce a tutti quei provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori<sup>29</sup>.

Le ulteriori disposizioni del decreto, sebbene non abbiano una diretta incidenza sulle norme di diritto penale sostanziale o sul procedimento penale, prevedono misure di carattere stragiudiziale sempre in riferimento alle ipotesi di violenza domestica.

Più nello specifico, l'art. 3 introduce nel nostro ordinamento la misura preventiva dell'ammonimento del questore. È previsto, infatti, che qualora alle forze dell'ordine sia segnalato un fatto riconducibile al reato di lesioni – limitatamente all'ipotesi aggravata di cui al comma secondo dell'art. 582 c.p. – nell'ambito di violenza domestica, il questore possa procedere all'ammonimento dell'autore del fatto, anche in assenza di querela della persona, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti<sup>30</sup>. Detto articolo, peraltro, fornisce una definizione di "violenza domestica":

Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

L'art. 4, invece, appresta una specifica tutela per gli stranieri vittime di violenza domestica mediante la previsione di un'ipotesi di permesso di soggiorno temporaneo per le vittime di reati commessi nell'am-

26 F. Di Muzio, *La testimonianza della vittima vulnerabile*, in *Giurisprudenza penale online*, 2016.

27 Tali misure di protezione per le vittime vulnerabili sono disciplinate altresì, a livello comunitario, all'art. 23 della Direttiva 2012/29/UE.

28 In origine, erano compresi i soli reati di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies*. Se si trattava di persone offese minorenni, il catalogo comprendeva anche gli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinqüies*, 601, 602, 609 *quinqüies* e 609 *undecies* c.p.

29 È quanto ribadito dalla Corte Costituzionale con sentenza del 11 gennaio 2021, n.1 con la quale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 3 e 24, terzo comma, Cost., dell'art. 76, comma 4-ter, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nella parte in cui prevede – a prescindere da limiti di reddito – l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa dai reati di cui agli artt. 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., nonché, ove commessi in danno di minori, di quelli di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*quinqüies* e 609-*undecies* del codice penale. La Corte ha altresì evidenziato che «la ratio della disciplina in esame è rinvenibile in una precisa scelta di indirizzo politico-criminale che ha l'obiettivo di offrire un concreto sostegno alla persona offesa, la cui vulnerabilità è accentuata dalla particolare natura dei reati di cui è vittima, e a incoraggiarla a denunciare e a partecipare attivamente al percorso di emersione della verità».

30 La circostanza per cui non è necessaria, ai fini dell'istituto *de quo*, la richiesta della persona offesa, vale a distinguere tale forma di ammonimento da quello previsto dall'art. 8 del d.l. n.11/2009 (*Misure urgenti in tema di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*) in tema di atti persecutori, ai sensi del quale «la persona offesa, fino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'art. 612*bis* c.p., può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta».

bito di violenze domestiche, qualora «siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità» (art. 4, comma 1, d. l. 93/13)<sup>31</sup>.

A chiusura delle disposizioni in merito alla violenza domestica e di genere, l'art. 5 del decreto affronta il fenomeno in prospettiva più ampia, mediante la predisposizione di un Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere realizzato dal Dipartimento per le Pari Opportunità, per il periodo 2014 – 2020. Esso affronta il fenomeno della violenza di genere su più vasta scala, individuando le seguenti prospettive di intervento: 1) prevenire il fenomeno della violenza, mediante l'informazione e la sensibilizzazione della collettività, nonché la formazione di tutte le professionalità che entrano in contatto con la violenza di genere; 2) promuovere l'educazione degli studenti, mediante l'introduzione di programmi scolastici contro la violenza e la discriminazione di genere; 3) potenziare le forme di assistenza e sostegno alle donne vittime di violenza e ai loro figli tramite il rafforzamento dei servizi territoriali e dei centri antiviolenza; 4) ampliare la protezione delle vittime attraverso il rafforzamento della collaborazione fra tutte le istituzioni coinvolte; 5) recuperare i soggetti autori di reato per abbattere il rischio di recidiva<sup>32</sup>.

### 3. Il Codice Rosso (L. n. 69/2019)

La legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso), d'iniziativa governativa, reca le *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*.

Il legislatore italiano, anche alla luce della drammatica recrudescenza della violenza domestica e di genere, è intervenuto con la novella legislativa in oggetto per rafforzare le tutele delle vittime di tali fenomeni delittuosi, operando delle modifiche dal punto di vista del diritto penale sostanziale e processuale. Gli obiettivi sono quelli di garantire l'immediata instaurazione e progressione del procedimento penale e scongiurare stasi procedurali che possano porre in pericolo la vita e l'incolumità fisica delle vittime.

Tale *ratio* emerge chiaramente dalla Relazione del Governo al disegno di legge: «le esigenze di completezza della tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, dunque, sono alla base degli interventi di modifica alle norme del codice di procedura penale».

Emblematica è anche la dicitura con cui viene definita la legge 69/19 - *Codice rosso* -, per ricalcare la definizione medica volta ad ottenere la precedenza assoluta in Pronto Soccorso in caso di urgenza<sup>33</sup> e la conseguente attivazione del Percorso Rosa<sup>34</sup> per le vittime di violenza sessuale.

Le nuove disposizioni si inseriscono sulla scia di alcuni interventi normativi che, a partire dagli anni Novanta, hanno interessato il fenomeno della violenza domestica e di genere. Il riferimento, primariamente, va alla normativa europea<sup>35</sup>. Infatti, l'impegno profuso dagli organi sovranazionali nella materia è stato notevole. Esso si è concretizzato nell'adozione della Raccomandazione (2002)5 del Consiglio dei Ministri agli Stati membri sulla protezione delle donne dalla violenza<sup>36</sup> seguita dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione della lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul), primo strumento internazionale giuridicamente vincolante avente il pre-

31 Tale previsione richiama quanto previsto agli artt. 56 e 59 della Convenzione di Istanbul.

32 Per un approfondimento degli interventi di protezione previsti dal d. l. 93/13, vedasi F. Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Milano, Franco Angeli, 2017.

33 P.Di Nicola Travagliani, F. Menditto, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

34 Il Codice Rosa o Percorso Rosa è un percorso di accesso al Pronto Soccorso riservato a tutte le vittime di violenza, in particolare donne, bambini e persone discriminate. Per un approfondimento si veda "Progetto Emergenza codice Rosa - Interventi di accoglienza presso strutture sanitarie e attivazione dei percorsi opportuni di uscita dalla violenza" consultabile sul sito di Differenza donna: [www.differenzadonna.org](http://www.differenzadonna.org).

35 F. Di Muzio, *Dai maltrattamenti a femminicidio, il codice rosso*, in A. Antonilli, F. Di Muzio, *La società della vittimizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2021.

36 Tale raccomandazione è stata adottata il 30 aprile 2002 ed è stato il primo strumento internazionale contenente una strategia globale per prevenire la violenza e proteggere le vittime. Essa definisce, all'art. 1 dell'Allegato, la "violenza contro le donne" come «qualsiasi azione di violenza fondata sull'appartenenza sessuale che comporta o potrebbe comportare per le donne che ne sono bersaglio danni o sofferenze di natura fisica, sessuale o psicologica, ivi compresa la minaccia di mettere in atto simili azioni, la costrizione, la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che in quella privata».



cipuo obiettivo di prevedere una cooperazione internazionale tesa alla protezione delle donne contro qualsiasi forma di violenza. A ciò si aggiunge la Direttiva UE 2012/29 recante *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato* e tesa al perseguimento di una migliore realizzazione dei diritti delle vittime di violenza di genere e di potenziamento delle azioni di sostegno in loro favore.

Un contributo importante nell'adozione della legge 69/2019 è provenuto senza dubbio dalla sentenza *Talpis contro Italia*, già esaminata in precedenza, nella quale la Corte Edu ha censurato l'inerzia dell'autorità italiana di fronte alle reiterate denunce di una vittima di violenze familiari che aveva condotto al tragico epilogo del tentato omicidio di quest'ultima e all'omicidio del di lei figlio. È opportuno evidenziare che, a seguito della sentenza illustrata, il Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera 9 maggio 2018, ha adottato una *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*<sup>37</sup>. Il CSM, nell'evidenziare la drammatica recrudescenza di tali fenomeni delittuosi, ha sottolineato che un'efficace tutela delle vittime è strettamente collegata alla tempestività dell'intervento giudiziario e soprattutto alla capacità di cogliere gli indicatori della violenza da parte dell'autorità giudiziaria<sup>38</sup>.

Per ciò che attiene al diritto interno, il legislatore nazionale è intervenuto più volte negli ultimi anni con normative *ad hoc* per assicurare una maggiore tutela alle vittime di violenza domestica e di genere. Si richiamano nello specifico:

- la legge n. 66/96 (*Norme contro la violenza sessuale*);
- il d. l. n. 11/2009, conv. dalla l. n. 38/2009 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*). Tale intervento legislativo ha avuto il pregio di introdurre all'interno del codice penale il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 bis c.p. e l'aggravante per l'omicidio commesso dallo stalker nei confronti della persona offesa (art. 576, co. 1, n. 5. c.p.);
- il d.l. n. 93/2013, conv. dalla l. n. 119/2013 (*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*), già esaminato al paragrafo che precede (v. Parte Prima, par. 3);
- il d.l. n. 24/2014 (*Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI*);
- il d.l. n. 212/2015 (*Attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*);
- la recente l. n. 4/2018 (*Modifiche al Codice civile, al Codice penale, al Codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici*).

Per lungo tempo il legislatore italiano, al fine di fornire una migliore tutela alle vittime di violenza domestica e di genere, attraverso la predisposizione di speciali misure di prevenzione, è intervenuto con strumenti processuali orientati prevalentemente sulla persona dell'indagato – imputato. Forte è stata la valenza repressiva dei precedenti interventi legislativi, tramite l'introduzione di nuove fattispecie di reato, l'aggravamento della risposta sanzionatoria di quelli già in vigore, la previsione di nuove circostanze aggravanti e l'ampliamento di misure cautelari. La finalità, è evidente, era prevalentemente quella di contenere il rischio di recidiva<sup>39</sup> e soprattutto quello di evitare che, come riportato più volte dalla cronaca giudiziaria, l'intervento giurisdizionale, a fronte di una situazione di violenza denunciata, giungesse tardivamente. È proprio quest'ultimo aspetto che rappresenta uno dei più significativi vuoti di tutela della disciplina antecedente all'entrata in vigore del Codice Rosso, assieme ad altre lacune concernenti la persona offesa, sia dal punto di vista di un apporto attivo della stessa sia dell'effettività della protezione ad essa accordata.

È su queste premesse che si inserisce la l. n. 69/19, il cui fine precipuo è quello di restituire dignità alla vittima, assicurandole protezione e supporto già dalla prima fase del procedimento penale tramite una efficiente valutazione e gestione del rischio di gravità e reiterazione della condotta criminosa.

L'obiettivo primario, in altri termini, non è tanto, e non solo, la punizione dell'autore di reato, quanto piuttosto il potenziamento dell'intervento giurisdizionale<sup>40</sup>.

37 La citata Risoluzione è consultabile sul sito [www.csm.it](http://www.csm.it).

38 Ivi, par. 7.

39 A. Marandola, G. Pavich, *Codice rosso l. n. 69/2019*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

40 Tale finalità preventiva, peraltro, risponde pienamente alle prescrizioni della Convenzione di Istanbul, laddove essa impone agli Stati parti di «adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che le indagini e i procedimenti penali relativi a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione siano avviati senza indugio ingiustificato, prendendo in considerazione i diritti della vittima in tutte le fasi del procedimento penale» (art. 49, comma 1).

A tal fine viene creata una corsia preferenziale per i reati di violenza domestica e di genere attraverso la previsione di una priorità nella trattazione e l'immediata instaurazione del procedimento qualora si proceda per i reati di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, atti persecutori o lesioni aggravate commessi nel contesto familiare o nel corso di una relazione affettiva. Altresì, sempre nell'ottica di un rafforzamento della posizione della persona offesa, è previsto un potenziamento dei diritti di informazione e protezione della stessa.

In chiave repressivo – punitiva, vengono introdotte nuove fattispecie incriminatrici, inasprite le sanzioni finora previste per alcune categorie di reati e modificate talune circostanze aggravanti.

Dal punto di vista dell'autore di reato, al fine di neutralizzare, o comunque contenere il rischio di recidiva, sono previste misure di trattamento e sostegno psicologico, cui subordinare, eventualmente, la concessione dei benefici penitenziari.

#### 4. Le modifiche al codice penale: introduzione di nuove fattispecie di reato

Tra le novità più significative introdotte all'interno del codice penale dalla l. n. 69/19, oltre a quelle concernenti l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i delitti c.d. da codice rosso e la previsione, per gli stessi, di nuove circostanze aggravanti, vi è senza dubbio l'introduzione di quattro nuove tipologie di reati, tutti descrittivi di un contesto di violenza domestica e di genere.

L'art. 4 l.n. 69/19 introduce il nuovo art. 387 bis c.p. recante la *Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*. Il nuovo delitto è collocato nel capo II del titolo III del Codice Penale (*Dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*) e punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni colui che, essendovi legalmente sottoposto, viola le misure cautelari di cui agli artt. 282 bis e ter c.p.p. o il provvedimento precautelare dell'allontanamento urgente dalla casa familiare ex art. 384 bis c.p.p., disposto dalla polizia giudiziaria<sup>41</sup>.

Le misure *de quibus* hanno lo scopo di proteggere le vittime di reati commessi in ambito familiare, ovvero nei confronti di persone precedentemente legate da vincoli affettivi con l'autore di reato, oppure nei confronti di persone a loro volta legate a quest'ultimo da vincoli di coabitazione o di sangue<sup>42</sup>. La genesi e la *ratio* della disposizione fanno propendere per la natura plurioffensiva del delitto, che appare diretto a tutelare non solo la corretta esecuzione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, ma soprattutto l'incolumità psico-fisica delle persone a salvaguardia delle quali sono state emanate le suindicate misure.

Il nuovo reato, peraltro, colma una lacuna nel panorama sanzionatorio a tutela dell'incolumità della vittima, atteso che, prima dell'entrata in vigore dello stesso, la violazione delle misure cautelari di cui agli artt. 282 bis e ter c.p.p. avrebbe comportato, per l'autore, l'applicazione di una misura più severa.

Con l'art. 7 della riforma viene introdotto all'interno del codice penale il nuovo art. 558 bis c.p. recante la *Costrizione o induzione al matrimonio*<sup>43</sup>. Tale disposizione, benché collocata all'interno del Capo I, *Dei delitti contro il matrimonio*, del Titolo XI, *Dei delitti contro la famiglia*, tutela in senso più ampio la salvaguardia della libertà individuale in relazione alle scelte di vita che coinvolgono la sfera affettiva. Il reato, infatti, punisce la condotta di colui che, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile, ovvero che, approfittando delle condizioni di vulnerabilità, di inferiorità psichica o di necessità di una persona, la induce a contrarre matrimonio o unione civile, con abuso delle

41 La previsione della nuova fattispecie di reato di cui all'art. 387 bis c.p. ricalca quanto stabilito dall'art. 53 della Convenzione di Istanbul laddove dispone che la violazione delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento e comunicazione con la vittima deve essere sanzionata penalmente o comunque deve dar luogo a sanzioni legali efficaci, proporzionate e dissuasive.

42 Le misure ex artt. 282 bis e ter c.p.p. sono misure cautelari personali coercitive di tipo non custodiale, in quanto comportano una limitazione della libertà personale del soggetto autore di reato. Con il provvedimento ex art. 282 bis c.p.p. il giudice dispone all'imputato di lasciare immediatamente la casa familiare, di non farvi rientro, e di non accedervi senza la propria autorizzazione. Può altresì prescrivere, con il medesimo provvedimento, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa. Con il provvedimento ex art. 282 ter c.p.p. il giudice prescrive al soggetto agente di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere certa distanza da detti luoghi. Può altresì prescrivere di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa. Per approfondimenti, si veda P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2021.

43 La nuova fattispecie di reato costituisce parziale attuazione dell'art. 37 della Convenzione di Istanbul che impone agli Stati firmatari di reprimere quei comportamenti consistenti nel costringere un adulto o un minore a contrarre matrimonio.

relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione, educazione, vigilanza o custodia.

Anche tale nuova disposizione colma una lacuna esistente nel nostro ordinamento: benché vi fosse delle norme incriminatrici *latu sensu* applicabili alla casistica oggi tipizzata all'interno dell'art. 558 bis c.p., il nuovo delitto ha il pregio di affrontare in modo diretto ed onnicomprensivo il fenomeno.

L'art. 10 della novella legislativa introduce l'art. 612 *ter* del codice penale, recante *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, c.d. *revenge porn*, il quale punisce la condotta di colui che, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, *senza il consenso delle persone rappresentate*, ovvero, avendo ricevuto o acquisito le suddette immagini o video, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate, *al fine di recare loro nocimento*. Il nuovo delitto è collocato, pur con qualche perplessità<sup>44</sup>, nel Titolo XIII tra i *Delitti contro la libertà morale*.

L'attenzione destata da tali fenomeni delittuosi e la ricomprensione di tale fattispecie criminosa tra i reati c.d. di violenza di genere si spiega sulla considerazione che la diffusione di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito segue di sovente la fine di una relazione amorosa e viene utilizzata come strumento di pressione nei confronti delle vittime,<sup>45</sup> attraverso il quale l'autore di reato, che nella quasi totalità dei casi è l'uomo, continua ad esprimere il proprio potere dopo la fine della relazione, andando a minare quella che è l'identità della vittima a livello sociale mostrandone il corpo, con conseguenze che si protraggono per lungo tempo<sup>46</sup>.

L'art. 12, comma 1, l. n. 69/2019 introduce all'interno del codice penale una ulteriore fattispecie di reato ossia l'art. 583 *quinqies*, recante *Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*<sup>47</sup>. Tale nuovo delitto, che in epoca antecedente all'entrata in vigore della riforma legislativa costituiva una circostanza aggravante delle lesioni personali gravissime ex art. 583 secondo comma n. 4) c.p., incrimina oggi la condotta di colui che cagiona una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso. Il legislatore italiano, sulla scorta delle drammatiche vicende di cronaca che hanno evidenziato l'allarmante ripetersi di situazioni in cui erano state causate alla vittima tal genere di lesioni, è intervenuto rendendo tali condotte autonome fattispecie di reato e non già mera aggravante di una lesione personale, pur se gravissima. Tale maggior rigore, è evidente, mira a scongiurare una possibile attenuazione della risposta sanzionatoria tramite il giudizio di bilanciamento delle circostanze.

I successivi commi dell'art. 12 della legge contengono disposizioni di coordinamento. In primo luogo, vengono previste severe pene accessorie (interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno) subordinate alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. In secondo luogo, il nuovo delitto viene inserito nell'elenco di quelli di cui all'art. 576, comma 1, n. 5, c.p., che determinano l'applicazione della pena dell'ergastolo nel caso di omicidio, qualora questo sia commesso in occasione della commissione di uno dei reati ivi elencati.

L'ultimo comma dell'art. 12 della riforma estende al nuovo delitto ex art. 583 *quinqies* c.p. la limitazione dei benefici penitenziari, i quali possono essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità del condannato<sup>48</sup>.

44 *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. 62/19 del 27 ottobre 2019*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Al riguardo si è ritenuto più appropriato l'inserimento in un autonomo titolo dedicato alla "Tutela della riservatezza sessuale", da inserire dopo la sezione in cui sono presenti i delitti di violenza sessuale.

45 Cfr. P. Di Nicola Travaglini, F. Menditto, *Codice Rosso*, cit.

46 Oltre alle sofferenze psicologiche, che nei casi più gravi portano financo al suicidio della vittima, tra le conseguenze più diffuse vi è la perdita di lavoro o di altre importanti opportunità. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la vicenda occorsa nel 2019 in provincia di Torino in cui una giovane maestra è stata costretta alle dimissioni dopo che il suo ex aveva diffuso immagini private senza il suo consenso. A ciò si sono accompagnati i numerosissimi commenti indignati dell'opinione pubblica rivolti alla vittima, colpevolizzandola per quanto fosse stato diffuso.

47 Per comprendere la portata della nuova tipologia di reato è imprescindibile la nozione che ha dato la giurisprudenza di deformazione e sfregio permanente. Secondo la Suprema Corte per «deformazione si intende un'alterazione anatomica del viso che ne alteri profondamente la simmetria, tanto da causare un vero e proprio sfiguramento» (Cass. pen., Sez. IV, n.12006/2010); lo *sfregio permanente*, invece, è «un qualsiasi nocimento che non venga a determinare la più grave conseguenza della deformazione ma importi un turbamento irreversibile dell'armonia, dell'euritmia delle linee del viso» (Cass. pen., Sez. V, n. 22685/2017).

48 Art. 4, comma 1 *quater*, l. n. 345/75 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*): «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 583-*quinqies*, 600-bis, 600-ter, 600-*quater*, 600-*quinqies*, 609-bis, 609-ter, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del

Gli ulteriori articoli della novella legislativa intervengono su reati e istituti già presenti all'interno del codice penale, introducendo rilevanti novità.

Invero, l'art. 9 l. n. 69/19 contiene delle disposizioni concernenti il trattamento sanzionatorio di alcune delle fattispecie di reato maggiormente descrittive di un contesto di violenza endofamiliare e di genere.

La prima modifica, inserita nel comma 2 dell'art. 9, attiene al delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p. Oltre ad un ulteriore inasprimento del trattamento sanzionatorio<sup>49</sup>, l'articolo in commento introduce nel corpo del reato una circostanza aggravante in base alla quale «la pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di una persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi». Ne deriva che, almeno per quanto concerne il delitto di maltrattamenti in famiglia, l'aggravante *de qua* assorbe quella comune di cui all'art. 61, n. 11-*quinquies*<sup>50</sup>. La novità più rilevante è senza dubbio l'introduzione dell'ultimo comma all'interno dell'art. 572 c.p., secondo cui «il minore degli anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato». È questa l'ipotesi di «violenza assistita»<sup>51</sup>.

L'art. 9, comma 3, l.69/19 prevede un consistente aumento del trattamento sanzionatorio per il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p. La forbice edittale, finora compresa tra i sei mesi e i cinque anni, viene innalzata da un minimo di un anno ad un massimo di sei anni e sei mesi.

Il penultimo comma dell'art. 9 della riforma in commento ha incluso tra i destinatari delle misure di prevenzione contemplate dal codice antimafia (art. 4, comma 1, lett. i *ter*, d.lgs. 159/2011) anche i soggetti indiziati del delitto di maltrattamenti, e non più solo quelli indiziati di atti persecutori.

L'art. 13 della legge di riforma interviene, sempre in chiave rigoristica, sui delitti di violenza sessuale (artt. da 609 *bis* a 609 *octies* c.p.) inasprendone ulteriormente il trattamento sanzionatorio.

Con il primo comma viene innalzata la cornice edittale del delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p., ora ricompresa fra i sei e i dodici anni di reclusione (non più tra i cinque e i dieci anni).

Il secondo comma della riforma interviene sull'art. 609 *ter* c.p. (*Circostanze aggravanti*): la pena prevista per il delitto di violenza sessuale viene aumentata di un terzo se commessa in una delle modalità previste nel primo comma dell'art. 609 *ter* c.p., ovvero della metà nelle ipotesi rientranti nel secondo comma del medesimo articolo. Inoltre, all'interno del primo comma dell'art. 609 *ter* c.p. vengono inserite due ulteriori ipotesi aggravanti: in primo luogo viene disciplinata l'ipotesi in cui la violenza sessuale sia commessa «nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore» (art. 609 *ter*, comma 1, n.1)<sup>52</sup>; in secondo luogo viene disciplinato il caso in cui la violenza sessuale venga commessa «nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto» (art. 609 *ter*, comma 1, n.5).

Un ulteriore aggravamento delle sanzioni è introdotto nel secondo comma dell'art. 609 *ter*: nel caso di violenza sessuale commessa nei confronti di minore infraquattordicenne la pena è aumentata della metà; mentre nel caso in cui sia commessa su persona minore degli anni dieci, la pena è raddoppiata (e non più, come in precedenza, ricompresa fra i sette e i quattordici anni di reclusione).

---

codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-bis del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata».

- 49 L'attuale formulazione dell'art. 572 c.p., per effetto dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio operato dalla l. n. 69/19, prevede la reclusione da tre a sette anni. Il testo previgente, peraltro già sensibilmente riformato dal d. l. n. 93/13, prevedeva la reclusione da due a sei anni.
- 50 Numero inserito dal d. l. n. 93/13. Tale aggravante trova applicazione nel caso di commissione di determinati reati «in presenza o in danno di un minore degli anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza».
- 51 Prime linee guida per gli operatori nel *Documento sui requisiti minimi degli interventi a favore delle vittime di violenza assistita sulle madri* del 2005, reperibile sul sito [www.cismai.it](http://www.cismai.it). La giurisprudenza di legittimità, nell'esaminare il fenomeno della violenza assistita, ha stabilito che il reato di maltrattamenti è configurabile anche nel caso in cui i comportamenti vessatori non siano rivolti direttamente in danno dei figli minori, ma li coinvolgano indirettamente, come involontari spettatori delle liti tra i genitori che si svolgono all'interno delle mura domestiche, sempre che sia stata accertata l'abitudine delle condotte e la loro idoneità a cagionare uno stato di sofferenza psicofisica nei minori spettatori passivi. Per ulteriori approfondimenti, v. anche A. Marandola, G. Pavich., *Codice rosso*, op. cit.; P. Di Nicola Travaglini, F. Menditto, *Codice Rosso*, cit.
- 52 Rispetto al testo previgente, in cui tale aggravante era prevista solo qualora i fatti venissero commessi sul minore infradiciottenne, la *ratio* della riforma è quella di punire con maggiore severità i casi di violenza sessuale endofamiliare, anche quando la persona offesa non sia un minore.



Il terzo comma dell'art. 13 della l. n. 69/19 interviene sul delitto di atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609 *quater* c.p.<sup>53</sup>. Viene introdotta, in primo luogo, una nuova fattispecie aggravante ad effetto comune per il caso in cui il compimento di atti sessuali con il minore che non abbia compiuto gli anni quattordici avviene «in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi» (art. 609 *quater*, comma 3, c.p.). Altresì, all'interno del quarto comma del medesimo articolo, viene ampliata la causa di non punibilità riguardante il minore che compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici. Per effetto della novella, l'esimente si applica allorché la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni, e non più a soli tre anni come nel passato.

Il quarto comma dell'art. 13 della riforma legislativa introduce rilevanti novità in ordine alle condizioni di procedibilità ex art. 609 *septies* c.p. Da un lato, viene esclusa la possibilità di procedere a querela di parte per il delitto di atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609 *quater* (art. 609 *septies*, comma 1, c.p., il quale, prima della l. n. 69/19 stabiliva che il delitto *de quo*, assieme a quello di violenza sessuale, fosse procedibile a querela di parte); dall'altro viene esteso a dodici mesi (non più solo sei) il termine per presentare querela.

L'ultimo comma dell'art. 13 inasprisce ulteriormente il trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609 *octies* c.p. Per effetto della riforma, infatti, la forbice edittale è compresa fra gli otto e i quattordici anni di reclusione (non più, quindi, fra i sei e i dodici anni)<sup>54</sup>.

La finalità preventivo – repressiva di qualsiasi forma di violenza endofamiliare e di genere è soddisfatta, altresì, per mezzo dell'interpolazione dell'art. 577 c.p. ad opera dell'art. 11 della novella legislativa che ne estende le circostanze aggravanti. In primo luogo, si applica l'ergastolo nei casi di omicidio commesso contro l'ascendente o il discendente che sia tale *anche per effetto di adozione di minorenni*, con conseguente equiparazione del legame adottivo a quello genitoriale di sangue. In secondo luogo, per ciò che attiene all'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 577 c.p. vi è un'estensione ai rapporti c.d. di fatto e a quelli adottivi: si applica la reclusione da ventiquattro a trent'anni, infatti, se il fatto è commesso – oltre alle ipotesi già disciplinate – contro «la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile, il padre o la madre adottivi, il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta». Da ultimo, è inserito un ultimo comma all'interno dell'art. 577 c.p. per effetto del quale viene limitato il giudizio di bilanciamento di circostanze di cui all'art. 69 c.p.: è previsto infatti che le circostanze attenuanti diverse da quelle ex artt. 62, n. 1 (l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale), 89 (vizio parziale di mente), 98 (minore infradiciottenne), 114 (attenuante del contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato) c.p., in casi di concorso, non possono essere ritenute prevalenti rispetto alle circostanze aggravanti previste al comma 1, numero 1, e al comma 2 dell'art. 577 c.p.

L'ultima modifica operata dalla legge di riforma all'interno del codice penale riguarda la sospensione condizionale della pena. Istituito, questo, che costituisce una deroga al principio della inderogabilità della pena, introdotto per esigenze di prevenzione speciale: sottrarre al carcere il soggetto condannato per un reato di modesta gravità quando possa ritenersi nei suoi confronti deterrente sufficiente la condanna e la minaccia pendente di una sua futura esecuzione (Mantovani). Ebbene, l'art. 6 della l. n. 69/19 introduce il nuovo comma 5 all'interno dell'art. 165 c.p. (*Obblighi del condannato*), a mente del quale, in caso di delitti maggiormente descrittivi di un contesto di violenza endofamiliare e di genere (articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies* e 612 *bis*, nonché agli articoli 582 e 583 *quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma) la sospensione condizionale della pena «è comunque subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati». Da ciò discende che per tali delitti vi è sempre l'obbligo in capo al giudice di subordinare l'istituto *de quo* alla partecipazione, ad opera del condannato, a specifici percorsi trattamentali.

53 Sulla differenza tra il delitto di violenza sessuale ex art. 609 *bis* c.p. e quello di atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609 *quater* c.p., vedasi da ultimo Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 44530/2018, secondo cui il delitto di atti sessuali con minorenni è caratterizzato dal fatto che manca l'elemento della costrizione o dell'induzione presente nella violenza sessuale, sul presupposto che in questo caso il consenso del minore è viziato *ex se* in quanto il soggetto passivo, proprio per la minore età, non è in grado di esprimere un valido consenso all'atto sessuale.

54 F. Di Muzio, G. Vaccaro, *Cosmologia della violenza familiare, dinamiche, strumenti di contrasto e strategie di prevenzione*, Milano, Maggioli 2022.

## 5. Le modifiche al codice di procedura penale e alle norme sull'ordinamento penitenziario

La l. n. 69/19 ha introdotto numerose e rilevanti novità all'interno del codice di rito, sempre nell'ottica di creare un sistema che sia davvero rispondente alla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, di fronte al pericolo della reiterazione o aggravamento delle stesse.

Un primo aspetto della novella legislativa è legato alla rapidità ed efficacia dell'azione protettiva della vittima e quindi all'accelerazione nelle prime fasi del procedimento penale. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni concernenti la trasmissione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria al Pubblico Ministero.

La legge di riforma si prefigge altresì, quale secondo obiettivo, il c.d. rafforzamento cautelare, al fine di rendere più efficiente la tutela delle vittime dei reati violenti.

L'ultimo aspetto del provvedimento è strettamente legato all'ampliamento delle informazioni che devono essere fornite alle vittime di reati di violenza e di genere, al fine di rafforzare la loro tutela.

Ebbene, per ciò che concerne gli interventi in tema di indagini preliminari, gli artt. 1, 2 e 3 della l. n. 69/19 apportano modifiche, in materia di reati di violenza domestica e di genere, agli artt. 347 c.p.p. (*Obbligo di riferire la notizia di reato*), 362 c.p.p., (*Assunzione di informazioni*), e 370 c.p.p. (*Atti diretti e atti delegati*). La *ratio* sottesa a tali modifiche è la constatazione di una inefficace o tardiva risposta da parte delle istituzioni nonché il richiamo, per le medesime ragioni, più volte operato dagli organi sovranazionali, da ultimo nella sentenza della Corte EDU *Talpis contro Italia*.

L'art. 1 della riforma interviene sull'art. 347 c.p.p. introducendo una presunzione assoluta di urgenza per i reati espressione di violenza domestica e di genere, per i quali è fatto obbligo alla polizia giudiziaria di comunicare la notizia di reato al P.M. *immediatamente*<sup>55</sup>, anche in forma orale. Da questa interpolazione ne consegue che la comunicazione di reato per i reati *de quibus* è sottratta al regime ordinario di cui al primo comma dell'art. 347 c.p.p. – secondo cui la P.G. deve riferire la *notitia criminis* al P.M. *senza ritardo* – ma viene creata appunto una corsia preferenziale, finora prevista solo per i reati di criminalità organizzata. Tale modifica, dunque, esclude ogni discrezionalità da parte della polizia giudiziaria, la quale, per effetto di tale automatismo, è chiamata ad attivarsi immediatamente.

Specularmente a quanto previsto per la polizia giudiziaria, l'art. 2 della riforma inserisce all'art. 362 c.p.p., relativo all'assunzione di informazioni da parte del P.M., il nuovo comma 1 ter, prevedendo che questi, *entro tre giorni* dall'iscrizione della notizia di reato, assuma informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa<sup>56</sup>. Viene così apprestata una più rapida ed efficiente tutela alla vittima di violenza domestica e di genere<sup>57</sup>.

L'art. 3 della l. n. 69/2019, a completamento delle norme volte a creare un percorso privilegiato per i reati di violenza endofamiliare e di genere, interviene sull'art. 370 c.p.p., relativo agli atti di indagine del Pubblico Ministero, che può compiere direttamente o delegarne lo svolgimento alla polizia giudiziaria. Vengono così introdotti i nuovi commi 2 *bis* e 2 *ter*, a mente dei quali la polizia giudiziaria, per i soli reati di violenza domestica e di genere, procede senza ritardo al compimento degli atti di indagine delegati

55 Art. 347, comma 3, c.p.p.: «Se si tratta di taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lettera a), numeri da 1 a 6, del presente codice, o di uno dei delitti previsti dagli articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 612 *bis* e 612 *ter* del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583 *quinquies* del codice penale nelle ipotesi aggravate a sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice penale, e, in ogni caso, se sussistono ragioni di urgenza, la comunicazione della notizia di reato è data immediatamente anche in forma orale».

56 Art. 362, comma 1 ter, c.p.p.: «Quando si procede per il delitto previsto dall'articolo 575 del codice penale, nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies* e 612 *bis* del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583 *quinquies* del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa».

57 L'obbligo di assumere informazioni dalla persona offesa si conforma agli artt. 10 e 20 della Direttiva 2012/29/UE i quali, rispettivamente, sanciscono l'obbligo in capo agli Stati membri di garantire che la vittima possa essere sentita nel corso del procedimento penale e possa fornire elementi di prova e che l'audizione della stessa si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia all'autorità competente.

dal pubblico ministero e, ugualmente senza ritardo, pone a disposizione dello stesso la documentazione delle attività svolte<sup>58</sup>.

Dunque, obiettivo primario dell'interpolazione degli artt. 347 c.p.p., 362 c.p.p. e 370 c.p.p. è la presa in carico, la tutela della vittima e la necessità di accordarle giustizia in tempi celeri. A fronte dei nuovi poteri e oneri di cui è investita la polizia giudiziaria, l'art. 5 della riforma prevede che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, la Polizia di Stato, l'Arma dei carabinieri e il Corpo di Polizia penitenziaria attivino presso i rispettivi istituti di formazione specifici corsi destinati al personale che esercita funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria in ordine alla prevenzione dei reati di violenza da relazioni domestiche e di genere.

La legge di riforma, dopo aver introdotto una presunzione assoluta di urgenza per i reati di violenza di genere, che ne impone una immediata trattazione sin dall'istaurazione del procedimento e nello svolgimento delle attività di indagine ad opera del Pubblico Ministero e della polizia giudiziaria, si prefigge l'ulteriore obiettivo di rafforzare la tutela delle vittime di tali reati attraverso il potenziamento delle modalità operative delle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

Invero l'art. 15, comma 2, l. n. 69/2019 modifica l'art. 282 *ter* c.p.p. (divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa), il quale ora prevede che il giudice, allorché applichi la misura cautelare *de qua*, possa disporre che l'indagato/imputato sia sottoposto alle ulteriori modalità di controllo di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. – quali il c.d. braccialetto elettronico – già previste, peraltro, per la misura cautelare degli arresti domiciliari e dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 *bis*, comma 6, c.p.p.). Sebbene la formulazione della norma sembri propendere per una mera facoltà in capo al giudice di disporre la misura «anche con le modalità di controllo previste all'art. 275 *bis* c.p.p.», da una più attenta lettura delle norme e dalle indicazioni della giurisprudenza, si evince che il giudice, unitamente all'applicazione di una delle misure cautelari che consentono l'utilizzazione degli strumenti elettronici (282 *bis*, 282 *ter* e 284 c.p.p.), applica il braccialetto elettronico, dando conto in motivazione esclusivamente delle ragioni per le quali non ne ritiene necessaria la previsione. Il *favor* verso l'applicazione obbligatoria del braccialetto elettronico discende dalla natura stessa delle misure cautelari che ne consentono l'utilizzo. Infatti sono misure che sacrificano solo parzialmente la libertà dell'indagato/imputato e che, proprio per tale ragione, si traducono in un aggravio per la persona offesa che ne teme la violazione o che ha difficoltà a segnalarne l'inosservanza proprio per il vincolo relazionale con l'autore di reato<sup>59</sup>.

L'art. 16 della riforma interviene sull'art. 275 c.p.p., recante i *Criteri di scelta delle misure*. Detta norma consente al giudice di applicare la custodia cautelare in carcere solo se, all'esito del giudizio, ritiene che con la sentenza non potrà essere concessa la sospensione condizionale della pena o che la pena detentiva irrogata sarà superiore a tre anni. La disposizione in commento, tuttavia, prevede una deroga per alcune tipologie di reato, quali, per quel che ci occupa, i delitti di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori: per tali reati, il giudice, nel valutare l'adeguatezza della custodia cautelare in carcere, non deve effettuare alcun giudizio prognostico in relazione al *quantum* di pena irrogabile. La novella legislativa inserisce in tale catalogo di reati anche l'art. 612 *ter* c.p., cioè il c.d. *revenge porn*.

Il terzo piano di lettura della l. n. 69/19 mira a rafforzare la tutela delle vittime di violenza endofamiliare e di genere dal punto di vista delle informazioni che queste devono ricevere.

Il primo intervento di modifica, operato dall'art. 14 della novella legislativa, investe l'art. 90 *bis* c.p.p., relativo alle informazioni che devono essere fornite alla vittima, sin dal primo contatto con l'autorità procedente. Oltre alle informazioni concernenti le strutture sanitarie presenti sul territorio, le case-famiglia, i centri antiviolenza e case rifugio, vengono aggiunte quelle relative ai *servizi di assistenza alle vittime di reato* (art. 90 *bis*, lett. p), c.p.p.)<sup>60</sup>.

L'art. 15, comma 1, della riforma modifica altresì l'art. 90 *ter* c.p.p., recante *Comunicazioni dell'evasione e della scarcerazione*. Per effetto dell'interpolazione è previsto che la persona offesa di reati di violenza

58 Art. 370 c.p.p.: «[...] co. 2 bis: Se si tratta del delitto previsto dall'articolo 575 del codice penale, nella forma tentata, o di uno dei delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 612 bis e 612 ter del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5, 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, la polizia giudiziaria procede senza ritardo al compimento degli atti delegati dal pubblico ministero»; co. 2 ter: «Nei casi di cui al comma 2 bis, la polizia giudiziaria pone senza ritardo a disposizione del pubblico ministero la documentazione dell'attività nelle forme e con le modalità previste dall'articolo 357».

59 P. Di Nicola Travaglini, F. Menditto., *Codice Rosso*, cit.

60 Articolo introdotto dal d.lgs. n.12/2015, di recepimento della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012. La norma in commento riecheggia l'art. 4 della Direttiva, il quale richiede di mettere la persona offesa in condizione di conoscere tutti gli strumenti per tutelare ed esercitare i propri diritti.

di genere debba essere resa edotta dei provvedimenti favorevoli all'indagato/imputato, quali la scarcerazione e la cessazione della misura di sicurezza detentiva e, altresì, dell'evasione dello stesso nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva<sup>61</sup>.

L'art. 15 interviene, altresì, sull'art. 282 *quater* c.p.p. prevedendo che l'applicazione delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa debba essere comunicata a costei, al suo difensore, ove nominato, e ai servizi socioassistenziali presenti sul territorio. Analogamente, viene disposto all'art. 299, comma 2 *bis*, c.p.p. che, nei procedimenti aventi ad oggetto i delitti commessi con violenza alla persona, la revoca o la sostituzione di misure coercitive o interdittive debba essere comunicata oltre che al difensore della persona offesa, anche a quest'ultima (e non più, come in precedenza, al solo difensore della persona offesa e a quest'ultima, se priva di difensore).

Il legislatore, al fine di rafforzare gli obblighi di comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria in favore della persona offesa e del suo difensore, è intervenuto sull'art. 659 c.p.p. (*Esecuzione di provvedimenti del giudice di sorveglianza*), inserendo il comma 1 *bis* che impone al Pubblico Ministero, chiamato a dare esecuzione ai provvedimenti del giudice di sorveglianza, di comunicare alla persona offesa di violenza di genere e al suo difensore il provvedimento di scarcerazione del condannato. In tal caso, la comunicazione avviene a mezzo della polizia giudiziaria.

Ancora, la riforma legislativa interviene sul versante probatorio in merito alla formazione della prova in casi particolari. L'art. 14, comma 3, della legge di riforma interviene modificando l'art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p. estendendone l'applicazione a tutti i minorenni e non solo al soggetto minore degli anni sedici, come in precedenza<sup>62</sup>. L'estensione colma il *vulnus* creato dalla l. n. 38/2009, il quale, nell'estendere le ipotesi di incidente probatorio anche al minore infradiciottenne, ha lasciato invariato il regime di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. Pertanto, è intervenuta a tal fine la legge di riforma, per regolare tout court il regime di ascolto dei minori in età evolutiva, al fine di adottare ogni accorgimento che eviti la dispersione o l'alterazione del patrimonio cognitivo del teste<sup>63</sup>. Il fine ultimo di tale interpolazione, e in generale della disposizione in oggetto, è quello evitare al minore di ripercorrere un ricordo particolarmente afflittivo (c.d. vittimizzazione secondaria).

Infine, la legge di riforma interviene altresì sul trattamento penitenziario dei soggetti condannati per i reati di violenza domestica e di genere, operando delle interpolazioni sugli articoli dell'ordinamento penitenziario che si occupano della concessione dei benefici e del trattamento psicologico degli autori di tali fatti delittuosi. Tali modifiche muovono dalla imprescindibile premessa, fatta propria dalla scienza criminologica e consolidata in sede giudiziaria, che gli autori dei reati di violenza di genere sono soggetti pienamente capaci di intendere e di volere, il cui agire *contra ius* non è in alcun modo determinato da una patologia sul piano psicologico – psichiatrico. Ciò che muove tali soggetti è la volontà consapevole di esercitare il proprio potere coercitivo sulla vittima, condannandola ad un perenne stato di soggezione. Per tale ragione, la novella legislativa si prefigge l'obiettivo di rimuovere le cause di tali condotte delittuose al fine di neutralizzare, o comunque contenere, il rischio di recidiva. Detta finalità, inoltre, risponde pienamente al dettato costituzionale di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato.

La prima modifica riguarda l'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), il quale, al comma 1 *quater* ed esclusivamente per i reati di violenza di genere, subordina la concessione dei benefici penitenziari ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno. Il successivo comma 1 *quinquies*, poi, stabilisce che se gli stessi reati sono commessi in danno di un minore i predetti benefici possono essere concessi sulla base della positiva partecipazione ai pro-

61 Tali novità si pongono sulla scia di quanto già previsto all'art. 6 della Direttiva 2012/29/UE, il quale richiede agli Stati membri di garantire alla vittima di essere informata, senza ritardo, della scarcerazione o dell'evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata.

62 La norma in oggetto stabilisce che quando si procede per uno dei delitti previsti dagli artt. 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater* 1, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies* c.p., quando è richiesto l'esame di un testimone minorenne o una persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità che hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti dette dichiarazioni saranno utilizzate, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti e circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni. Per approfondimenti vedasi P. Tonini., *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2021.

63 Per un approfondimento sull'evoluzione normativa dell'art. 190 *bis* c.p.p., nonché sugli orientamenti applicativi vds. P.Di Nicola Travaglini, F. Menditto, *Codice Rosso*, cit.



grammi di riabilitazione psicologica. Ebbene, la l. n. 69/19 aggiunge al catalogo di reati<sup>64</sup> il nuovo delitto di cui all'art. 583 *quinquies* c.p., *deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*.

Ulteriore novità riguarda l'art. 13 *bis* dell'ordinamento penitenziario, il quale, in precedenza, concedeva la possibilità ai soggetti condannati per i reati di violenza domestica e di genere, commessi in danno di minori, di sottoporsi a percorsi di trattamento psicologico, con finalità di recupero. La legge di riforma interviene in più direzioni: elimina l'esclusivo riferimento alle vittime minorenni; aggiunge all'interno dell'articolo anche i delitti di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori, per i quali, dunque, è estesa la possibilità di sottoporsi al trattamento psicologico; inserisce all'interno dell'art. 13 il nuovo comma 1 *bis* a mente del quale i soggetti condannati per tali reati possono essere ammessi a seguire percorsi di reinserimento nella società presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica o recupero, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari<sup>65</sup>. Tali trattamenti psicologici muovono, in ogni caso, dalla libera volontà dell'autore di reato di aderirvi e sarà seguito da soggetti altamente specializzati ed esperti, i quali necessariamente devono collaborare tanto con la struttura carceraria quanto con gli apparati di sostegno esterno, sì da raggiungere l'obiettivo primario della rimozione delle cause scatenanti il comportamento aggressivo.

## 6. Le modifiche in materia di tutela della vittima di reato introdotte dalla l. n. 134/2021 (c.d. Riforma Cartabia)

La Legge 27 settembre 2021, n. 134 (*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*) che prende il nome dalla Ministra della Giustizia, Marta Cartabia che l'ha presentata e ne ha fortemente sostenuto l'approvazione, ha integrato le disposizioni introdotte dal Codice Rosso a tutela delle vittime di violenza endofamiliare e di genere, estendendone la portata anche alle vittime dei reati previsti in forma tentata e alle vittime di tentato omicidio<sup>66</sup>. Le nuove previsioni in materia di violenza di genere e domestica segnano una ulteriore tappa di quel lungo percorso di adeguamento della normativa interna agli standard europei in materia di tutela delle vittime richiamate nella Direttiva n. 2012/29/UE, dalle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nonché dalle previsioni del Consiglio D'Europa.

Tali fattispecie delittuose sono state inserite nell'ampio catalogo dei reati espressione di violenza domestica e di genere, in relazione al quale numerose disposizioni del codice di rito già apprestano una rigorosa tutela per la persona offesa<sup>67</sup>.

La prima modifica riguarda l'art. 90 *ter*, comma 1 *bis*, c.p.p.: la novella ha previsto, infatti, che la comunicazione alla persona offesa circa la scarcerazione o evasione del condannato deve essere fornita anche qualora tali fatti riguardino il delitto previsto dall'art. 575 c.p., nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati. Tale obbligo, per i medesimi delitti, è posto altresì a carico del Giudice di sorveglianza quando dispone la scarcerazione del condannato (art. 659, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Ancora, viene integrato, l'art. 362, comma 1 *ter*, c.p.p., a mente del quale il Pubblico Ministero assume informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, nel termine di tre giorni, anche nei casi di tentato omicidio e per i delitti, consumati o tentati. Parallelamente, all'art. 370, comma 2 *bis*, c.p.p., la riforma ha previsto che la polizia giudiziaria, anche in relazione a tali delitti, compia senza ritardo gli atti delegati dal pubblico ministero.

64 I reati finora presi in considerazione dall'art. 4 *bis* ord. pen. sono: artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quinquies*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *undecies*, 609 *bis* e 609 *octies* c.p.

65 Gli interventi legislativi sull'ordinamento penitenziario ricalcano quanto già previsto dalle fonti sovranazionali. La Convenzione di Lanzarote evidenzia il ruolo centrale dei percorsi terapeutici a scopo preventivo e impone agli Stati di adottare programmi ad hoc per contenere il rischio di recidiva; la Convenzione di Istanbul prevede appositi programmi per gli autori di reati di violenza di genere (art. 16).

66 V. De Gioia, S. Grassi, *La riforma del processo penale. Il commento operativo alla Riforma della giustizia penale e alle norme sull'utilizzo dei tabulati telefonici nelle indagini*, Piacenza, La Tribuna, 2021.

67 L'attenzione che il legislatore continua a mostrare al fenomeno della violenza di genere e domestica assume un significato ancora maggiore se si considera il particolare momento che sta attraversando il nostro Paese e la sfida culturale che il decisore politico si trova ad affrontare: le risorse e le possibilità che il PNRR porta con sé rappresentano un'occasione eccezionale per favorire la una diffusione di una cultura della parità di genere che accanto al sistema normativo può fare realmente la differenza i termini di contrasto alla violenza sulle donne.

La riforma ha investito anche l'art. 64 *bis disp. att.* c.p.p. relativo alla trasmissione obbligatoria di atti e provvedimenti che il giudice penale deve effettuare nei confronti dell'autorità giudiziaria civile. Anche in questo caso, vi è stata la ricomprensione del delitto di tentato omicidio e dei delitti in forma consumata o tentata nella norma richiamata.

In relazione all'istituto della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 165 c.p., anche per i condannati per il delitto di cui all'art. 575 c.p., nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, è prevista la partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione e assistenza psicologica, al fine di poterne beneficiare.

Infine a questo gruppo di previsioni, va aggiunta la modifica introdotta dal comma 15 della legge di riforma che prevede l'arresto obbligatorio per il delitto di cui all'art. 387 *bis* c.p., per il reato di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

*Elena Pariotti\**

## Vulnerabilità, approccio intersezionale e linguaggio dei diritti

### Sommario

1. Introduzione – 2. Alcune riflessioni su vulnerabilità e stereotipo – 3. Le critiche al concetto di vulnerabilità ontologica – 4. Sulla connotazione ontologica della vulnerabilità – 5. Vulnerabilità nel discorso e nella pratica dei diritti umani – 6. Vulnerabilità ontologica e intersezionalità nel paradigma dei diritti umani.

### Abstract

L'articolo contiene una riflessione sul rapporto fra nozione di vulnerabilità e approccio intersezionale all'interno del paradigma dei diritti umani. L'analisi a supporto di questa conclusione muove dalla messa a fuoco dell'inevitabile ruolo svolto dagli stereotipi nell'uso della nozione di *vulnerabilità*, soprattutto, ma non esclusivamente, nell'accezione della *vulnerabilità di gruppo*, e porta a concludere che, attraverso il ricorso all'approccio intersezionale, tale spazio possa essere controllato. Si considerano, poi, alcuni elementi chiave della concettualizzazione della vulnerabilità in senso ontologico e dei diritti, segnatamente il carattere sociale dell'ontologia in questione, la funzione ermeneutica della nozione di vulnerabilità e il carattere relazione dei diritti. Viene così sostenuta la tesi secondo cui utilizzati insieme – vulnerabilità e approccio intersezionale – possono costituire dispositivi critici costantemente attivi entro il paradigma dei diritti, idonei a farlo funzionare in chiave preventiva e dotati di particolare rilevanza per le condizioni che non siano ancora oggetto di adeguata tutela.

*The paper focuses on the relationship between the notion of vulnerability and the intersectional approach within the human rights paradigm. The analysis starts by pointing out the inevitable role played by stereotypes in the use of the notion of vulnerability, especially, but not exclusively, in the sense of group vulnerability. It is maintained that, through the use of the intersectional approach, this space can be controlled. Some key elements in the conceptualization of ontological vulnerability and of rights are then considered, namely the social character of the ontology in question, the hermeneutic function of the notion of vulnerability and the relational character of rights. The thesis is finally supported that used together – vulnerability and the intersectional approach – can constitute critical devices constantly active within the paradigm of rights, capable of making it function in a preventive key and with a special relevance to those conditions that are not yet subject to adequate protection.*

\* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Università degli Studi di Padova. Relazione al Convegno "Persone, vulnerabilità, intersezionalità" ospitato dall'Università degli Studi di Brescia in data 19.05.2023.  
Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

Intendo, in questo contributo, elaborare alcune riflessioni sui punti di contatto fra nozione di vulnerabilità e approccio intersezionale, in relazione al ruolo che svolgono e dovrebbero svolgere entro il paradigma dei diritti umani.

Con ‘approccio intersezionale’ intendo l’approccio, nato con riferimento alla discriminazione, che, nell’analizzare il rapporto fra assetti istituzionali e principio di eguaglianza (formale e sostanziale), è attento a considerare, secondo una prospettiva unitaria, elementi appartenenti a diverse dimensioni, quali il genere, l’appartenenza etnica, la condizione sociale, determinate condizioni psico-fisiche, l’età.

Quanto alla nozione di *vulnerabilità*, è ben noto come essa sia stata impiegata, in senso rilevante per la riflessione politica e giuridica, secondo due principali approcci. Un primo approccio intende la vulnerabilità come una caratteristica associata a *gruppi* all’interno della società e della comunità politica. Un secondo approccio intende la vulnerabilità come una condizione ontologica, *universale* dell’essere umano, suscettibile di manifestazioni diverse per forme e intensità, a seconda della specificità dei contesti. In questa seconda direzione, influente è risultata la prospettiva elaborata da Martha Finemann<sup>1</sup>.

La prima accezione è servita a dare rilievo a categorie, ha forse in qualche caso anche contribuito a connotarle nel senso di soggetti politici nella lotta per la garanzia dei diritti. Tuttavia, essa presenta due problemi. In primo luogo, non garantisce contro la diffusione degli stereotipi, e anzi – si è detto da più parti – può contribuire a rafforzarli. In secondo luogo, non è uno strumento efficace per una rappresentazione “complessa” del soggetto di diritto. Come sappiamo, proprio il paradigma dei diritti (dei diritti fondamentali entro gli stati costituzionali e dei diritti umani) sin dalla sua comparsa avvia un percorso di concretizzazione, che porta l’attenzione dall’astratto soggetto di diritto alla persona, progressivamente considerata in riferimento a condizioni sempre più specifiche.

Per queste ragioni, l’approccio che impiega l’accezione ontologica della vulnerabilità è prevalso come il più convincente.

## 2. Alcune riflessioni su vulnerabilità e stereotipo

Al fine di testare, tuttavia, il suo potenziale, vorrei considerare criticamente l’approccio della vulnerabilità di gruppo, soffermandomi su alcune questioni che - se non affrontate - riemergono inevitabilmente anche all’interno della prospettiva della vulnerabilità ontologica.

Può essere utile un confronto con una più approfondita concettualizzazione degli stereotipi.

Secondo una classificazione recentemente proposta<sup>2</sup>, possiamo distinguere fra stereotipi descrittivi e stereotipi normativi e - all’interno dei secondi - fra stereotipi oppressivi e stereotipi di riconoscimento. Può dirsi “oppressivo” uno stereotipo imposto dall’esterno e che non gode del riconoscimento da parte dei *soggetti* coinvolti o, ancora, che impone una scelta identitaria a un *gruppo* che non l’accetta. Può invece qualificarsi come “stereotipo di riconoscimento” un ruolo imposto da norme, dall’interno del gruppo, che definiscono l’identità del gruppo di appartenenza e in cui la persona si riconosce<sup>3</sup>. Tali norme sarebbero da valutare positivamente “in quanto il loro riconoscimento risulta essenziale per garantire il diritto all’identità di determinati gruppi e individui”<sup>4</sup>. Uno stereotipo interno accettato (a condizione che l’accettazione sia frutto di una scelta autonoma) va considerato positivamente e sarebbe oppressivo non riconoscerlo.

Mi pare che questa posizione, anche nella sua problematicità, consenta di sviluppare importanti riflessioni sul rapporto fra vulnerabilità e intersezionalità, nella misura in cui quest’ultima non può non muovere da un certo grado di generalizzazione, che può assumere la forma dello stereotipo. Intendo

1 M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20, 2008, pp. 1-24, doi: 10.4324/9780203848531-26; M.A. Fineman, *Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics*, in M. Albertson Fineman, and A. Grear (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, London, Routledge, 2018, pp. 13-27; M.A. Fineman, *Equality and Difference. The Restrained State*, in *Alabama Law Review*, 66, 2015, n. 3, pp. 609-623.

2 F.J. Arena, *I due volti degli stereotipi nel diritto*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, n. 149, pp. 5-25.

3 Rinvio su questo punto alla discussione sulla nozione di stereotipo pubblicata, a partire dal lavoro di Arena sopracitato.

4 F.J. Arena, 2023, *I due volti degli stereotipi nel diritto*, cit., pp. 11, 21.

chiedermi se la critica alla vulnerabilità di gruppo regga anche di fronte agli stereotipi di riconoscimento.

Arena sostiene che, nel caso di gruppi vulnerabili, gli stereotipi descrittivi (intesi come generalizzazioni statisticamente fondate) non dovrebbero essere utilizzati nella decisione che abbia come esito limitazioni sui diritti, dovendosi in quel caso preferire la prospettiva centrata sulla persona<sup>5</sup>.

Vedo qui due problemi. (i) Nell'individuazione stessa dei gruppi vulnerabili possono agire stereotipi, sia descrittivi sia normativi. Il legame tra i due concetti - come hanno ben mostrato proprio le critiche alla vulnerabilità di gruppo - è quindi molto più stretto di quanto Arenas non ammetta. Posto che la distinzione sia fondata, uno stereotipo descrittivo può facilmente favorire la nascita di stereotipi normativi. (ii) La nozione di vulnerabilità può connettersi a stereotipi, pur avendo una maggiore estensione, raggruppa persone sulla base di vari criteri e non di uno soltanto. Difficile, quindi, fissare un confine netto fra categorizzazioni elaborate sulla base della vulnerabilità e categorizzazioni elaborate sulla scorta di stereotipi<sup>6</sup>.

E ancora: che dire degli stereotipi normativi (ovviamente quelli di riconoscimento)? Possono avere uno spazio nella comprensione dell'intensità della violazione e nella ricostruzione degli obblighi correlativi ai diritti? Parrebbe, questo, un terreno in cui, se la nozione regge, potrebbe avere più senso tenere conto di stereotipi di riconoscimento. Non è forse, questa, la dimensione in cui gli stereotipi risultano maggiormente operativi?

Se è così, allora è utile riflettere sulla concettualizzazione degli stereotipi normativi di riconoscimento proposta da Arena, quelli validati dall'adesione autonoma dei soggetti cui si applicano entro un gruppo e che potrebbero svolgere un ruolo anche nella caratterizzazione della condizione vulnerabile.

Emerge qui la mai sopita questione posta dal riferimento all'autonomia e dalla difficoltà di stabilire quando una scelta sia da intendersi come autonoma: quando è *compiuta conformemente* ai propri desideri, alle proprie preferenze o ai propri valori o quando desideri, preferenze e valori alla base della decisione *si sono formati* in modo autentico? Al di là di questo problema generale, su cui si è divisa la tradizione liberale, vorrei soffermarmi su una ulteriore questione aperta dalla tesi di Arena, più specifica rispetto al nostro tema.

Autonomia e identità non sono necessariamente in contrasto reciproco. Ma vanno fatte due riflessioni.

In primo luogo, il riferimento al concetto di identità presenta il forte limite di impedire una radicale riflessione sull'autonomia e tende implicitamente a giustificare l'assunzione, entro una prospettiva teorica, di valori, preferenze e desideri come un dato, da preservare in quanto, appunto, "serbatoio" di identità. In questo caso il riferimento all'intersezionalità è quanto consente di relativizzare il peso dell'identità e di contrastare la nascita di stereotipi oppressivi.

In secondo luogo, uno degli aspetti che rimangono problematici riguarda il peso da riconoscere alla dialettica persona/gruppo nell'individuazione dell'identità rilevante per i discorsi sui diritti, che è poi il punto cruciale della "intersezionalità".

Il peso che Arena sembra dare a tale dialettica è eccessivamente basso, a mio parere. Va peraltro osservato che, nella definizione stessa di stereotipo oppressivo, si usa alternativamente il riferimento al singolo e il riferimento al gruppo.

Per tale ragione, non ritengo che la distinzione fra stereotipi oppressivi e stereotipi di riconoscimento così offerta consenta di identificare il rapporto fra stereotipi normativi, valore dell'autonomia e valore dell'identità personale<sup>7</sup>.

Il punto è stato efficacemente sollevato, con riguardo a obiettivi differenti, da Giacomo Viggiani, il quale ritiene "contraddittorio, o almeno problematico, sostenere che l'autonomia di un singolo possa risultare promossa attraverso il riconoscimento di un tratto stereotipato di un gruppo"<sup>8</sup>.

Per quanto vada precisato che nella prospettiva di Arena ciò che si garantisce con lo stereotipo di riconoscimento è l'identità (non l'autonomia) e che l'autonomia è condizione della bontà dell'accettazione dello stereotipo da parte dell'individuo, tuttavia sono d'accordo sul concludere - come del resto

5 *Ivi*.

6 G. Viggiani, *Ragioni e limiti degli stereotipi nel diritto*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, n. 149, pp. 32-34, segnatamente p. 34.

7 F.J. Arena, 2023, *I due volti degli stereotipi nel diritto*, *cit.*, p. 20.

8 G. Viggiani, *Ragioni e limiti degli stereotipi nel diritto*, *cit.*, p. 34.



riconosce anche Arena<sup>9</sup> - che il vero nodo della questione resti come conciliare riconoscimento identitario (che può avere riferimenti al gruppo) e autonomia personale.

Tornando all'applicazione del discorso ai gruppi vulnerabili, sostengo allora che, utilizzati insieme, in un unico approccio, vulnerabilità e intersezionalità siano un costrutto concettuale idoneo a dare conto delle articolazioni interne ai gruppi e trasversali ad essi, mantenendo la possibilità di rilevare gli aspetti per cui il riferimento al gruppo sia rilevante per il riconoscimento dell'identità e la protezione dei diritti.

Nel corso della mia riflessione sul tema, ho altrove<sup>10</sup> argomentato a favore delle potenzialità della categoria di vulnerabilità ontologica per la pratica dei diritti umani, in quanto capace di concorrere positivamente alla qualificazione del soggetto di diritto (e non - va ben evidenziato - alla sua individuazione), alla precisazione delle concrete condizioni in cui viene a trovarsi.

Tale prospettiva può dirsi coerente con il carattere intrinseco e concreto dell'universalità dei diritti umani, nella misura in cui la vulnerabilità viene concretamente configurata con riferimento ad elementi che pertengono al contesto e a relazioni. In base alla concezione ontologica, la vulnerabilità è una condizione al tempo stesso propria di ogni essere umano e suscettibile di assumere forme e gradi specifici, in rapporto alle singole situazioni. In questo senso, la nozione si presta anche a operare entro la prospettiva intersezionale e ad accompagnarsi coerentemente ad essa.

Nella misura in cui la vulnerabilità è intesa come condizione universale della persona e soggetta a graduazione, l'applicazione di tale categoria può orientare il processo di specificazione, come anche la normale implementazione, dei diritti umani verso il superamento dei rischi di stigmatizzazione e stereotipizzazione.

È chiaro che, per l'effettivo conseguimento di tale esito, nell'applicazione di questo approccio, l'enfasi del discorso non va posta su *chi* è vulnerabile quanto piuttosto sulle *cause* e sulle *circostanze/condizioni* alla base di uno specifico inasprimento della generale condizione di vulnerabilità.

### 3. Le critiche al concetto di vulnerabilità ontologica

Sono, tuttavia, consapevole della necessità di considerare alcune ricorrenti critiche rivolte anche alla nozione di vulnerabilità ontologica.

Si tratta di tre tipologie di critiche.

In base ad un primo argomento, la natura universale e ontologica attribuita alla condizione di vulnerabilità sarebbe un elemento idoneo a "normalizzare" forme di ingiustizia.

In base ad un secondo argomento, il riferimento alla vulnerabilità nel paradigma dei diritti umani rischia, almeno in alcuni ambiti, di essere ridondante. Taluni soggetti sono nel paradigma individuati come titolari di diritti e ciò dovrebbe costituire una base sufficiente alla costruzione di una tutela. L'aggiunta del riferimento alla loro vulnerabilità e la ricerca di elementi di vulnerabilità nella loro condizione potrebbe, invece, veicolare un indebolimento del loro status di titolari di diritti.

In base ad un terzo argomento, la logica alla base del riconoscimento e della valorizzazione della vulnerabilità sarebbe opposta a quella che è alla base della rivendicazione dei diritti. Una logica incline al paternalismo la prima, invece orientata all'*empowerment*, la seconda.

Talora la critica *sub* (2) e la critica *sub* (3) sono connesse.

Tali rilievi evidenziano la necessità di affrontare i seguenti interrogativi.

Come si articola precisamente il rapporto tra universalità e particolarità nel paradigma ontologico?

Posto che un approccio fondato sulla vulnerabilità dei gruppi è da ritenersi, come approccio generale, superato e indesiderabile, a causa della sua propensione ad alimentare vittimizzazione, stereotipi oppressivi e stigma dei gruppi ai quali venga applicato, può l'approccio fondato sulla vulnerabilità ontologica supportare nel cogliere, insieme o al di là delle condizioni individuali, anche «le condizioni sociali (in senso lato) che creano, perpetuano o prevengono l'esposizione al rischio»<sup>11</sup>? Consente, insomma, l'approccio fondato sulla vulnerabilità ontologica anche l'individuazione, entro specifici assetti

9 F.J. Arena, 2023, *I due volti degli stereotipi nel diritto*, cit., p. 19.

10 E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo e B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, pp. 147-160.

11 D. Morondo Taramundi, *Un nuovo paradigma per l'uguaglianza? La vulnerabilità tra condizione umana e mancanza di protezione*, In M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, pp. 179-200, segnatamente p. 197.

sociali, di elementi sistematici e strutturali responsabili di accrescere la vulnerabilità determinandone, di fatto, la concentrazione entro gruppi specifici?

In termini operativi, i due interrogativi riguardano la possibilità che l'accezione ontologica della vulnerabilità sfoci in una naturalizzazione dell'ingiustizia sociale o mascheri il mancato contrasto ad essa<sup>12</sup>.

Sosterrò che per rispondere a queste critiche sono necessari tre passaggi.

Dapprima è necessario mettere a fuoco alcune importanti precisazioni che riguardano la concettualizzazione della vulnerabilità ontologica. In secondo luogo è necessario intervenire sulla concettualizzazione dei diritti umani. In terzo luogo, va strutturata in una precisa direzione la comprensione del ruolo che il riferimento alla vulnerabilità dovrebbe svolgere entro il paradigma dei diritti umani.

#### 4. Sulla connotazione ontologica della vulnerabilità

Partiamo, dunque, dall'elaborazione di alcune precisazioni in merito alla concettualizzazione della vulnerabilità ontologica. Vulnerabilità indica esposizione al rischio di un danno. Nell'uso che del concetto si tende a fare in ambito politico e giuridico il danno specifico cui ci si riferisce riguarda sfere quali l'autonomia, l'eguaglianza, la capacità di far fronte a bisogni fondamentali, la capacità di difendere i propri diritti.

La vulnerabilità può ritenersi raggiungere, in questo senso, un'intensità massima specificatamente pregnante per i diritti umani quando concorre ad individuare una condizione nella quale la persona è alla mercé di altri<sup>13</sup>.

Adottare una connotazione ontologica della vulnerabilità non implica a mio parere necessariamente ritenere che le sue cause della stessa siano riconducibili esclusivamente a variabili endogene alla persona. Essa mi pare, invece, pienamente compatibile con l'individuazione di variabili anche esogene, legate ai modelli di organizzazione sociale, politica, economica, culturale ed al processo di riconoscimento che è, in varie forme, alla base della relazione sociale, nonché dell'identità personale. L'essere umano è ontologicamente vulnerabile non solo e non tanto in conseguenza di elementi relativi a caratteristiche personali, quanto piuttosto in conseguenza del suo collocarsi, con tali specifiche caratteristiche, in un contesto relazionale, risultato di assetti istituzionali, processi di riconoscimento e rapporti di forza.

L'ontologia assunta per la qualificazione della vulnerabilità è, dunque, strutturalmente legata alla relazione, è un'ontologia *sociale*, che considera il peso condizionante delle relazioni sociali nella determinazione del grado di esposizione al rischio o della suscettibilità al dominio<sup>14</sup>.

Se si coglie, nell'idea di vulnerabilità ontologica, la compresenza di due dimensioni, quella dispositive e quella relativa ai contesti esterni<sup>15</sup>, tale idea non risulterà opaca rispetto alla distribuzione del rischio di danno o dominio fra *gruppi*, non potrà essere vista né come uno strumento di "naturalizzazione" dell'ingiustizia sociale né come strumento per *leggere* la vulnerabilità *a partire da* una qualche forma di appartenenza o di identificazione in base a ulteriori criteri predefiniti.

In tal modo, pertanto, qualcosa dell'idea di vulnerabilità di gruppo – una nozione comunque utile in alcuni casi<sup>16</sup> – può essere recuperato, giustificato ma anche corretto. Vi sono macro-fenomeni o fenomeni *sistemici* per i quali la nozione di vulnerabilità come esposizione al rischio, sulla base di esperienze

12 W. Brown, 'Vulnerability': *Handle with Care*, in *Ethics and Social Welfare*, 5, 2011, n. 3, pp. 313-321, segnatamente pp. 318-319.

13 C. Mackenzie, 2014, pp. 33-59, segnatamente pp. 33-34; E. Ferrarese, *Vivere alla mercé. Figure della vulnerabilità nelle teorie politiche contemporanee*, in *La società degli individui*, 2010, pp. 2-21.

14 Aspetto evidenziato in C. Mackenzie, *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds, S. (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2014, pp. 33-59, in particolare pp. 37-38.

15 Si parla in tal senso di «dispositional vulnerability» e di «occurrent vulnerability» (C. Mackenzie, *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, cit., pp. 38-39). Quest'ultima comprende «all those morally unacceptable vulnerabilities and dependencies which we should, but have not yet managed to, eliminate», «vulnerabilities arising from prejudice or abuse in interpersonal relationships and from social domination, oppression, or political violence» (R.E. Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 203). Questi due significati sono, però, da me intesi come dimensioni suscettibili di essere compresenti, non di due forme distinte di vulnerabilità.

16 Per una articolata analisi degli spazi di rilevanza della nozione di vulnerabilità di gruppo, si veda F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021.

o di correlazioni fondate, risulta adeguata. Tuttavia, alla loro identificazione in quanto fenomeno riguardante un gruppo si giungerà avendo considerato e valutato la situazione del singolo.

In questo modo, il riferimento al gruppo non esclude affatto l'analisi delle differenze ad esso interne, e in ciò è utile l'impiego della lente dell'intersezionalità.

## 5. Vulnerabilità nel discorso e nella pratica dei diritti umani

A questo punto della riflessione un tema centrale è a mio parere rappresentato dalla messa a fuoco del rapporto tra vulnerabilità e principi sottesi ai diritti. È necessario su questo piano chiarire che l'idea di vulnerabilità non va intesa alla stregua di un principio in ambito giuridico (né politico). Essa, piuttosto, può operare significativamente *insieme* ad alcuni principi. Per capire la funzione del concetto è, infatti, importante elaborare una visione di questi rapporti.

In tanto l'idea di vulnerabilità può svolgere una qualche funzione in quanto viene *associata* a determinati principi/valori<sup>17</sup>. In definitiva, la vulnerabilità *assume* una valenza normativa (indiretta) perché il suo riconoscimento si inserisce in un più articolato quadro di valori e principi e in quanto sostanzialmente poggia sul previo riconoscimento della *responsabilità verso la vulnerabilità altrui* quale valore etico-politico<sup>18</sup>. La vulnerabilità è una condizione, che – una volta riconosciuta – può acquisire una determinata valenza normativa, in conseguenza di preve opzioni assiologiche. Sono le ragioni alla base del riconoscimento della vulnerabilità a determinarne la funzione.

Pare, quindi, corretto pensare la nozione di vulnerabilità come una categoria euristica, utile nella concretizzazione di principi, nel quadro di un determinante rapporto con valori.

## 6. Vulnerabilità ontologica e intersezionalità nel paradigma dei diritti umani

Alla luce del percorso di analisi sin qui svolto, teso a chiarire la nozione di vulnerabilità ontologica, la sua funzione entro il paradigma dei diritti umani e la sua relazione con l'approccio intersezionale, voglio rimarcare, con alcune riflessioni conclusive, il ruolo che vulnerabilità e approccio intersezionale, insieme, possono svolgere entro il paradigma dei diritti umani.

La nozione di vulnerabilità può svolgere una duplice funzione entro il discorso così come entro la pratica dei diritti umani. In primo luogo, può supportare la concretizzazione dei diritti con riferimento all'analisi della condizione individuale di determinate categorie di soggetti di diritto gruppi, cogliendo e valorizzando gli elementi intersezionali rilevanti per misurare discriminazione e violazione dei diritti. In secondo luogo, può costituire una nozione utile a portare l'attenzione su condizioni che ancora non siano oggetto di tutela tramite diritti. In questo secondo senso, il linguaggio della vulnerabilità pare in grado di supportare la costruzione di un approccio intersezionale, a sua volta indispensabile per integrare la logica dei diritti, altrimenti tendente a poggiare su classificazioni.

In presenza di titolari di diritti specifici, il riferimento alla vulnerabilità può essere rilevante quando si tratti di determinare, in base alla circostanze, alcuni specifici elementi che ne definiscono la condizione. Nel caso dei richiedenti protezione internazionale e delle vittime di tratta, ad esempio, per definire il timore di persecuzione, la nozione di tortura o di trattamento inumano e degradante, che vanno definiti anche alla luce delle condizioni individuali di vulnerabilità psichica e fisica<sup>19</sup>. Proprio laddove ancora una disciplina di tutela non sussiste, però, va delineandosi, forse, il compito più utile del concetto, che

17 Sul punto si veda E. Pariotti, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2019, 2023, n. 2, pp. 155-170.

18 Come è stato efficacemente asserito, la nostra comune vulnerabilità è quanto ci tiene uniti ad altre persone (B. Hoffmaster, *What does vulnerability mean?*, in *Hastings Center Report*, 36, 2006, n. 2, pp.38-45).

19 M.G. Giammarinaro and F. Nicodemi, *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani. Analisi della normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo*, in G. Gioffredi, V. Lorubbio, and A. Pisanò (a cura di), *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pisa, Pacini, 2021, pp. 45-62; C. Hruschka e L. Leboeuf, *Vulnerability. A Buzzword or a Standard for Migration Governance?*, in *Policy Brief*, 20, 2019.



non rischia né di introdurre ridondanza né di indebolire la forza normativa<sup>20</sup> di un assetto già istituzionalizzato proprio attraverso il paradigma dei diritti umani.

In questo senso, si può sostenere che, avvalendosi della nozione vaga e adattabile di vulnerabilità, i sistemi giuridici cerchino di rispondere alle esigenze e alle fragilità degli esseri umani, ma anche affrontino la propria vulnerabilità e precarietà<sup>21</sup>. L'incidenza di questo approccio non è scontata. Per esempio, è stato osservato che l'uso della lente della vulnerabilità non ha migliorato drasticamente il modo in cui le persone in situazioni umanitarie critiche sono state assistite nel corso della cosiddetta crisi dei rifugiati negli anni 2015-2016<sup>22</sup>. Ancora, si è visto che la frammentazione dei migranti e dei rifugiati in molti cluster di persone con "bisogni speciali" può costituire essa stessa un ostacolo alla protezione dei loro diritti<sup>23</sup>.

Nondimeno, se utilizzata come dispositivo euristico, e non come principio, per analizzare situazioni individuali e di gruppo cogliendo appunto le intersezioni entro e fra i gruppi, l'idea di vulnerabilità, costituisce un approccio che può essere utile entro il paradigma dei diritti umani, soprattutto in ambiti nei quali le risposte e gli strumenti non sono ancora pienamente strutturati, proprio al fine di delineare i contenuti della protezione da perseguire e – forse ancor più – di costruire approcci preventivi<sup>24</sup>.

In questa direzione, la nozione ontologica di vulnerabilità, intesa come proposto, in modo da valorizzare il carattere sociale dell'ontologia, si conferma come l'approccio più convincente.

La valenza di tale dispositivo euristico è sia critico-decostruttiva sia propositivo-costruttiva<sup>25</sup>. In ambito giuridico, essa consente di verificare l'effettivo funzionamento di alcuni istituti, principalmente «decostruendo le nozioni di autonomia e di indipendenza quali presupposti impliciti della soggettività giuridica»<sup>26</sup> e di stimolare l'individuazione di norme e politiche che tengano conto di un «soggetto complesso»<sup>27</sup> anziché di un soggetto astratto e scarnificato.

In questa analisi, della vulnerabilità sono state enfatizzate l'apertura verso l'esterno (relazionale) e l'orientamento al futuro. Fulcro del discorso non è, infatti, la vulnerabilità come condizione statica e già prodottasi, che caratterizzerebbe come tale un soggetto o un gruppo, ma la vulnerabilità come condizione passibile di configurarsi quale co-determinante dell'esposizione al rischio di un *vulnus*, prima che si produca<sup>28</sup>.

In quanto categoria euristica, dotata di valenza in chiave preventiva, essa non punta a garantire principi o diritti, ma ne supporta l'implementazione, per "declinarli con sempre maggiore accuratezza e rafforzarne l'effettività"<sup>29</sup>.

Il richiamo alla vulnerabilità ha l'obiettivo non di definire e cristallizzare esigenze particolari, bensì di far emergere fattori e precondizioni universalmente necessarie per la conduzione di una vita di volta in volta coerente con i fini perseguiti dai principi cui la vulnerabilità viene associata.

Il valore aggiunto derivante dal riferimento alla nozione di vulnerabilità per tratteggiare un approccio alle questioni da affrontare (e non quindi come un principio da applicare), se si assume il termine

20 È, questa, la valutazione espressa da Paolo De Stefani (*Conceptualizing "Vulnerability" in the European Legal Space: Mixed Migration Flows and Human Trafficking as a Test*, in *Frontiers in Human Dynamics*, 2022, 4:861178, doi: 10.3389/fhumd.2022.861178, accessibile online: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2022.861178/full>), per il quale l'impiego del linguaggio della vulnerabilità nei casi in cui il paradigma dei diritti umani abbia individuato specifici titolari di diritti sarebbe fuorviante e tale da introdurre uno spirito paternalistico ai procedimenti di tutela dei diritti.

21 Si parla in tal senso di "precarietà istituzionale": De Stefani, *Conceptualizing "Vulnerability" in the European Legal Space: Mixed Migration Flows and Human Trafficking as a Test*, cit.)

22 *Ivi*.

23 *Ivi*.

24 Kuran et al., *Vulnerability and Vulnerable Groups from an Intersectionality Perspective*, *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 50, 2020, <https://doi.org/10.1016/j.ijdrr.2020.101826>; G. de Beco, *Protecting the Invisible: An Intersectional Approach to International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, Volume 17, Issue 4, December 2017, pp. 633–663, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx029>.

25 L. Re, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018, pp. 17-26.

26 O. Giolo, *Conclusioni. La vulnerabilità e la forza: un binomio antico da ritematizzare*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, cit., pp. 341-350, segnatamente p. 346.

27 *Ivi*.

28 D. Morondo Taramundi, *Un nuovo paradigma per l'uguaglianza? La vulnerabilità tra condizione umana e mancanza di protezione*, cit. p. 199.

29 L. Re, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, cit., p. 24.

nella sua valenza euristica ma non classificatoria, sta tutto nell'intento di orientare la concretizzazione di principi (autonomia, dignità, integrità, eguaglianza) o di categorie giuridiche (capacità).

Per tematizzare uno spazio per la vulnerabilità entro il linguaggio dei diritti in un modo che non sia "ingannevole"<sup>30</sup> e che non sottragga all'idea di vulnerabilità potenziale critico nei confronti delle concrete forme di organizzazione sociale e politica e dei modelli economici è necessario, però, operare sia sul versante dell'idea di vulnerabilità sia sul versante dell'idea dei diritti.

La preoccupazione per cui l'ingresso dell'idea di vulnerabilità nella pratica dei diritti possa comportare concessioni al paternalismo potrebbe essere conseguenza di una tacita premessa, tanto distortiva quanto internamente incoerente: l'idea che i diritti debbano paradossalmente mirare a realizzare quell'aspirazione all'*invulnerabilità*<sup>31</sup> del soggetto che è tanto contestata nel modello liberale e che si associa ad una lettura radicalmente individualistica del linguaggio dei diritti.

Andrebbe, invece, valorizzato il carattere strutturalmente relazionale di questi ultimi. Contenuto, giustificazione e concreta portata dei diritti affondano le loro radici nelle relazioni: il modo in cui i diritti si connettono a beni e valori retrostanti dipende dalle concezioni e dalle relazioni presenti nei contesti concreti di riferimento.

Dunque, vulnerabilità e approccio intersezionale sono pienamente compatibili con il linguaggio dei diritti a patto di valorizzare il carattere socio-ontologico della vulnerabilità e la dimensione relazionale nei diritti. Assunta questa ottica, si può ritenere che ripensare istituzioni e diritti secondo l'antropologia della vulnerabilità, assumere il punto di vista e i bisogni di chi è vulnerabile, forniscano un valore aggiunto in direzione del loro costante ripensamento critico<sup>32</sup>.

---

30 T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in O. Giolo e B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, cit., pp. 73-99, segnatamente p. 74.

31 *Ivi*.

32 Sulla medesima linea e per una sottolineatura del potenziale critico insito nella nozione di vulnerabilità, si veda T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, cit., pp. 86-87, dove si parla di «privilegio epistemico» derivante dalla prospettiva centrata sulla vulnerabilità, «che è in grado di conferire alle posizioni marginali – e a chi si trova in quelle posizioni – un sapere e una prospettiva critica».

Francesco Romeo\*

## ‘Invulnerabile’, tra mito storiografico e desiderio tecnologico: una proposta intersezionale

### Sommario

1. I fantasmi della libertà – 2. *Siegfried der Drachentöter*, o della pace del vincitore invulnerabile – 3. Lo spaccio del *sapiens* trionfante.

### Abstract

Il saggio affronta il tema della ricerca della invulnerabilità come aspetto culturale che si è presentato storicamente sotto diverse forme, ma esprime una medesima necessità o desiderio umani, che hanno espresso il motore culturale che sta conducendo, ai giorni nostri, alla realizzazione di illimitate possibilità realizzative per l’individuo, eliminando molte delle costrizioni biologiche o culturali che ne hanno limitato per secoli l’azione. L’introduzione di sistemi artificiali, non biologici, di elaborazione dell’informazione sta portando ad un capovolgimento culturale in cui ogni forma di commistione tra sistemi è possibile. Si apre, per l’individuo, la possibilità di realizzare tanti dei desideri espressi nel mito della invulnerabilità e della metamorfosi che la realizza. Contemporaneamente si rompe la tradizionale identificazione giuridica dell’individuo in un soggetto giuridico, restando aperta la sola analisi dei comportamenti e delle azioni risultanti dalle intersezioni di volta in volta realizzate tra diversi gruppi di obblighi, poteri ed azioni.

*The essay addresses the theme of the quest for invulnerability as a cultural aspect that has presented itself historically in different forms, but expressing the same human need or desire, which have fired the cultural engine that is leading, in the present day, to the realization of unlimited realizable possibilities for the individual, eliminating many of the biological or cultural constraints that have limited their action for centuries. The introduction of artificial, nonbiological information-processing systems is leading to a cultural reversal in which all forms of intermingling of systems are possible. It opens up, for the individual, the possibility of realizing so many of the desires expressed in the myth of invulnerability and the metamorphosis that accomplishes it. At the same time, the traditional legal identification of the individual in a legal subject breaks down, remaining open only to the analysis of behaviors and actions resulting from the intersections realized from time to time between different sets of obligations, powers and actions.*

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli studi di Napoli ‘Federico II’. Relazione al Convegno “Persone, vulnerabilità, intersezionalità” ospitato dall’Università degli Studi di Brescia in data 19.05.2023. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. I fantasmi della libertà

L'essere umano tende alla felicità<sup>1</sup> ed il tedoforo di questa tensione è la rappresentazione interna della propria libertà come divenire, come trasformazione rispetto ad un reale negante, ma anche come chiusura intellettuale rispetto ad esso<sup>2</sup>. È questa, probabilmente, la manifestazione fenotipica della nostra costituzione genetica, colta dalla speculazione filosofica come universale tensione umana<sup>3</sup>. In questa intima libertà dalle costrizioni, essenzialmente sociali, si costruisce l'identità vera dell'individuo sopra e più spesso contro l'identità socialmente palesata, quest'ultima non vera perché imposta e quindi non libera<sup>4</sup>. Nel chiasma tra reale ed immaginario, che si colma nel chiuso dell'individuo, ogni reale è condannato a non essere vero, bensì finzione, atto rappresentato, voluto da altri, non dal soggetto, protagonista sì, ma recitante una parte non sua, almeno nell'interesse. L'individuo libero, invece, si ritrova nella propria singolarità, nella identità immaginata, desiderata non anche vissuta, sognata ma non anche voluta. La propria identità libera diviene immediatamente costretta, dominata, nel momento in cui si vuole manifestare, e, per farlo, si inserisce nelle classificazioni e categorizzazioni della cultura nella quale l'individuo vive. Così facendo, rappresentandosi culturalmente, l'individuo limita le proprie indischiate potenzialità nelle categorie disponibili, che sono sempre generali e mai universali e che, quindi, non descrivono l'individuo come tale, ma come 'appartenente' ad altro: quell'altro dalla natura che si è storicamente evoluto in una cultura.

- 1 Posizione diffusa e condivisa nei filosofi classici riferendosi al concetto di εὐδαιμονία, legata alla condizione raggiunta di invulnerabilità divina e di auto-sufficienza. Vedi P. Mitsis, *La teoria etica di Epicuro: I piaceri dell'invulnerabilità*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019, edizione in lingua originale: P. Mitsis, *Epicurus' Ethical Theory. The Pleasures of Invulnerability*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1988. Nota l'autore in merito ad Epicuro «il carattere sistematico e filosofico dei fondamenti dell'adesione al principio di invulnerabilità dei filosofi ellenistici», la ricerca della invulnerabilità diventa per i filosofi del periodo ellenistico quasi una peculiare e inalienabile preoccupazione, partendo dalla speculazione classica che troviamo, ad esempio, nel Gorgia e nel Filebo di Platone. L'Etica Nicomachea di Aristotele fornirebbe poi nella posizione dell'autore, una prospettiva normativa e sistematica, P. Mitsis, *Epicurus'*, cit., pp. 16-18.
- 2 In Epicuro la condizione di vulnerabilità alla quale ognuno è esposto deve condurre il saggio ad una invulnerabilità psichica, stato nel quale raggiunge la felicità, P. Mitsis, *Epicurus'*, cit., p. 161.
- 3 Vulnerabilità è una caratteristica universale nell'essere umano. Il filosofo e lo scienziato pongono premesse alle loro ipotesi sull'origine della socialità umana, che descrivono insieme di realtà e comportamenti compatibili tra di loro, quindi premesse congruenti, non contraddittorie tra loro, come ad esempio quella dello *Homo homini lupus* in Hobbes e dell'egoismo genetico in Dawkins. Il metodo che vi si applica per la ricerca della conferma delle connesse ipotesi è però diverso, empirico vs speculativo. Le conclusioni non sempre si contraddicono, alle volte sono anche compatibili tra loro, certo, interpretate nei rispettivi linguaggi e nelle rispettive precomprensioni.
- 4 Risale a Humberto Maturana e Francisco Varela la definizione degli esseri viventi come sistemi autopoietici, nonché la rappresentazione del processo autopoietico come un divenire di conoscenza, da cui deriva l'identificazione tra esistenza e conoscenza operata dai filosofi. La posizione epistemica dei due filosofi è particolarmente importante nelle scienze cognitive contemporanee. Il punto cardine viene definito da Maturana: «i) Un invito. La parola percezione deriva dall'espressione latina *per capere*, che significa "attraverso la cattura", e porta con sé l'implicita comprensione che percepire significa cogliere le caratteristiche di un mondo indipendente dall'osservatore. Questa visione assume l'oggettività, e quindi la possibilità di conoscere un mondo indipendente dall'osservatore, come condizione ontologica su cui si basa la distinzione tra illusione, allucinazione e percezione che essa comporta. Pertanto, mettere in discussione la validità operativa in ambito biologico della distinzione tra illusione, allucinazione e percezione, significa mettere in discussione la validità ontologica della nozione di oggettività nella spiegazione del fenomeno della cognizione. Ma come procedere? Qualsiasi riflessione o commento su come si realizza la prassi del vivere è una spiegazione, una riformulazione di ciò che avviene. Se questa riformulazione non mette in discussione le proprietà dell'osservatore, se dà per scontati la cognizione e il linguaggio, allora deve assumere l'esistenza indipendente di ciò che è conosciuto. Se questa riformulazione mette in discussione le proprietà dell'osservatore, se si interroga su come nascono la cognizione e il linguaggio, allora deve accettare l'indistinguibilità esperienziale tra illusione, allucinazione e percezione, e assumere come costitutivo il fatto che l'esistenza dipende dalla biologia dell'osservatore. La maggior parte delle tradizioni filosofiche si orienta verso il primo caso assumendo l'esistenza indipendente di qualcosa, come la materia, l'energia, le idee, Dio, la mente, lo spirito ... o la realtà. Invito il lettore a seguire il secondo, e a prendere sul serio la condizione costitutiva della condizione biologica dell'osservatore, seguendo tutte le conseguenze che questa condizione costitutiva comporta» (H.R. Maturana, *Ontology of Observing: The Biological Foundations of Self-Consciousness and of The Physical Domain of Existence*, in *Conference Workbook for "texts in Cybernetic Theory": An In-depth Exploration of the Thought of Humberto R. Maturana*, William T. Powers, Ernst Von Glasersfeld: a Conference of the American Society for Cybernetics, Felton, California, 1988, p. 4, ora liberamente acquisibile in Internet: <https://reflexus.org/wp-content/uploads/003.pdf>). Questa posizione però non risale a Maturana ma a Franz Brentano ed al suo allievo Edmund Husserl. Occorre sottolineare che la posizione non nega l'esistenza di un'oggettività, ma afferma che essa ricomprende l'osservatore in tutti i casi in cui l'indagine riguarda un sistema cognitivo biologico.

Non si nasce cattolici né mussulmani, ci si diventa. Un bambino nato da genitrice ebrea ma abbandonato ed allevato in famiglia cattolica diverrà cattolico, con probabilità maggiore rispetto ad un bambino nato ed allevato in una famiglia ebrea. I suoi doveri di 'buon cattolico' o di 'buon ebreo' deriveranno da questo costruirsi all'interno del gruppo, limitando la propria originaria libertà. L'essere umano ha la caratteristica di costruirsi non solo in base alle informazioni derivanti dalla sua costituzione genetica o biologica, ma anche, e direi soprattutto, dagli stimoli informativi provenienti dall'ambiente. Infatti, privo di ogni costrizione culturale l'uomo non sarebbe libero in senso assoluto, qui la sua libertà dalla cultura corrisponderebbe ad una costrizione proveniente da altre forze, che sono quelle biologiche e genetiche che lo determinerebbero in esclusiva; ad essere libero sarebbe il 'gene egoista'<sup>5</sup>, non l'individuo. Ma non si può neppure affermare che nella cultura l'individuo si liberi da ogni costrizione e divenga un uomo libero. Anche questa è utopia o quantomeno generalizzazione universale induttiva priva di valore scientifico o filosofico. Anche la cultura agisce con meccanismi di costrizione, più o meno consci, con informazioni che determinano l'agire dell'individuo e che non sempre sono a lui accessibili<sup>6</sup>. Uno stato di libertà di scelta sottoforma di razionalità perfetta non è realistico in riguardo all'essere umano.

L'identità socialmente indossata non corrisponde, generalmente, alla percezione di sé, è un miscuglio tra proprie ed altrui pulsioni, tra desiderio impositivo di sé e necessità di accettazione e adattamento<sup>7</sup>.

L'individuo agente teso la volontà realizzatrice - anche una volontà innocente - si esprime sì come soggetto dominatore del mondo ma come oppressore di sé stesso.

È la storia naturale dello *homo sapiens*, che vede nella comunicazione culturale il legame sociale che gli impone di esser parte di una società, non di una mera collettività, che gli impone un lungo percorso di addestramento per trasformare la sua natura genetica e biologica in una espressione culturale, costringendolo ad appartenere, con la condanna alla non sopravvivenza al di fuori della dimensione socio-culturale, legandolo con la insufficienza della propria costituzione genetica a bastare a se stessa, chiudendolo in una contraddizione incolmabile tra il suo essere ed il suo voler essere<sup>8</sup>.

Il *sapiens* ama elogiare la propria storia, ed è uso narrarla come storia di successi, di crescita, di sviluppo o evoluzione in senso pregiativo: di sé è tanto socialmente soddisfatto quanto individualmente infelice. Ma se scostiamo per un attimo il velo dell'ipocrisia, che pur costituisce un fortissimo collante sociale, questa storia si è realizzata tramite oppressioni, eccidi e genocidi. Non visti o semplicemente non biasimati all'atto della loro realizzazione, né dopo, se a supporto del gruppo vittorioso. Il confronto tra diverse culture, interno al *sapiens*, è sempre stato distruttivo per le culture perdenti. La cultura delle società occidentali non è stata più accogliente o meno distruttiva delle altre. Anzi, può dirsi vero il contrario, la cultura occidentale è sempre stata impositiva e sostitutiva. Il destino dei vinti è stato il disap-

5 È la posizione del darwinismo più ortodosso, espressa in: R. Dawkins, *Il gene egoista*, Bologna, Zanichelli, 1979.

6 G. Sartor, *Legal Reasoning, A Cognitive Approach to the Law*, in: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, a cura di E. Pattaro, Springer, Heidelberg/Dordrecht, 2005, p. 3 ss., ma sul punto delle conoscenze inaccessibili all'agente vedi F. Romeo, *Lezioni di logica ed informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 168 ss., oppure F. Romeo, *Il cognitivismo giuridico di Giovanni Sartor*, in *i-lex, rivista di scienze giuridiche, scienze cognitive ed intelligenza artificiale*, <http://www.i-lex.it/articles/volume2/issue5-6/romeo.pdf>.

7 È facile cogliere questi aspetti utilizzando la metodologia di Maturana: «L'universum contro il multiverso. L'assunzione dell'oggettività, l'oggettività senza parentesi, comporta l'assunzione che l'esistenza è indipendente dall'osservatore, che esiste un dominio indipendente dell'esistenza, l'universum, che è il riferimento ultimo per la validazione di qualsiasi spiegazione. Con l'oggettività senza parentesi le cose, gli enti, esistono indipendentemente dall'osservatore che li distingue, ed è l'esistenza indipendente delle cose (enti, idee) che specifica la verità. L'oggettività senza parentesi comporta l'unità e, alla lunga, il riduzionismo, perché implica la realtà come un unico dominio definitivo caratterizzato da un'esistenza indipendente. Chi ha accesso alla realtà ha necessariamente ragione in qualsiasi controversia, mentre chi non ha tale accesso ha necessariamente torto. Nell'universum la coesistenza esige l'obbedienza alla conoscenza. Contrariamente a tutto questo, l'oggettività tra parentesi implica l'accettazione del fatto che l'esistenza è generata dalle distinzioni dell'osservatore, che ci sono tanti domini di esistenza quanti sono i tipi di distinzione che l'osservatore compie: l'oggettività tra parentesi implica il multiverso, implica che l'esistenza è costitutivamente dipendente dall'osservatore e che ci sono tanti domini di verità quanti sono i domini di esistenza che egli genera nelle sue distinzioni. Allo stesso tempo, l'oggettività tra parentesi implica che i diversi domini di esistenza non si intersecano costitutivamente, perché sono generati da diversi tipi di operazioni di distinzione e, quindi, nega costitutivamente il riduzionismo fenomenico. Infine, sotto l'oggettività tra parentesi ogni versus del multiverso è ugualmente valido, se non ugualmente piacevole da frequentare, e i disaccordi tra gli osservatori, quando non derivano da banali errori logici all'interno dello stesso versus ma da osservatori che si trovano in versus diversi, dovranno essere risolti non rivendicando un accesso privilegiato a una realtà indipendente, ma attraverso la generazione di un versus comune attraverso la coesistenza nella reciproca accettazione. Nel multiverso la coesistenza richiede il consenso, cioè la conoscenza comune» (H.R. Maturana, *Ontology of Observing*, cit. p. 5).

8 Gli studi di genere sono il luogo tradizionale di questi studi, ma questo è anche il campo dell'esistenzialismo.



parire dagli orizzonti sociali. Si può affermare che il confronto veramente distruttivo, che non ammette sopravvissuti, è quello tra culture, non tra razze<sup>9</sup>. L'antropocentrismo, salvifica formula contemporanea forgiata contro le culture emergenti dell'artificialità, ha nel nocciolo di sé le molteplici *Vernichtungen* che hanno accompagnato l'affermazione del *sapiens* e la sua espressione in poche forme dominanti. In fin dei conti il *sapiens* non sa gestire la sua storia in alcun altro modo che nell'oblio delle sue crudeltà e della sua schizofrenia etica. Il rituale viene compiuto sempre nella stessa forma, con il richiamo all'unità attorno ad una o più caratteristiche sentite proprie da tutti gli appartenenti ad un determinato gruppo. L'unità del sentire, l'opinione unanime, crea verità inoppugnabili e spiana la via al compimento di qualsiasi orrore, nel nome della collettività, certo. La *Vernichtung* si compì su questo schema sociale e mentale, edificata sui mai superati fantasmi creati dall'idealismo tedesco. Cambiati i presupposti culturali, il medesimo percorso si compì nelle stragi ripetute di Tutsi e Hutu in Ruanda, ma sono innumeri gli esempi, anche per le religioni: nelle guerre di religione, in genere, lo scontro si radicalizza in modo inestricabile, sino a diventare cronico. Si ponga mente, come esempio, alla 'Terra Santa' ed alla vergognosa attualità di quei territori, condivisi religiosamente, che stanno giungendo alla distruzione definitiva.

Costrizioni socioculturali, stratificate in millenni di evoluzione culturale, spesso divenute inutili, obsolete, ma delle quali è difficile disfarsi, esprimono le soggettività che le hanno volute e che non ci sono più, esse rappresentano solo i fantasmi delle loro libertà oramai realizzate, ma contemporaneamente la realtà dell'altrui attuale costrizione.

Sempre in ambito occidentale, l'affermazione della universalità dei diritti umani, la loro positizzazione e la previsione di strumenti di controllo e garanzia, neppure essi sono riusciti a scalfire il vecchio ordine occidentale che descrive le categorie, ivi comprese quelle giuridiche, attorno alla cultura occidentale ed all'uomo occidentale. Così anche i diritti umani sono concettualizzati attorno alla cultura occidentale e rappresentano l'uomo occidentale, mentre non sono egualmente sovrapponibili ad ogni cultura. Essi rappresentano le necessità di una cultura giuridica evolutasi in centinaia di migliaia di anni<sup>10</sup>, con istituti ritagliati sulle necessità di una società complessa. Nel caso di società incontattate<sup>11</sup> e che rifiutano il contatto, l'asserita universalità dei diritti umani imporrebbe l'*enforcement*, da parte dello Stato di riferimento, del diritto umano nei confronti di queste culture, il destino delle quali sarebbe, perciò, la distruzione.

## 2. Siegfried der Drachentöter, o della pace del vincitore invulnerabile

La spirale culturale che sempre ripete le stesse forme dell'oppressione, anche se in sempre nuove combinazioni, si rompe con l'ingresso nelle società umane delle tecniche digitali di trattamento dell'informazione, e da lì dei nuovi protagonisti dell'informazione: i sistemi intelligenti artificiali.

I nuovi sistemi hanno in comune con l'essere umano proprio il trattamento dell'informazione, cioè il mero fatto di essere sistemi cognitivi di trattamento dell'informazione<sup>12</sup>, sistemi, cioè, che in base alla cognizione del mondo ad essi esterno, decidono una loro azione in esso. Ogni essere biologico è un essere di tal fatta, non si tratta, quindi, di una novità nella evoluzione della vita sulla terra, la novità consiste nel fatto che i sistemi artificiali non sono sistemi biologici, e quindi per la prima volta sistemi non biologici di trattamento delle informazioni si affacciano nella interazione relazionale tra esseri viventi

9 In campo religioso abbiamo esempi storici imponenti di rovesciamento della verità storica in favore del vincitore e di persecuzione sino all'estinzione dell'oppositore, la bibliografia è qui solida cfr. da ultimo E. Ferri, G. Cricenti, *Alla ricerca della laicità perduta. Il crocifisso laico dei giudici italiani*, Monterotondo (Rm), Fuorilinea, 2023, in particolare alle pp. 45-66.

10 Ho altrove esposto e motivato la mia convinzione che la relazione giuridica si origini in epoca assai remota nella evoluzione della cultura umana, vedi F. Romeo, *Some aspects of the evolution of legal norms in the Lower Pleistocene. A quantitative approach to normativity*, in *Jusletter IT*, 2011, r. 1-45, [https://jusletter-it.weblaw.ch/en/issues/2011/108/article\\_386.html\\_\\_ONCE&login=false](https://jusletter-it.weblaw.ch/en/issues/2011/108/article_386.html__ONCE&login=false); vedi anche F. Romeo, *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.

11 Come esempi si possono citare alcune popolazioni delle isole Andamane e delle isole Sentinel, ma sono molto più numerosi e popolano sia l'Africa equatoriale che la foresta amazzonica. Il passato nulla ci insegna, abbiamo annientato interi popoli, come gli Incas o gli Atzechi o i Pellerossa di molteplici etnie, continuiamo, e questa volta in nome dei diritti umani.

12 La più comune definizione di informazione è quella, non molto antica, data da Claude Shannon come un qualsiasi tipo di elaborazione di dati, che può essere misurata in termini di entropia, ma l'argomento necessiterebbe un vasto approfondimento, visto che il lemma è assai equivoco nell'uso quotidiano, anche giuridico, v. F. Romeo, *In-formatio: la formazione della realtà*, in: *Sociologia*, LV, 2, 2021, pp. 112-120.

sulla terra e per la prima volta sistemi di tal tipo si mostrano in grado di generare e modificare la cultura umana. Nuovi sistemi di elaborazione dell'informazione si affacciano all'orizzonte della storia umana, sono nuovi soggetti che fanno cultura, anche se non sono riconosciuti come tali.

I nuovi soggetti operano su presupposti che non sono quelli della biologia umana, la loro attività cognitiva si basa su presupposti formali inaccessibili al ragionamento umano<sup>13</sup>, ma non sono sistemi completamente chiusi, come quelli biologici<sup>14</sup>, è possibile una interazione profonda con essi, tramite modificazioni ed inserzioni nella biologia umana o anche tramite percezioni e rappresentazioni da essi create<sup>15</sup>, oppure creando soggettività ibride biologico-silicee, sdoppiando la realtà ed il vissuto individuale in due possibili forme: quella reale e quella virtuale. Si creano così, nella coscienza individuale, due o più vite parallele contemporaneamente vissute. Resta, però, l'unicità della sintesi operata dal cervello. Così la costruzione individuale unitaria della mente, nonché la sua espressione nella socialità non potranno che mutare in forme ancora non prevedibili. Il *cyborg* personifica questa commistione di forme e di realtà, esso è il nuovo plesso, o l'intersezione che esprime i nuovi individui<sup>16</sup>. Un *cyborg* ha ogni genere ed ogni scelta sessuale a disposizione, non si limita alla realtà materiale, può vivere, in tutto o in parte anche nella realtà virtuale, può non poter uscire da quest'ultima, ma non necessariamente. Le scelte individuali operate nella realtà virtuale o in un metaverso potranno essere trasferite alla realtà materiale. L'essere umano ha ora diversi livelli di vita e di espressione.

Si inserisce in questo mutamento la reazione alla condizione primaria, quella che più di tutte ha funto da motore della evoluzione culturale: la vulnerabilità individuale nei confronti delle forze esterne, il bisogno di artifici tecnici per superare tale vulnerabilità.

Il desiderio di invulnerabilità, nella relazione vulnerabilità-artificio, si è espresso sin da tempi assai risalenti, pressoché in tutte le culture, attraverso la creazione di racconti e personaggi mitologici, gli esempi a noi più noti e vicini appartengono alla mitologia greca che prendo a riferimento per una esemplificazione.

La vulnerabilità della condizione femminile è una costante nella storia dell'umanità, così l'essere sottoposta, la donna, a violenze di ogni tipo ma in particolar modo a riguardo della riproduzione. La sua narrazione mitologica si trova nel mito di Caenis, raccontato in più luoghi ed in diverse versioni, qui

- 
- 13 Gli strumenti del ragionamento di un sistema artificiale sono pressoché infiniti, loro vivono in un 'Paradiso cantoriano' ove tutto è vero se non contraddice le sue premesse, noi siamo limitati dalla nostra biologia entro un numero ristretto di strumenti formali. Vedi G. Longo, *Matematica e senso. Per non divenire macchine*, a cura di A. Colombo, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2021; nonché il mio commento nella recensione al libro uscita su *La Cultura*, LXI, 2 agosto 2023, pp. 367-373.
- 14 La tesi della chiusura dei sistemi biologici, donde la loro autopoiesi risale a H. Maturana e F. Varela, vedi *supra* note 4 e 7.
- 15 I metaversi e le realtà virtuali ne sono l'esempio. Già da ora un individuo può vivere le esperienze più disparate in prima persona, con identità artificiali, o virtuali, ognuna diversa dalle altre.
- 16 Il lemma *cyborg* è riferito usualmente, nel significato, al manifesto *cyborg* di D.J. Haraway, opera che si origina nel vivace ambiente culturale femminista dell'America di quegli anni, in un dibattito continuo, tanto che è la Haraway stessa che lo definisce un'opera collettiva: «Il manifesto *cyborg* ha avuto origine dalla mia relazione *New Machines, New Bodies, New Communities: Political Dilemmas of a Cyborg Feminist*, al convegno *The Scholar and the Feminist X: The Question of Technology*, tenutosi al Barnard College nell'aprile 1983. Le persone collegate al comitato di Storia della coscienza della U.C.S.C. hanno influenzato moltissimo questo saggio, che si può quasi definire un prodotto collettivo, anche se coloro che cito magari non riconoscerebbero le loro idee. In particolare, hanno contribuito al manifesto *cyborg* i partecipanti ai corsi di scienza, politica e teoria femminista e ai corsi di teoria e metodo. Devo molto soprattutto a H. Klein (*Marxism, Psychoanalysis, and Mother Nature, Feminist Studies*, 15, 2, 1989, pp. 255-78), P. Edwards, (*Border Wars: the Science and Politics of Artificial Intelligence*), *Radical America*, 19, 6, 1985, pp. 39-52, L. Lowe (*French Literary Orientalism: The Representation of 'Others' in the Texts of Montesquieu, Flaubert, and Kristeva*, tesi di dottorato, U.C.S.C. 1986) e J. Clifford (*On Ethnographic Allegory, in James Clifford e George Marcus (a cura di), Writing Culture: The Poetics and Politics of Ethnography*, University of California Press, Berkeley 1985»). D.J. Haraway, *Un manifesto per Cyborg: scienza, tecnologia e femminismo socialista nel tardo ventesimo secolo*, trad. Liana Borghi disponibile on-line; la versione edita è D.J. Haraway, *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Feltrinelli, Milano, 1995. Nel seguito della nota sopra citata l'autrice nomina molte altre voci che hanno contribuito alla formazione del manifesto. Quel che stupisce, in quest'opera, è la capacità dell'autrice nella concettualizzazione dei mutamenti rilevanti nel rapporto tra esseri umani e sistemi artificiali (macchine nelle parole della Haraway). Un saggio che non era semplicemente in linea con i suoi tempi, ma che prevedeva una evoluzione tecnica e sociale che si è poi avverata. Vedi anche R. Braidotti, *Il postumano. La vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, Roma, DeriveApprodi, 2020; R. Marchesini, *Post-Human. Verso nuovi modelli di esistenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002.

mi riferisco alla versione di Ovidio<sup>17</sup>. Il mito narra la vicenda di Caenis<sup>18</sup>, splendida ragazza che, ancora vergine, venne violata da Nettuno, su una spiaggia deserta:

Come Nettuno se l'ebbe goduta: - Domanda, le disse, quello che vuoi, i tuoi voti per certo non sono respinti -. E questo pure narrava la fama. Risposegli Ceni: - Gran desiderio m'ispira codesto mio oltraggio: concedi che non patisca più simil offesa, e trasformami in uomo: tutto avrai fatto per me.<sup>19</sup> Nettuno realizzò immediatamente il desiderio di Ceni, narra Ovidio che mentre finiva di pronunciare le parole che formulavano la richiesta già la voce cominciava ad ispessirsi. Ma a questa richiesta metamorfosi Nettuno ne aggiunse un'altra: la invulnerabilità al ferro: "Nettuno le aveva accordato quanto voleva, e le diede per giunta che mai non potesse esser ferita né mai soccombesse per opra di ferro"<sup>20</sup>

Dopo una vita da guerriero ed eroe, la fine di Ceneo, alias Cenis, ha luogo con l'epica battaglia contro i centauri, nella quale mostrò la sua invulnerabilità al ferro lasciando rimbalzare le lance sulla sua pelle. L'ira dei centauri fu doppiamente motivata, sia dalla morte dei loro simili cagionata da Ceneo sia nel fatto che il nemico, originariamente, fosse una donna:

Anche te, Ceni, dovrò tollerare? ché femmina sempre per me tu fosti e sarai sempre Ceni. L'origin natia non t'ammonisce, né più ti ricordi per che sei premiato, con che mercede mentisci l'immagine falsa dell'uomo? Pensa che cosa nascesti o considera quel ch'hai sofferto: v'è, prendi rócca e cestello e col pollice fila gli stami: lascia la guerra agli eroi<sup>21</sup>" così inveiva Làtreo, un forte centauro che verrà poi ucciso da Ceneo. Alla sua morte gli altri centauri si infuriarono e si scagliarono contro Ceneo "Vergogna! - gridava Mònico, - siam superati noi, folla, da uno soltanto, né pure maschio del tutto; benché quell'è uomo verace e noi codardi siam quel che fu lui!"<sup>22</sup>

Si unisce all'oltraggio della morte o della ferita l'affronto di venir feriti o uccisi da una (ex) donna. I centauri avranno poi la meglio su Ceneo, svellendo gli alberi da terra e con essi colpendo e seppellendo Ceneo, invulnerabile al ferro ma non al legno.

Le rappresentazioni letterarie della invulnerabilità sono legate non tanto ad un valore negativo. Gli invulnerabili sono eroi, lottano per la loro comunità e da questa sono, in genere, apprezzati. L'esempio di Cenis è forse quello dotato di maggior forza esplicativa, oltre che, certamente, della forza poetica di Ovidio. L'invulnerabilità è legata al benessere o alla difesa del gruppo sociale di appartenenza, era vista come un vantaggio sociale prima che individuale.

Come per Ceneo, anche il mito di Achille narra della sua invulnerabilità, anche se tale narrazione giunge in epoca tarda.

L'invulnerabilità di Achille è quasi conseguenza della sua invincibilità, Omero infatti non ne parla, ponendo l'accento sulla armatura di Achille, forgiata dal dio Efesto e quindi impenetrabile. L'invulnerabilità è invece affermata in epoca latina<sup>23</sup>. In questa versione Achille diviene invulnerabile dopo il bagno nelle acque dello Stige, anzi dopo la sua immersione ad opera della madre Teti. Anche la sua invulnerabilità è, però, parziale: la madre, tenendolo per le caviglie, nell'immergerlo nelle acque dello Stige, ne copre un punto situato sul tallone, che diverrà la macchia, il *vulnus* dell'invulnerabilità, il tallone di Achille. Nell'Iliade, però, il racconto vuole che Achille muoia perché colpito nell'unica parte scoperta dall'armatura: il tallone. Invulnerabilità e artificio difensivo sembrano coincidere nel racconto del mito di Achille ed è interessante anche il fatto che il racconto sia a più voci, o, meglio, a più menti, perché questa pluralità narrativa giunge a fermare narrativamente il collegamento tra invulnerabilità e artificio difensivo.

Il collegamento è ancor più chiaro nelle elaborazioni teutoniche del mito di Sigfrido, nome proprio dal significato di 'pace che segue la vittoria'. L'eroe della saga dei Nibelunghi, infatti, ottiene la sua in-

17 Ovidio, *Le Metamorfosi*, XII 189-535; utilizzo la traduzione di F. Bernini, in Ovidio Nasone, *Le Metamorfosi*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 1971, pp.150-171.

18 Scritto variamente: Caenis in latino prima della metamorfosi, Caeneus dopo; tradotto Ceni o anche Cenide prima della metamorfosi e Ceneo dopo.

19 *Id.*, r. 198 ss.

20 *Id.*, r. 205 ss.

21 *Id.*, r. 470 ss.

22 *Id.*, r. 498 ss.

23 Sia Stazio nella Achilleide che Apollonio Rodio nelle Argonautiche attribuiscono a Teti, madre di Achille, l'aver operato per ottenere l'invulnerabilità del figlio, o immergendolo nelle acque dello Stige o ungendolo di unguenti sacri e bruciando le parti mortali del corpo.

vulnerabilità bagnandosi nel sangue del drago Fafnir, guardiano dell'oro dei Nibelunghi, da lui ucciso con la spada donata da Odino al padre Sigmundo e riforgiata da Sigfrido stesso. La doccia di sangue di drago verrà corrotta da una foglia che si poserà tra le sue scapole, coprendo un solo punto della sua pelle, che resterà la sua macchia di vulnerabilità. Sigfrido spenderà la sua invulnerabilità come condottiero di truppe, giovandosi, oltre che di essa, di ulteriori artifici tecnologici, quali il mantello magico di Alberico che gli donava la possibilità di apparire con le sembianze di ciò o chi volesse, financo all'invisibilità.

I superpoteri, di estrazione divina, semidivina o tecnica, esplodono nella narrazione fumettistica del Novecento, nei cosiddetti supereroi, i quali posseggono superpoteri derivanti o da un fatto o accadimento naturale, in genere molto poco credibile come causa del superpotere, oppure da una propria capacità realizzativa tecnica. Il primo è il caso dei Fantastici Quattro, ad esempio, oppure di Superman, il secondo è il caso di Batman, realizzatore degli ordigni tecnologici in suo potere. La letteratura fumettistica narra le gesta dei supereroi dotati di superpoteri a contrasto sia di normale criminalità che di 'forze del male' variamente rappresentate e dotate. Non esiste però superpotere inviolabile o supereroe la cui invulnerabilità non abbia un qualche punto debole. L'odierna letteratura *fantasy* o di fantascienza riprende abbondantemente il tema dell'invulnerabilità, come anche la cinematografia. Novità di questi decenni è la possibilità di 'vivere' la simulazione della invulnerabilità e dei superpoteri nella dimensione del gioco e, recentemente, nella dimensione virtuale. Si congiungono a queste nuove possibilità la speculazione filosofica e quella scientifica; quest'ultima da mera riflessione tecnica sugli artefatti di viene normativa, disegnando e creando società virtuali e regole di convivenza per esse, in cui vivere simultaneamente la propria personalità da supereroi, questi sì invulnerabili, giacché mancanti di realtà.

La speculazione filosofica, dal canto suo, si accorge tardi del cambiamento nella relazione umana ma, seppur tardi, giunge anch'essa, preceduta dagli studi antropologici.

### 3. Lo spaccio del sapiens trionfante

Invulnerabilità è una eccezione alla normalità, alla normodotazione, ma ha un'altra freccia nella dotazione rispetto alla vulnerabilità. Essa eccede la normalità, presuppone o implica un confronto, una lotta, e si origina nel potere, nella imposizione.

La freccia del potenziamento è evidente nelle tensioni contemporanee del transumanesimo o anche del postumanesimo verso l'immortalità, ritenuta teoricamente possibile ed in via di realizzazione.

Non c'è dubbio che gli studi sulla vulnerabilità in ambito giuridico cerchino di accompagnare i più vulnerabili in un cammino di uguaglianza ed antidiscriminatorio, in direzione, quindi, del tutto opposta rispetto alle ricerche sulla invulnerabilità e sui superpoteri. Tuttavia, quel che il diritto offre loro, nella sua struttura attuale, lo offre a chiunque, con effetti spesso opposti rispetto agli intenti. Occorre tener conto della presenza di questa spinta culturale, complessa e molto connessa biologicamente, alla ricerca della inviolabilità, della invulnerabilità. Essa è presente in tutte le epoche e quasi funge da traino alla storia umana o, almeno, all'evoluzione della cultura umana, nella contemporaneità si sta ampliando in possibilità e nei possibili destinatari o aspiranti tali.

Gli anni Ottanta del secolo scorso battezzarono una nuova creatura figlia dell'unione tra il sapiens e la sua cultura: il *cyborg*. La metamorfosi contemporanea, che riguarda un po' tutti, non si limita, come per Cenis, alla trasformazione nell'altro genere, bensì si estende a quella di entrambi i generi in un terzo (non-)genere: il *cyborg*. Qui parlo del *cyborg* come intersezione di tutte le manifestazioni culturali realizzate storicamente attorno al *sapiens* e del superamento delle impossibilità di coesistenza tra esse, delle nuove possibilità date dalla identità molteplice indossata di volta in volta, sorte con Internet e che si moltiplicheranno con i metaversi. La soggettività, anche quella giuridica, può anche non essere pensata come definita da una manciata di caratteristiche biologico-culturali linguisticamente espresse, essa viene definita, di volta in volta, dalle possibilità di essere, sia biologiche che virtuali che silicee, scelte dal mutevole individuo. Il nuovo soggetto non riproduce il mito del mutamento escludente, o uomo o donna, ma l'intersezione di diverse possibili combinazioni, sempre possibili<sup>24</sup>:

Non l'io cartesiano che pensa, non l'io che faticando nel corso storico s'identifica con le proprie opere, non l'io trasfigurato nel rapporto con il divino o con l'Io trascendentale, ma l'io come 'sente di essere'. E sente in un processo fluido e continuo, non governato da una legge di sviluppo né mirante a una meta finale.

24 Anche nel mito ogni metamorfosi non ne esclude altre né il ritorno all'originaria forma, infatti, secondo Virgilio, Cenis dopo la morte riassunse sembianze femminili, una volta giunta all'Ade, dove Enea accompagnato dalla Sibilla la incontra, Virgilio, *Eneide*, libro VI, 447-449. Ovidio invece attesta la metamorfosi in un uccello mai visto, Ovidio, *Le Metamorfosi*, cit., pp. 522 ss.



Ogni istante ha, o può avere, una diversa identità, sicché l'io si scompone moltiplica disperde: come è mai in grado di ricondursi a unità, e pronunciare l'irripetibile 'io'? E come addirittura elevare questo labile segno, in cui si raccoglie la pluralità dei 'sentirsi', alla suprema dignità di 'persona'? Quale è il 'permanente', il 'duraturo', in un processo senza confini di tempo e vincolo di scopi?<sup>25</sup>

Balza evidente, nelle parole dell'illustre giurista la necessità, rispetto ad ogni forma giuridica, della idea di identità, dell'identico che permetta di pronunciare un 'io' che altrimenti sarebbe irripetibile. Più nascosta, rispetto a questa evidenza, sta l'idea che la nozione di soggetto di diritto e di diritto soggettivo abbiano, nella storia del diritto e nell'evoluzione dei concetti giuridici, 'estratto' il soggetto dall'individuo, astraendo l'azione giuridica, realizzativa di un potere, nel diritto soggettivo, ma tralasciando le peculiarità individuali legate a quella determinata azione. L'identità, che ferma e si impone, diviene così lo strumento di questa astrazione concettuale, che porta dalla molteplicità ed equivocità degli individuali, mai identici a loro stessi, alla definibilità giuridica dei diritti soggettivi. Resta il dubbio se questa costruzione del diritto soggettivo ed il diritto soggettivo stesso siano necessari all'ordinamento giuridico o se invece siano possibili altre architetture giuridiche. Nel primo caso, si comprenderebbe come mai la dottrina giuridica non riesca a compiere l'ultimo passo di separazione del giuspositivismo dal giusnaturalismo: il diritto soggettivo, così concepito, presupporrebbe necessariamente un soggetto identico nel tempo a sé stesso, esistente come tale e preesistente l'ordinamento giuridico<sup>26</sup>. Nel secondo caso, invece, si tratterebbe di una tecnica giuridica, di una elaborazione giuridica utile ma non necessaria, che viene posta dal diritto, o anche imposta, ma che non rientra nei dati naturali preesistenti e necessari. In questo caso altre tecniche sarebbero possibili, ed è questo quanto io affermo. L'ordinamento giuridico non abbisogna dell'identità soggettiva, ma della oggettività dell'azione, questa basta a porre l'obbligo ed imputare una conseguenza giuridica ad un individuo, anche se mutevole nel tempo e definito dalla intersezione di caratteristiche mutevoli nel tempo.

Così come la teoria del diritto astrae l'azione dell'individuo nel diritto soggettivo, così l'ideologia retrostante standardizza l'individuo nel soggetto, rappresentato dalla unità ideale del maschio bianco e della sua cultura. Gli altri soggetti o, se si vuole, identità, non appaiono all'orizzonte dei sistemi giuridici contemporanei, le individualità che non riescono ad esprimersi in soggettività, come le popolazioni indigene, non sono rappresentate nella attuale costruzione teorica, né lo sono gli animali<sup>27</sup>. La possibilità di aprire la soggettività in innumeri variabili individuali appare nella contemporaneità, così come colta da Donna Haraway nel *cyborg* e nella proposta teorica intersezionale di Kimberlé Crenshaw<sup>28</sup>. È possibile pensare un ritorno all'individuo prima della omologazione giuridica nella soggettività giuridica e la proposta intersezionale può permetterci di ipotizzare l'individuo come esprimente un insieme di soggettività, diverse.

25 N. Irti, *Pirandellismo giuridico (variazioni sul tema)*, in *La Cultura*, LIX, 3, dicembre 2021, p. 431.

26 L'analisi di Kelsen ed il suo attacco al diritto soggettivo sono tra le pagine giuridiche più taglienti che siano mai state scritte, ciononostante l'antica tentazione sempre ritorna: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952-2000, pp. 77 ss.

27 Nota acutamente Maria Giulia Bernardini: «A tal riguardo, una promettente linea di ricerca può essere quella che tenta di coniugare la critica intersezionale con quella sulla vulnerabilità, sì da permettere, oltre alla riformulazione teorica dei concetti giuridicamente rilevanti, anche l'"ingresso" nello spazio giuridico delle soggettività più discriminate, arricchendo al contempo in chiave plurale l'immagine del soggetto titolare dei diritti» (M. G. Bernardini, *Soggettività "mancanti" e disabilità. Per una critica intersezionale all'immagine del soggetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, p. 297).

28 Il riferimento è anzitutto al noto saggio K.W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989: 1, 8, pp. 139-167.



Silvia Vida\*

## Nudge e vulnerabilità

### Sommario

1. La libertà di essere vulnerabili. – 2. Vulnerabilità descrittiva e normativa. – 3. Fini, mezzi, preferenze. – 4. Argomenti milliani e vulnerabilità del *nudgee*. – 5. La necessità di essere vulnerabili. – 6. Conclusioni.

### Abstract

A contatto con la teoria del *nudge* e il paternalismo libertario, il concetto di vulnerabilità sembra rivelare due significati distinti e connessi: uno descrittivo, che coincide con la vulnerabilità costitutiva degli agenti della scelta e uno normativo, definibile come vulnerabilità funzionale dei soggetti di scelta dopo che hanno subito gli effetti del *nudging*. Il fatto che nell'orbita regolativa del *nudge* entri la vulnerabilità costitutiva come base descrittiva per giustificare il paternalismo implica controintuitivamente che la vulnerabilità dei *nudgee* debba rimanere tale. Questo aspetto è in grado di compromettere il coté libertario del *nudging*, il suo dichiarato anti-perfezionismo, ma anche la funzione specificamente paternalistica per cui è nato.

*Combined with nudge theory and libertarian paternalism, the concept of vulnerability seems to reveal two distinct and connected meanings: a descriptive one, coinciding with the constitutive vulnerability of the agent and a normative one, definable as the functional vulnerability of a nudged agent. The fact that the constitutive vulnerability enters the regulatory orbit of nudges as a descriptive basis for justifying paternalism counterintuitively entails that the agent should not overcome her vulnerability. This may compromise the libertarian credentials of nudging, its declared anti-perfectionism, but also the paternalistic function it was meant to perform.*

### 1. La libertà di essere vulnerabili

Sono molte le definizioni che dal 2008 in poi Richard Thaler e Cass Sunstein danno di “*nudge*” – in italiano, “spinta gentile” o “pungolo”. Pur essendo sovrapponibili, cambiano nell'enfatizzare uno o più requisiti di questo dispositivo. Nella prima edizione di *Nudge* la spinta gentile è “qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici”<sup>1</sup>. Il *nudge* fa quindi parte dell'architettura delle scelte, ed è in grado di modificare le condotte dei soggetti a cui si applica, i

\* Professoressa associata di Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna. Relazione al Convegno “Persone, vulnerabilità, intersezionalità” ospitato dall'Università degli Studi di Brescia in data 19.05.2023. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2008 (ed. or. 2008), p. 12.

*nudgee*, secondo le previsioni di chi organizza l'architettura e senza imporre alcun costo agli agenti della scelta<sup>2</sup>.

In *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism* (2014)<sup>3</sup>, Sunstein specifica quale deve essere la meta verso cui sospingere gli individui: le spinte gentili sono "intese come iniziative che mantengono la libertà di scelta nel momento in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione (secondo l'apprezzamento di queste stesse persone)"<sup>4</sup>. Nel testo precedente la specificazione è riferita ai provvedimenti paternalistici e non direttamente alle spinte gentili.

Infine, in *The Ethics of Influence* (2016), Sunstein propone una definizione più essenziale che fa riferimento a "interventi che conservano la libertà di scelta delle persone". Qui i *nudge* sono distinti dagli "usi dell'architettura della scelta", intesi a loro volta come "condizioni di sfondo delle scelte delle persone"<sup>5</sup>.

La definizione che si trova in *Why Nudge?* sembra la più promettente per riflettere sulla vulnerabilità, perché racchiude i presupposti di un suo possibile nesso con il nudging paternalistico. Anche se il concetto di vulnerabilità non conosce una sola lettura<sup>6</sup>, a contatto con il *nudge* sembra rivelare due significati distinti, e, come vedremo, connessi: uno descrittivo, che chiamerò vulnerabilità *costitutiva* (di tipo ontologico), e uno normativo, che chiamerò vulnerabilità *funzionale*. Il fatto che nell'orbita regolativa del *nudge* entri la vulnerabilità costitutiva e descrittiva come base per giustificare il paternalismo fa emergere la circostanza controintuitiva che la vulnerabilità dei *nudgee* debba rimanere tale.

In altri termini, la vulnerabilità funzionale coincide con il significato regolativo delle spinte gentili pubbliche. Il loro uso rende i soggetti che ne sono destinatari funzionalmente vulnerabili e bisognosi di regolazione paternalistica permanente, sul presupposto che non siano immunizzabili dai loro difetti (vulnerabilità) costitutivi, e non *debbano* esserlo.

La definizione che si trova in *Why nudge?* fa emergere anche l'essenza normativa del paternalismo libertario. In un certo senso la disvela, pur volendola nascondere. Se è vero che i *nudge* sono "iniziative che mantengono la libertà di scelta nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione", ciò avviene proprio perché le persone non sono in grado di imprimere alle proprie scelte la "giusta direzione"; ma allora non sono nemmeno capaci di esprimere un "apprezzamento" per quello che il regolatore ha concepito per loro, né potrebbero fare, "secondo il loro giudizio", cose come decidere per la cura migliore, accendere il contratto bancario più conveniente, occuparsi della pensione o proteggere l'ambiente nella maniera più efficiente. In questa definizione c'è pertanto una condizione controfattuale dissimulata.

Inoltre, non deve ingannare il fatto che la clausola della libertà è qui centrale, come in tutte le altre definizioni fornite dagli inventori del *nudge*. È pur vero che l'uso di *nudge* lascia agli individui la libertà di sottrarsi alla loro azione e, quindi, di scegliere altrimenti; ma se questo dispositivo sospinge i *nudgee* dolcemente, quasi inercialmente<sup>7</sup>, è proprio perché a questi soggetti si imputa un'autonomia insufficiente a esprimere l'opzione che li sottrarrebbe alla sua spinta. Inoltre, la ragione per cui non intraprendono autonomamente questa strada è controfattuale nel senso in cui abbiamo detto: non lo fanno, in realtà, a causa della loro vulnerabilità cognitiva e caratteriale, che è costitutiva, ontologica e descrittiva<sup>8</sup>.

2 Il "costo" qui è concepito in termini di disponibilità a scegliere opzioni diverse da quella 'suggerita' dalla spinta e in termini di incentivi economici.

3 C.R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven & London, 2014; tr. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015.

4 Ivi, p. 13.

5 C.R. Sunstein, *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 5.

6 Come noto, la letteratura è sterminata. Per quella italiana richiamo qui, *inter alia*, le riflessioni più recenti: N. Riva (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, Roma, 2020; O. Giolo, *Il diritto neolibérale*, Jovene, Napoli, 2020; B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021.

7 L'inerzia della volontà è il presupposto dei *nudge* basati sul *default*. Orientare le persone sull'opzione di default vuol dire indurle a compiere la scelta migliore sfruttando una diffusa tendenza all'inerzia. L'architettura della scelta scaturisce quindi dalla prevedibilità dell'errore umano, e le regole di default sono presentate come mezzo per ridurre i danni potenzialmente compiuti dal Sistema 1. Cfr. C.R. Sunstein, *Effetto nudge, cit.*, pp. 95 ss.; cfr. *Id.*, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014 (ed. or. 2013), pp. 86 ss.

8 Sarebbe interessante elencare i tipi di *nudge* presentati dai due autori per commentare il ruolo differenziato della clausola libertaria. Poiché eccederebbe da questo spazio di riflessione, ci limitiamo a dire che, dopo il 2008, Sunstein parla dell'ultima generazione di *nudge*, cioè i *nudge* "educativi", che tendono a informare le persone, a irrobustire le loro competenze e a creare architetture della scelta in cui i difetti cognitivi sono arginati (se ne impedisce cioè il manifestarsi). In tal modo distingue tra "paternalistic nudges", "educative nudges", e *nudge de-biasing*, "that enlist or exploit behavioral biases" (C.R. Sunstein, *The Ethics*

Se la presunzione alla base del nudging non fosse questa, non ci sarebbe motivo di concepirlo come sistema di regolazione pubblico.

La vulnerabilità si rivela (oltre che costitutiva) funzionale nel momento in cui si constata che il *nudge* non è concepito come un mezzo di emancipazione dai limiti ontologici del *nudgee*. In quanto paternalistico, ci aspetteremmo un'azione emancipativa attraverso il *nudge*; ci aspetteremmo cioè che gli individui venissero liberati almeno in parte dai vincoli connaturati nel loro essere soggetti di scelta limitati (*bounded*). Ma poiché questo non è il senso politico o normativo dell'uso del nudging pubblico c'è da chiedersi in quale modo possa qualificarsi come paternalistico<sup>9</sup>.

Notoriamente, il paternalismo del *nudge* è definito *libertarian* in un saggio del 2003 che porta lo stesso titolo<sup>10</sup>. In questa sede Thaler e Sunstein definiscono 'paternalistica' una politica "selezionata con l'obiettivo di influenzare le scelte delle parti interessate in modo tale da rendere quelle parti migliori (*better off*)"<sup>11</sup>, dove "migliori (*better off*)" significa "misurate il più possibile oggettivamente"<sup>12</sup>, e non necessariamente tarate sul benessere degli individui ai quali si rivolge. Per i nostri autori, inoltre, il paternalismo deve limitarsi all'obiettivo di influenzare i comportamenti, mantenersi cioè entro i limiti di "un approccio che preserva la libertà di scelta ma autorizza istituzioni pubbliche e private a guidare le persone nella direzione che promuove il loro benessere"<sup>13</sup>. È chiaro che il benessere dei *nudgee* non coincide con l'emancipazione dai suoi limiti, bensì con gli effetti delle soluzioni pratiche che qualche autorità benevolente ha pensato per lui.

Per quanti sforzi facciano da quel momento in poi, i teorici del *nudge* paternalistico non sono in grado di proporre un'azione paternalistica come contrasto alla limitatezza che rende i *nudgee* vulnerabili; sembrano invece (nonostante i propositi contrari) tener fede al presupposto dichiarato nel 2003: il benessere che deriva dal decidere "nella giusta direzione" non è da intendersi come soggettivo e non è nemmeno in grado di garantire la non coercitività del *nudge*. Come vedremo, il sospetto che incombe su questa proposta è che implichi il perfezionismo.

## 2. Vulnerabilità descrittiva e normativa

Occorre ricordare che la ragione per cui il *nudge* è nato è la "razionalità limitata" dei soggetti di scelta teorizzata da Herbert Simon e poi studiata a partire dal programma *Heuristics and Biases* (HB) di Daniel Kahneman e Amos Tversky. Uno dei pilastri del programma HB è la famosa *Dual Process Mental Theory* (DPT), che suddivide la mente umana in due sistemi: uno veloce, associativo e intuitivo, il Sistema 1, e uno lento, ponderato e raziocinante, il Sistema 2<sup>14</sup>.

of Choice Architecture, in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 21-74). Egli distingue inoltre dieci interventi comportamentali in *Effetto Nudge*, cit. Tuttavia le critiche che qui vengono mosse alla clausola libertaria investono i nudge più paradigmatici. Per quelli educativi si rimanda alla nota 22, *infra*.

- 9 In queste osservazioni si vede *in nuce* il tema del rapporto tra nudging e tempo, cioè tra tempo di esposizione ai nudge ed eventuale emancipazione del *nudgee* dai suoi difetti costitutivi. Per questo tema è emblematica l'analisi di L. Bovens, *The Ethics of Nudge*, in T. Grüne-Yanoff, S.O. Hansson (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 206-219.
- 10 R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2, 2003, pp. 175-179.
- 11 Ivi, p. 175.
- 12 *Ibidem*.
- 13 Ivi, p. 179.
- 14 A partire dal noto articolo di H. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in Id., *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, Wiley, New York, 1957, si vedano, *inter alia*: D. Kahneman, A. Tversky, P. Slovic (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; D. Kahneman, A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; D. Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, in *The American Economic Review*, 93, 5, 2003, pp. 1449-1475; D. Kahneman, *Thinking. Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, London, 2011. Per finire, si veda D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, UTET, 2021 (ed. or. 2021), in part. pp. 189 ss. Da segnalare anche i contributi di Sunstein: S. Dhami, C.R. Sunstein, *Bounded Rationality: Heuristics, Judgment, and Public Policy*, MIT Press, Cambridge, 2022; C.R. Sunstein, *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge University Press,

La rassegna dei possibili *nudge* che Sunstein e Thaler hanno identificato come mezzi del *policymaking* pubblico consente di tracciare una distinzione tra spinte gentili che agiscono sul Sistema 1 (secondo la DPT, incline alle scorciatoie del ragionamento e vulnerabile ai bias), e spinte che agiscono in modo più o meno diretto sul Sistema 2 (logico e computazionale)<sup>15</sup>. In apparenza, il soggetto che si fa dominare dal Sistema 2 non ha bisogno di aiuto paternalistico<sup>16</sup>. Il *nudge* più noto al pubblico e più amato dai suoi creatori è infatti pensato per il Sistema 1, ed è chiamato “architettura delle scelte”<sup>17</sup>.

Il nudging paternalistico è inoltre presentato come conseguenza normativa (non necessaria, ma stipulativa) di una teoria della mente descrittivamente vera, empirica e scientifica<sup>18</sup>, che viene dalle scienze comportamentali di cui Thaler è un fondatore, e corrisponde a una concezione antropologica differenziale se non gerarchizzante: esistono individui dotati di mente/razionalità lenta e computazionale, agenti pressoché autonomi nell’esercizio delle proprie scelte pratiche, nella formulazione delle proprie valutazioni e nell’identificazione delle proprie preferenze, per i quali il *nudge* non si rende necessario, e sono gli Econi. Poi esistono soggetti a razionalità limitata, gli Umani, che devono essere paternalisticamente aiutati attraverso sistemi di influenza del comportamento.

Per gli Umani, il dato descrittivo ed empirico della razionalità costitutivamente limitata dal Sistema 1 coincide con la loro vulnerabilità ontologica, costitutiva e irrimediabile. Se tra gli Econi finiscono inevitabilmente i *nudger* e gli architetti delle scelte, la vulnerabilità ontologica degli Umani giustifica il passaggio dal piano descrittivo al piano normativo: è necessario guidare paternalisticamente gli Umani “vulnerabilizzati” dal Sistema 1 verso scelte che gli restituiscano quel benessere che essi stessi non riescono a perseguire ma che i *nudger*/architetti sanno individuare.

Il paternalismo, come abbiamo visto, è libertario, cioè non coercitivo e *soft*; in questo senso non coinvolge i fini dell’azione dei *nudger*, ma solo i mezzi: si limita a orientare i *nudger* verso l’adozione di preferenze o decisioni che li dotino dei mezzi per scegliere i fini che potranno autonomamente definire attraverso il Sistema 2. In una parola, è *choice-preserving*, perché si limita a pungolarli nella giusta direzione. Se il Sistema 2 sceglie i fini liberamente, il *nudge*, che è libertario, deve colpire il Sistema 1 per neutralizzare i bias che lo limitano.

Il “paternalismo dei mezzi” è la soluzione dei neopaternalisti<sup>19</sup>: è dichiaratamente non coercitivo e non implica il perfezionismo. Infatti, adoperando il Sistema 2, il *nudger* può scansare il pungolo e fare di testa sua, cioè sottrarsi al *nudge* mediante l’*opting-out*. La scommessa del regolatore è che ciò accada di rado, statisticamente parlando; è chiaro che il *nudge* pubblico funziona sul presupposto di limitare il

Cambridge, 2020; ma anche il noto contributo di G. Gigerenzer, R. Selten, *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox*, MIT Press, Boston, 2002, a cui si aggiunge G. Gigerenzer, C. Engel (eds.), *Heuristics and the Law*, The MIT Press, Cambridge, 2006.

- 15 Si veda nota 9, *supra*. A questo proposito, si segnala anche la tassonomia proposta da Baldwin, che distingue tre gradi del *nudge* a seconda del suo impatto sull’autonomia individuale: Baldwin R., *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, in *The Modern Law Review*, 77, 6, 2014, pp. 831-857; Id., *Nudge: Three Degrees of Concern*, LSE Law - Policy Briefing Paper No. 7, 2015, [https://eprints.lse.ac.uk/64049/1/Policy%20Briefing%207\\_2015.pdf](https://eprints.lse.ac.uk/64049/1/Policy%20Briefing%207_2015.pdf).
- 16 Cfr. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 14. Sull’antropologia gerarchizzante tra *Econs* e *Humans* sottesa al paternalismo libertario e al *nudge*, si veda M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IF Press, Roma, 2018, capp. 1, 2; cfr. S. Vida, *Votare con i mozziconi per proteggere l’ambiente: tecnologie della regolazione postliberale*, in *notizie di POLITEIA*, vol. XXXV, 136, 2019, pp. 98-108.
- 17 Lo speciale interesse riservato a questo tipo di *nudge* è ribadito nell’ultima edizione di *Nudge*, pubblicata dai due autori nel 2021 come “L’edizione definitiva”. Nelle parti aggiunte a questa edizione i due autori parlano di “pantano” o “poltiglia” (*sludge*) come “lato oscuro” dell’architettura, cioè gli aspetti dell’architettura “il cui attrito rende più difficile per le persone raggiungere un obiettivo che ne migliorerebbe la vita (secondo i loro standard)”, con ciò inibendo anche l’*opting-out*. In sostanza, è un “pantano” quell’architettura che non consente al *nudger* di giungere alla decisione in condizioni di sicurezza. Il cattivo lavoro dei *nudger* coincide con una comunicazione dell’informazione di bassa qualità, non certo nello sfruttamento del bias chiamato effetto framing, che invece è il senso regolativo del dispositivo: R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità. L’edizione definitiva*, Feltrinelli, Milano, 2022 (ed. or. 2021), pp. 147-148. Cfr. C.R. Sunstein, *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, MIT Press, Cambridge, 2021.
- 18 Su questo passaggio dal piano epistemologico a quello normativo e sul naturalismo etico a esso associato si veda M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata*, cit., cap. 2.
- 19 Cfr. C.R. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 41-69; pp. 95 ss.; Id., *Semplice*, cit., pp. 86 ss.; pp. 248 ss. In effetti, è Sunstein a insistere sulla differenza tra “paternalismo dei mezzi” e “dei fini” e “paternalismo hard” e “soft”. Su questa scia, egli conia il lemma “paternalismo comportamentale”: Id., *Semplice*, cit., pp. 1-19. Per una rassegna delle forme di paternalismo presenti nel dibattito filosofico-morale e filosofico-politico più recente, si vedano, tra i molti, M. Weber, C. Coons (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2013; N. Riva (a cura di), *L’antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, cit.; e il numero monografico della rivista *Raisons Politiques*, vol. 44, 2011, intitolato *Paternalisme libéral*, a cura e di J.-M. Donegani, A. Jaunait.



più possibile la scelta da parte degli Umani tra evitare il *nudge* e assecondarlo. Questa scelta è definitivamente evitata se il *nudge* investe il Sistema 1 e ne sfrutta i dispositivi studiati dai comportamentisti, praticamente neutralizzandolo. Il *nudger* “scommette” sul fatto che il *nudgee* non faccia nemmeno scelte subottimali, quelle che farebbe l'Econe in base al paradigma dell'utilità attesa. L'opting-out è un'opzione formale mantenuta dalla non coercitività del pungolo, ma è controfattuale come le clausole che lo definiscono: il *nudge* non potrebbe funzionare come dispositivo della regolazione se fosse così facile uscire dall'architettura della scelta predisposta dal *nudger*.

Tale considerazione ne implica un'altra, di tipo normativo, che consiste nel rivelare le differenti antropologie alla base del liberalismo classico (e genericamente anti-paternalistico) e del paternalismo libertario. I paternalisti libertari accettano l'idea che gli agenti umani siano talmente limitati dal punto di vista cognitivo da compiere scelte irrazionali anche in contesti per loro importanti. Sono quindi bisognosi di una guida strutturata proveniente dall'alto, che li orienti e li pungoli costantemente, e consenta loro di selezionare i mezzi più idonei a realizzare i propri fini sopperendo così alle carenze naturali e costitutive. Ma, a ben guardare, la famosa accusa di infantilizzazione mossa contro il *nudge* non riesce a catturare il vero limite del paternalismo libertario<sup>20</sup>. Se gli individui fossero semplicemente squalificati come infantili ricadrebbero a buon diritto nella categoria dei soggetti in stato di minorità, i soggetti passivi che Kant assimila ai cittadini di uno stato che paternalisticamente impone una certa idea di bene e di felicità, perché essi non sono in grado di individuare quali obiettivi o fini contribuiscano a realizzare il loro benessere. I deficit costitutivi, in termini di razionalità strumentale, degli Umani non consentono nemmeno di immaginarli come in grado di assurgere alla categoria delle persone illuministicamente e kantianamente capaci di sottrarsi allo stato di minorità, e sbarazzarsi di tutori pubblici che decidano al loro posto o li orientino nella vita quotidiana.

La creatura antropologica del paternalismo libertario è infatti diversa: raffigurata come costitutivamente vulnerabile, deve rimanere tale per ragioni funzionali che non consentono l'emancipazione da questa vulnerabilità. La creatura destinata al nudging è cioè l'essere “neotenico” individuato dall'antropologia, un soggetto immaturo, abbastanza cresciuto da poter scegliere liberamente tra le opzioni che gli si presentano, ma costitutivamente incapace di esercitare questa libertà in modo consono.

Il paternalismo libertario non è un progetto che ha come fine il tentativo di superare lo stadio di “dipendenza” degli agenti umani; non cerca di fornire i mezzi perché gli individui riescano, per quanto possibile, e con variazioni individuali forti, ad affrancarsi dai loro limiti. Lo potrebbero fare se fossero resi più consapevoli dei propri limiti e delle sfide che gli ambienti di scelta comportano per loro. Ma poiché il paternalismo libertario rinuncia a ricorrere alle spinte educative<sup>21</sup> e prova a orientare il comportamento individuale sfruttando le debolezze e le distorsioni cognitive, manifesta la difficoltà a trovare un equilibrio tra componente paternalistica e componente libertaria e, al tempo stesso, il bisogno di mantenere viva questa difficoltà.

È inevitabile, infatti, pensare all'alternativa più nota e discussa al nudging, cioè il *boosting*, che contesta ai paternalisti libertari l'uso di architetture dell'informazione che hanno l'obiettivo di adattare la mente degli individui all'ambiente modificato, sfruttando le falle cognitive per orientare scelte e comportamento. La strada del *boost approach* consiste invece nel percorrere la direzione opposta: modificare l'architettura per adattare l'ambiente alle caratteristiche cognitive degli agenti umani<sup>22</sup>.

Pur non potendo approfondire questo confronto, è comunque possibile ipotizzare che dietro la facciata libertaria del *nudge* si celi il tentativo di occultare un volto dispotico che tende a manipolare le preferenze degli individui verso fini più razionali e potenzialmente eteronomi. L'antropologia neotenica sarebbe pertanto funzionale all'attuazione di un programma politico.

20 La letteratura su questo tipo di critica è molto estesa. Qui si segnalano due contributi paradigmatici: D.M. Hausman, B. Welch, *To Nudge or Not to Nudge*, in *The Journal of Political Philosophy*, 18, 1, 2010, pp. 123-136; P.G. Hansen, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 7, 1, 2016, pp. 155-174.

21 Nonostante Sunstein parli di “spinte educative” (vedi nota 8, *supra*), è chiaro che non le considera significative (dal punto di vista normativo) come i nudge diretti al Sistema 1. Per questo parere si vedano T. Grüne-Yanoff, R. Hertwig, *Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?*, in *Minds & Machines*, 26, 1-2, 2016, pp. 149-183; R. Hertwig, T. Grüne-Yanoff, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspectives on Psychological Science*, 12, 6, 2017 pp. 1-14.

22 Vedi nota precedente.



### 3. Fini, mezzi, preferenze

Sunstein e Thaler ripetono più volte in *Nudge* che un dispositivo regolativo è definibile come paternalistico “quando cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi”<sup>23</sup>. La clausola “secondo il giudizio di questi ultimi”, quello dei *nudgee*, garantisce la non intrusività del paternalismo nei percorsi di scelta delle persone; attraverso la sua analisi è possibile verificare la tenuta libertaria e anti-perfezionistica del *nudge*. Si tratta dunque di capire quali sono gli effetti che i *nudge* producono nelle preferenze o nelle scelte di benessere dei *nudgee*.

Subito dopo aver definito il *nudge* paternalistico, i due autori affermano che le scienze sociali che ne stanno alla base hanno mostrato che le persone prendono “cattive decisioni”, cioè “decisioni che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo”<sup>24</sup>.

La presenza di distorsioni comportamentali (bias e euristiche) sembra quindi impedire la genesi di due tipi di scelta: (1) quella in linea con il benessere, così come viene giudicato dall’agente stesso; e (2) quella in linea con uno standard ideale, rappresentato dalla decisione che prenderebbero gli agenti se si trovasse in condizioni ideali (sostanzialmente, la decisione che prenderebbe un Econe, l’agente ideale che si fa guidare dal Sistema 2).

Niente suggerisce che la prima e la seconda scelta coincidano; si potrebbe anzi pensare che, anche quando fossero eliminate o depotenziate le distorsioni cognitive e comportamentali, gli agenti potrebbero scegliere secondo la propria concezione del benessere, senza che la decisione presa coincida con quella che avrebbero preso in condizioni ideali, da Econi. Ciò accade – banalmente – perché i *nudge* non sono pensati per creare una situazione in cui è possibile attingere a informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo. Non hanno questa funzione potenziante della razionalità. Non vogliono trasformare gli Umani in Econi poiché per lo più coincidono con le architetture della scelta e sfruttano l’effetto *framing*: la spinta gentile associata consiste nel presentare all’individuo la formulazione dell’informazione che, con più probabilità, lo indirizzerà verso un esito considerato per lui benefico. Viene quindi sfruttata una particolare debolezza della mente per ottenere un effetto positivo sul benessere del soggetto.

In altre parole, perché il *nudge* sia efficace occorre che l’ambiente di scelta strutturato dagli architetti abbia già selezionato l’informazione, i dati da cui il pungolo del *nudge* scaturisce e si struttura. Questa previa selezione (e organizzazione dentro l’architettura) fa sì che il *nudge* ragionevolmente garantisca che l’agente si comporti come il *nudger* vuole; il margine di incertezza che la non coercitività del pungolo mantiene è cioè in linea di principio quantificabile e statisticamente poco rilevante. Se fosse altrimenti, il nudging, come abbiamo detto, perderebbe il suo significato regolativo, e per il regolatore pubblico non ci sarebbe alcun vantaggio nell’affiancare alle norme giuridiche classiche delle istanze normative di altro tipo (non coercitive)<sup>25</sup>.

Come si diceva poco fa, i *nudge* pubblici sono concepiti per rendere improbabile che l’agente possa scegliere tra *compliance* alla spinta e *opting-out*. Ma questo dipende anche dall’antropologia duale delineata: tra Econe e Umano, tra soggetto liberale autonomo e soggetto immaturo o neotenico. Inoltre corrisponde al ben noto problema della differenza tra le preferenze reali che le persone hanno, e le preferenze ideali che dovrebbero avere. Infatti, poiché i due autori definiscono il *nudge* come in grado di accrescere il benessere del *nudgee* “secondo il suo giudizio”, definire il benessere nei termini delle preferenze reali o delle preferenze ideali implica adottare una concezione che può essere descrittiva, o, alternativamente, prescrittiva delle preferenze.

Nel primo caso, che ha a che fare con le preferenze reali, il benessere delle persone è realizzato quando le loro preferenze sono soddisfatte, a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche che queste preferenze hanno; mentre nel secondo caso, che ha a che fare con le preferenze ideali, il benessere dipende da preferenze che le persone dovrebbero avere a prescindere da quelle che effettivamente contemplano.

23 R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge, cit.*, p. 11.

24 *Ibidem*.

25 Sul rapporto tra uso delle regole giuridiche e dispositivi comportamentali nelle società liberali si veda A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015; L. A. Reisch, C. R. Sunstein, *Do Europeans Like Nudges?, Judgment and Decision Making*, 11, 4, 2016; M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018; R. Viale, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Il Mulino, Bologna, 2018; Id., *Nudging*, MIT Press, Cambridge, 2020; F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, Il Mulino, Bologna, 2023; M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata, cit.*, capp. 6, 7.

Il paternalismo libertario vive la sua ambiguità in questa sottaciuta divaricazione tra benessere oggettivo e soggettivo; l'ambiguità corrisponde a quella tra preferenza reale del *nudgee* e preferenza ideale di un tipo di soggettività che può essere dell'Econe, o – più propriamente – del *nudger*<sup>26</sup>.

Per fare un esempio banale, se in un certo momento del pomeriggio ho una preferenza per mangiare la pizza, l'incremento o la realizzazione del mio benessere dipende dalla disponibilità di risorse necessarie perché possa fare una scelta in linea con questa preferenza: fondamentalmente, che ci sia una pizzeria nelle vicinanze e io abbia soldi sufficienti per acquistare la pizza. Potrei però sostenere che, se prestassi attenzione alle conseguenze di una tale scorpacciata fuori pasto, allora giudicherei che mangiare una pizza non sarebbe per me salutare. Poiché in generale amo essere in buona salute ed evitare pasti irregolari, dovrei idealmente preferire la rinuncia alla pizza per tutelare la mia salute. Il mio benessere sarebbe quindi realizzato dall'esaudire questa preferenza. Ma in questo caso l'idealità della mia preferenza di stare in salute è concepita non facendo riferimento a capacità irrealizzabili dagli agenti umani (immaginando che dovremmo essere tutti Econi), bensì a condizioni che prevedono l'acquisizione di informazioni rilevanti su come funziona il metabolismo superata una certa età.

In *The Ethics of Influence* Sunstein sottolinea bene questo punto quando afferma che:

se siamo [...] interessati a far sì che le persone stiano meglio secondo il loro giudizio, potremmo voler vedere cosa fanno quando sono ben informate, quando scelgono in modo attivo, quando i loro giudizi sono ponderati (nel senso che stanno riflettendo su tutte le proprietà rilevanti di un prodotto o di un'attività) e quando non sono impulsive o imprudenti<sup>27</sup>.

La clausola "secondo il loro giudizio" sembra dunque alludere all'idea che le preferenze ideali non richiedano condizioni sovrumane, da Econi. È sufficiente che gli Umani abbiano le informazioni adeguate e un'adeguata capacità di processarle. L'idealità delle preferenze è cioè definibile come "preferenza informata": per essere ideale, una preferenza deve essere supportata da un'adeguata informazione che consente di fare scelte genuinamente autonome.

Da questo punto di vista, l'utilizzo di *nudge* incarna il problema etico-politico di quale tipo di informazione comunicare. Non si tratta di un problema facilmente risolvibile, perché, come mostra bene lo stesso effetto framing, utilizzare una formula o un'altra può avere un impatto sulle decisioni e orientare gli agenti verso comportamenti molto diversi<sup>28</sup>. Non a caso, il *nudge* per antonomasia è proprio l'architettura delle scelte. Scelte di diverso tipo incarnano fini o valori tra loro differenti, per cui la dicotomia tra preferenze reali e preferenze informate non basta a risolvere il problema sollevato dal paternalismo. È infatti banale pensare che anche una preferenza informata potrebbe non rispecchiare pienamente i valori o i fini che la persona considera importanti, e realizzare invece i fini e i valori che gli architetti della scelta considerano tali. Questa circostanza costituisce una minaccia al *coté* libertario del paternalismo del *nudge*.

Occorre pertanto pretendere qualcosa di più dall'approccio libertario e assicurare la soddisfazione di due condizioni aggiuntive: (1) le scelte non solo devono essere informate – e, perché lo siano, gli architetti della scelta devono comunicare le informazioni pertinenti e farlo in un certo modo; (2) le scelte devono anche essere autentiche, cioè dipendere dai valori di chi sceglie, e non dai valori degli architetti della scelta.

Il paternalismo libertario si gioca la credibilità sull'effettiva capacità di garantire sia (1) sia (2), o, meglio, di garantire che le scelte informate siano rispondenti ai valori dell'agente. Non a caso, in *The Ethics of Influence* Sunstein osserva che:

In alcuni casi, l'assenza di evidenze affidabili su cosa i decisori informati farebbero solleva seri problemi. Nondimeno, i giudizi informati di chi sceglie sono la stella polare e impongono una disciplina reale.

26 Nonostante le affermazioni dei teorici del nudge, è improbabile che Econe e nudger incarnino soggettività distinte. Nell'edizione definitiva di *Nudge*, quella del 2021, gli autori caratterizzano l'Econe come l'*homo oeconomicus* che ha "le facoltà intellettuali di Albert Einstein, una capacità di memoria paragonabile a quella del cloud di Google e una forza di volontà degna di Gandhi" (p. 20). Le persone caratterizzabili in questo modo, essi aggiungono, non appartengono alla specie dell'*homo sapiens*. La prima è immaginaria, la seconda reale. Tuttavia, chiedersi chi sia il nudger rispetto a questa divaricazione antropologica è una domanda legittima. Reticamente, essi rifiutano di identificare il nudger con l'Econe, ma è chiaro che, se fosse Umano, non potrebbe essere nudger.

27 C.R. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 44.

28 Il tema del pantano trattato nell'edizione "definitiva" di *Nudge* manifesta la preoccupazione dei due autori per questo aspetto del nudging. Vedi nota 18, *supra*.

Certamente gli architetti della scelta dovrebbero concentrarsi sul benessere di chi sceglie piuttosto che sul proprio<sup>29</sup>.

In sostanza, il problema della conciliazione tra (1) (le scelte informate e pertinenti) e (2) (scelte autentiche) si presenta per Sunstein solo in alcuni casi: quelli in cui non esistono prove che permettano una ricostruzione affidabile di quali siano i giudizi ponderati (ossia, le preferenze informate) delle persone. Negli altri casi, invece, sarebbe possibile, mediante l'osservazione dei comportamenti, conoscere le preferenze di benessere dei *nudgee*.

Questo punto è fondamentale e lo riprenderemo più tardi, non prima di aver sottolineato che Sunstein fa riferimento alle preferenze ideali rispetto alla capacità di controllo delle persone. In altri termini, le preferenze ponderate sono quelle che scaturiscono dal giudizio delle persone quando sono libere dai fattori che inibiscono la loro capacità di auto-controllo, quando cioè riescono a estromettere il Sistema 1. Ciò significa che le preferenze ideali sono quelle dell'agente *prima* di trovarsi nella condizione di non riuscire a controllare il proprio comportamento. Mi riprometto di limitare il mio consumo di cibo spazzatura, ma, nel momento in cui devo iniziare con la mia autodisciplina, cedo alla tentazione e alle mie debolezze e mi mangio un altro pacchetto di patatine. In questi casi la preferenza ideale è l'impegno insito nel mio proposito di limitare cibo insalubre, non la preferenza reale che si manifesta nella mia scelta di mangiare oltre la misura che mi sono imposto.

Possiamo quindi immaginare che esistano degli importanti limiti alla capacità degli architetti della scelta di ricostruire le preferenze ponderate delle persone a partire dall'osservazione dei loro comportamenti, soprattutto se si tratta dei (potenziali) *nudgee*. Il sospetto è che gli architetti indulgano in un'attribuzione di giudizi ponderati che rispecchia i propri valori, non quelli dei *nudgee*. Ciò che osservano, infatti, sono comportamenti improntati alla razionalità difettosa e alla volontà limitata, dato che il *nudge* è settato sulla razionalità *bounded* dell'Umano.

Per i paternalisti libertari è un problema decisivo che implica la possibilità di evitare l'accusa di perfezionismo morale, come attesta l'adozione della formula "secondo il loro giudizio"<sup>30</sup>. Sarah Conly, teorica della superiorità del paternalismo coercitivo su quello libertario, torna infatti sul presunto anti-perfezionismo del *nudge* per segnalare sia una convergenza sia una divergenza tra i due tipi di paternalismo. La sintonia con Sunstein è totale quando afferma che il paternalista non è interessato a costringere o indurre le persone ad agire secondo scopi oggettivamente buoni o desiderabili, ma solo a massimizzare il loro benessere rendendo più facile il perseguimento dei fini che essi si scelgono<sup>31</sup>. La divergenza si trova nella preferenza espressa da Conly per il vincolo della legge come mezzo più efficace per indurre le persone a scegliere in accordo con i loro fini; ella ritiene, cioè, che le spinte gentili siano inefficaci perché non vi ricorrono, e sono manipolatorie proprio perché non vi ricorrono<sup>32</sup>.

Tuttavia la sua critica investe anche i limiti dello strumento della coercizione quando usata con fini perfezionistici, ed è interessante notare che le sue osservazioni possono valere anche per l'uso del *nudge* non coercitivo. Ella scrive: "dal punto di vista pratico provare a imporre valori potrebbe produrre certi comportamenti, ma, se ciò che vogliamo sono gli stati interni tipici del coinvolgimento, l'attività forzata non li produce"<sup>33</sup>.

La conformità esteriore del comportamento – la *compliance*, come si è soliti chiamarla<sup>34</sup> – non è sufficiente affinché una scelta possa incrementare autenticamente il benessere delle persone. Questo vale in particolare per il *nudge*: gli individui guidati paternalisticamente non potranno goderne se resteranno agenti passivi della guida pubblica. La *compliance* potrebbe non corrispondere alla convergenza consapevole tra le scelte degli architetti e quelle dei *nudgee* (secondo il loro giudizio). L'aspetto della passività si ritrova, in effetti, nel funzionamento di molti *nudge*, quelli più classici, che sfruttano bias e limiti cognitivi, o nelle regole di *default*, che, in definitiva, sortiscono lo stesso effetto del paternalismo

29 C.R. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 46.

30 Ivi, pp. 51-52.

31 S. Conly, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 102-103.

32 Ivi, pp. 29-32. Il tema della manipolazione (delle preferenze, dei fini, delle condotte) legate all'uso dei pungoli in ambito pubblico è – come si può immaginare – enorme. Non può essere qui sviluppato, ma è opportuno rimandare almeno a: T.M. Wilkinson, *Nudging and Manipulation*, in *Political Studies*, 61, 2, 2013, pp. 341-355; R. Noggle, *The Ethics of Manipulation*, in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/>; R. Noggle, *Manipulation, Salience, and Nudges*, in *Bioethics*, 32, 3, 2018, pp. 164-170; M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata*, cit., in part. cap. 3.

33 Ivi, p. 112.

34 Per l'uso di questo concetto applicato al tema dell'efficacia della regolazione pubblica si veda in particolare R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

perfezionista, anche quando il mancato coinvolgimento della razionalità dell'agente non riguarda i fini ma solo i mezzi.

Tuttavia, la deriva perfezionista non coinvolge solo il dominio dei fini ma anche, e inevitabilmente, la scelta dei mezzi. La dimensione strumentale della razionalità mezzo-fine che il nudging incoraggia per convincere gli anti-perfezionisti e, in generale, gli scettici rispetto alla conciliazione tra paternalismo e libertarismo, è sì argomentata attraverso la dicotomia tra paternalismo dei mezzi e *soft* e paternalismo dei fini e *hard*, ma non esclude automaticamente un intento perfezionistico. Il problema, infatti, è che tale dicotomia non implica l'adozione di una razionalità strumentale che guida gli agenti nell'adattare i mezzi ai fini, ma comporta che i nostri fini siano definiti dai mezzi disponibili indicati dai nudger.

Inoltre, anche ammettendo che il paternalismo libertario riesca a mantenersi assiologicamente neutrale riguardo ai mezzi, c'è ancora il dubbio che riesca a vincere la sfida anti-perfezionistica riguardo ai fini. Me ne occuperò nel resto di questo intervento.

#### 4. Argomenti milliani e vulnerabilità del nudger

L'anti-perfezionismo del nudger non si risolve con la clausola "secondo il loro giudizio". Evocare la priorità delle preferenze autentiche dei nudger non ha effetti rassicuranti, tanto più che la loro verifica attraverso l'osservazione dei comportamenti non consente agli architetti di ricostruire le preferenze ponderate dei nudger. Siamo di nuovo sfidati dal sospetto che la vulnerabilità funzionale dei nudger sia il presupposto normativo dell'adozione del nudger paternalistico. I comportamenti osservabili, in effetti, sono quelli irrazionali, oppure quelli passivi. A meno che non ammettiamo che siano razionali anche i comportamenti autolesionistici che producono malessere o svantaggi agli Umani, e che questi corrispondano al "loro giudizio" ponderato e alle loro preferenze, dobbiamo ammettere che il paternalismo del nudger (dei mezzi) è difficilmente qualificabile come libertario ed emancipatore.

Eppure il nudger è la sfida che Sunstein e Thaler lanciano ai liberali antipaternalisti che prendono per buono il famoso argomento epistemico milliano contenuto in *On liberty*. Con esso Mill giustifica il rifiuto dell'interferenza statale paternalistica nelle scelte individuali del bene, e definisce il "prosperare individualmente" come autorealizzazione, come compimento delle facoltà di cui le persone sono naturalmente dotate. Tuttavia, secondo Sunstein e Thaler le scoperte dell'economia comportamentale mettono in discussione sia l'antipaternalismo di Mill sia il principio dello sviluppo di sé: non è vero che gli esseri umani sono i migliori giudici di se stessi, e non è vero che, se lasciati liberi di scegliere e agire, troveranno la strada per sviluppare al meglio le proprie facoltà.

Per i paternalisti libertari contrapporsi all'antipaternalismo milliano è arduo, visto che per loro si tratta di evitare il perfezionismo e il paternalismo classico o coercitivo, che impongono costi alle scelte ritenuti indesiderabili, e che la condizione per adottare il paternalismo è che il nudger coincida con una forma di influenza delle condotte che si mantiene *choice-preserving*. La tesi di partenza, secondo cui i problemi che affliggono gli Umani riguardano il giudizio sui mezzi da conseguire e la capacità di controllare il proprio comportamento, delinea una vulnerabilità costitutiva che identifica nei limiti cognitivi e della volontà, che investono mezzi e fini, l'ostacolo più grande alla compatibilità tra paternalismo e libertà.

Tuttavia, secondo Sunstein la ricetta politica viene suggerita proprio da Mill, cioè da quella forma di paternalismo *soft* da lui evocata attraverso la ben nota "eccezione del ponte". Sunstein la ricorda in *The Ethics of Influence*; qui la riportiamo con le parole di Mill:

[...] all'autorità pubblica spetta il compito di prevenire gli incidenti. Se un agente in servizio, o chiunque altro, si accorgesse che una persona sta per attraversare un ponte dichiarato pericolante, e non ci fosse abbastanza tempo per avvertirla del pericolo, potrebbe agguantarla e tirarla indietro a forza senza ledere realmente la sua libertà, dato che la libertà consiste nel fare ciò che si desidera e, quella persona non desidera certo cascare nel fiume. Quando invece non c'è la certezza, ma c'è sempre il rischio di un male, è soltanto il diretto interessato l'unico che può giudicare se il motivo che lo spinge a correre il rischio è sufficiente o no; in questo caso, quindi (a meno che non si tratti un bambino, o di uno che è in tale stato di delirio o di eccitazione o di distrazione da non avere il pieno uso delle sue facoltà di riflessione), secondo me ci si dovrebbe limitare ad avvertire la persona del pericolo, senza usare la forza per impedirle di esporvisi<sup>35</sup>.

35 J.S. Mill, *La libertà*, in Id., *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano, 1999 (ed. or. 1859), p. 200.



In questo passo Mill sostiene che, in casi molto limitati, l'intervento dell'autorità sarebbe giustificato non solo quando il danno è *other-regarding*, ma anche quando è *self-regarding*. Perché l'eccezione sia tale devono verificarsi tre condizioni: il pubblico ufficiale che osserva il passante sul ponte pericolante sa con certezza che il ponte è insicuro; l'ufficiale sa che non c'è il tempo materiale per avvisare la persona che lo sta attraversando; e, infine, la persona da salvare deve ottenere, come conseguenza dell'intervento paternalistico, esattamente ciò che vuole. Sono circostanze che si verificano in casi molto limitati, quando le scelte di una persona (esemplificata dal passante) sono distorte dall'ignoranza delle circostanze.

Per Sunstein, tuttavia, l'eccezione del ponte e di casi analoghi giustificerebbe in generale l'uso di nudge<sup>36</sup>. Anche quando l'urgenza e la mancanza di tempo non sono un fattore essenziale (la seconda condizione non è soddisfatta), un intervento paternalistico potrebbe essere giustificato sia sulla base del fatto che quella persona ignora la situazione, o non ha una informazione incompleta, sia sulla base delle conseguenze positive dell'intervento paternalistico, cioè in base alla realizzazione del benessere di quella persona (terza condizione), inteso come benessere soggettivistico. Tutto ciò sarebbe compatibile con la clausola libertaria e anti-perfezionista che autorizza solo gli interventi che soddisfano la condizione "secondo il loro giudizio".

A ben vedere, tuttavia, l'analogia tra l'eccezione del ponte e l'uso sistematico del nudge non sussiste. In base all'esempio di Mill sappiamo con certezza che il passante è ignaro della situazione di pericolo, e che il pubblico ufficiale ha l'obbligo di proteggerlo da eventuali azioni che mettano a rischio la sua incolumità. Un osservatore ha buon gioco a inferire dal comportamento del passante che non ci sono particolari ragioni per stabilire che la persona non desideri (come generalmente accade) precipitare nel fiume. In una situazione di emergenza di questo tipo, che richiede un intervento tempestivo in un lasso di tempo limitato che non lascia alternative, le tacite assunzioni ordinarie sulla razionalità delle persone e i loro desideri possono funzionare egregiamente e possono indurre a prendere decisioni autoritative e paternalistiche non controverse. Le preferenze del passante sul ponte possono dirsi in un certo senso trasparenti.

Il nudging non gode delle stesse condizioni: nel momento in cui il nudger costruisce un'architettura della scelta, la semplice osservazione esterna del comportamento, o delle conseguenze prodotte da certe scelte delle persone, potrebbe dimostrarsi un criterio inadeguato a giustificare l'introduzione di un nudge. Ma con questo sono state superate anche le critiche formulate da Conly: l'osservazione del comportamento dei nudgee non rende conto dei processi razionali attraverso cui essi maturano una scelta – non chiama in causa la funzione motivazionale, ma nemmeno il ruolo giustificativo ed esplicativo delle ragioni per agire del soggetto.

Ce lo conferma, per esempio, Mark White parlando del modo in cui i teorici del *nudge* giustificano la misura di nudging previdenziale più famosa (e resa tale da Thaler), cioè il programma "Save more tomorrow". Ciò che essi osservano sono i comportamenti irrazionali di coloro che non ne riconoscono l'utilità:

Si prenda l'esempio delle basse percentuali di iscrizione ai programmi pensionistici 401(k) a cui le spinte gentili disegnate da Sunstein e Thaler dovrebbero porre rimedio. Essi non hanno valutato il processo riflessivo di ciascun impiegato quando ha scelto se iscriversi a un programma 401(k). Hanno semplicemente giudicato che il tasso di iscrizione era basso rispetto a quello che credevano fosse il livello razionale, e da ciò hanno inferito che le persone non stavano prendendo decisioni sensate<sup>37</sup>.

Se i lavoratori hanno preso decisioni nei loro interessi, allora si sono iscritti; ma se non si sono iscritti, scrive White, allora devono per forza essere confusi, in errore o pigri; è come dire che le loro decisioni non sono completamente volontarie, nel senso che non sono "informate e razionali"<sup>38</sup>.

Il giudizio dei nudger su cosa rientri nell'interesse delle persone è evidentemente avulso dalle ragioni per agire di queste stesse persone. I processi mentali con cui le persone accedono o non accedono al programma pensionistico sono opachi, e i nudger possono solo registrare i dati statistici in base ai quali concepiscono un default. Questo riduce ogni *ragione per agire* a una preferenza soggettiva (razionale, o irrazionale), e riduce tutto ciò che non si allinea con una preferenza razionale a difetto della razionalità o del carattere, a un insieme di bias di cui soffriamo costitutivamente in quanto umani.

L'esempio mostra che, tra le ragioni per adottare il nudging, la principale non è fare l'interesse dei nudgee come essi farebbero se fossero in grado di produrre corsi d'azione e valutazioni razionali; bensì

36 Cfr. C.R. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 86-87. Conly estende invece la coercizione legittima nel caso del ponte a tutti i casi in cui i soggetti si mostrano difettosi nelle scelte: cfr. S. Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 18 e 34-36.

37 M.D. White, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, p. 89.

38 *Ibidem*.



garantire che le loro scelte siano in linea con la razionalità strumentale e logica dell'Econe. Confrontare il comportamento statistico degli Umani con il paradigma della scelta razionale e strumentale dell'Econe non è passare dall'osservazione degli Umani alla identificazione delle loro preferenze, bensì fare in modo che esse convergano con i comportamenti statisticamente più razionali degli Econi.

In definitiva, il parallelismo tra spinte gentili e l'eccezione del ponte è fuorviante per almeno tre ragioni fondamentali. In primo luogo, perché la clausola "secondo il loro giudizio" rimanda a una dimensione dei desideri e delle preferenze dei soggetti che sono soddisfatti nei casi in cui non si verificano le condizioni di urgenza. In secondo luogo, perché la loro osservazione consegna ai nudger dei dati statistici interpretabili alla luce dei comportamenti ideali e razionali degli Econi, lasciando in una zona di opacità epistemica le ragioni per agire degli Umani. La razionalità delle preferenze del nudger che il paternalismo libertario vorrebbe assicurare sembra infatti rivolta alla massimizzazione della realizzazione dei desideri o delle preferenze, non così come essi sono, ma come dovrebbero essere alla luce di qualche modello di razionalità strumentale. In terzo luogo, quella del ponte è per Mill un'eccezione, mentre la giustificazione del nudging rimanda a situazioni ordinarie in cui il comportamento è orientato da un'architettura della scelta che il nudger predispone per sospingere gli Umani nella "giusta direzione" in molti ambiti della sua esistenza.

Il fatto di spingere le persone a comportarsi secondo i desideri che dovrebbero avere, quelli che rispecchiano scopi razionali (a prescindere dal fatto che essi siano realmente i loro scopi reali, di fatto *inconoscibili*), trasforma il *nudge* paternalistico in un sistema di influenza dei comportamenti che, dalla vulnerabilità di base e costitutiva degli Umani, inferisce la necessità normativa di rendere funzionale la vulnerabilità dei nudger.

Essa deve risultare funzionale a un sistema che utilitaristicamente allinea le preferenze di questi ultimi con quelle oggettive e ideali identificate dal paradigma della scelta razionale. Il fatto che tale paradigma abbia al suo centro la soggettività ideale dell'Econe rende la vulnerabilità costitutiva incapace di riscatto.

Lo stesso Sunstein afferma più volte che uno dei motivi per mettere in crisi l'argomento epistemico milliano consiste nel tenere separate l'"utilità decisionale", ossia ciò che speriamo di ottenere da una data decisione, e l'"utilità sperimentata", cioè il valore che sperimentiamo realmente una volta che quella decisione è stata presa. Il divario esistente tra le due forme di utilità consente di estendere l'eccezione del ponte a molte delle nostre scelte quotidiane. Impostare il discorso in questo modo implica però la centralità di una nozione utilizzata prevalentemente dagli economisti – l'utilità attesa – per rappresentare le preferenze, ma non per determinarle. L'utilità attesa non serve a illuminare i reali interessi e le motivazioni di una persona per compiere una determinata scelta in tutte le situazioni, ma prescrive solamente le preferenze che soddisfano gli assiomi della teoria stessa<sup>39</sup>.

## 5. La necessità di essere vulnerabili

In definitiva, insistere sull'eccezione del ponte produce un effetto boomerang, perché in base a questa analogia il *nudge* ha successo se è possibile non solo avere una conoscenza certa dei fini delle persone, ma anche predisporre per loro i mezzi strumentali per realizzarli. Tuttavia, come ha sottolineato White, i paternalisti libertari sembrano perdere di vista la prospettiva deliberativa interna dell'agente, e assumono come punto di riferimento l'osservazione esterna delle conseguenze delle scelte dei nudger valutate in base alla prospettiva imparziale degli architetti della scelta.

In secondo luogo, l'introduzione del concetto di 'preferenze autentiche' ha avuto l'effetto di riconfermare un limite più volte ribadito del paternalismo libertario, cioè la distanza che si intromette tra l'intenzione di orientare il comportamento degli individui secondo il benessere, così come loro stessi lo giudicano, e la possibilità di accertare quali sono le preferenze autentiche, i desideri, gli interessi in senso lato che gli individui hanno per compiere certe scelte.

Il paternalista potrebbe sostenere che tutto questo giustifica l'iniziativa paternalista in quanto tale, nella misura in cui si può giudicare che un certo comportamento diminuisce il benessere dell'individuo. Il problema consiste allora nella definizione di 'benessere'. La filosofia morale e politica contemporanea lo ha affrontato in molti modi. Benessere soggettivo o oggettivo? Soddisfazione delle preferenze indi-

39 Cfr. ad esempio C.R. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 87-88. Si veda la critica a questi assunti che si connota come critica al "conseguenzialismo comportamentista" del nudger, in D.M. Hausman, *Consequentialism and Preference Formation in Economics and Game Theory*, in S. Olsaretti (ed.), *Preferences and Well-Being*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 111-129.

viduali a prescindere dalla loro natura, o benessere come soddisfazione di preferenze stabilite in base a parametri oggettivi, razionali e strumentali?

In teoria, il paternalismo libertario dopo il 2003 si professa anti-perfezionista e rifiuta una concezione oggettivistica del benessere: sono i desideri e le preferenze delle persone a governare l'impostazione delle architetture della scelta, perché solo questi concorrono a definire il benessere dei cittadini. Tuttavia, se i nudger devono evincerle da comportamenti statisticamente significativi ma epistemologicamente opachi l'unico modo di attivare i nudger è immettere nelle spinte le preferenze dei nudger. Ne consegue che, nel momento in cui una preferenza contrasta con i parametri della scelta razionale/ utilità attesa, e i comportamenti effettivi dovuti alla vulnerabilità costitutiva sono giudicati irrazionali, allora è la preferenza soggettiva a essere squalificata come difettosa. È difettosa perché non realizza pienamente il benessere individuale, e pertanto può essere contrastata con misure paternalistiche più o meno dure.

In terzo luogo, la clausola "secondo il loro giudizio" non è propriamente libertaria, perché per esserlo dovrebbe coprire un'estensione molto maggiore rispetto al dominio ristretto delle preferenze. Non è libertaria anche perché le preferenze vengono ricostruite con metodi statistici basati sull'osservazione dei comportamenti. In sostanza, i paternalisti libertari non "dirigono l'individuo x' verso ciò che l'individuo x' sceglie indipendentemente, ma dirigono l'individuo x' verso i beni che tendono a rendere le persone più felici o migliori come giudicato dalle persone che li possiedono"<sup>40</sup>.

Il significato del passaggio (non logico ma stipulativo) dal piano descrittivo della vulnerabilità costitutiva a quello normativo della vulnerabilità funzionale è individuare la via politica per allineare le scelte individuali con preferenze razionali e oggettive, intervenendo sul comportamento dei soggetti neotenici. I nudger non hanno le preferenze che devono avere, sono inadeguati a definirle, e privi dei mezzi dell'autonomia di scelta di cui parlavamo all'inizio: sono incapaci di definire il benessere soggettivo e gli scopi ultimi dell'azione perché sono irrimediabilmente immaturi. Non sono in grado di formulare intenzioni di secondo livello<sup>41</sup>, come "desiderare di desiderare X" o di identificarsi con i propri desideri<sup>42</sup>.

Se la 'vita autonoma' è quella dotata di un alto grado di coerenza biografica e capace di seguire un *rational life plan* scelto con razionalità pienamente deliberativa; se con 'autonomia' ci riferiamo alla libertà da poteri eteronomi, o da poteri motivazionali esercitati da altri, o alla capacità di formarsi desideri<sup>43</sup>, o intendiamo significare l'emancipazione dai limiti cognitivi<sup>44</sup>, è evidente che la clausola "secondo il loro giudizio" è da riferire ai nudger. Nessuna uscita dalla neotenia è consentita, anche se la posta in gioco è il carattere libertario del nudger.

Non serve che Sunstein ci rassicuri, in *Why nudge?*, affermando che:

Le persone vogliono che le loro vite abbiano uno scopo; non vogliono che le loro vite siano semplicemente felici. [...] Possono voler fare ciò che si sentono moralmente obbligati a fare, anche se non ricavano alcun piacere. [...] e talvolta sono disposte a compiere scelte che sacrificerebbero la loro felicità a favore di altri obiettivi che comprendono: 1) promuovere la felicità della propria famiglia; 2) accrescere il controllo sulla propria vita; 3) elevare la propria condizione sociale, o 4) rafforzare la sensazione di avere uno scopo nella vita<sup>45</sup>.

Tutto ciò non rassicura perché questi casi ricadono nell'ambito di un paternalismo coercitivo e perfezionista che è già stato escluso dalla definizione del paternalismo libertario. È molto più significativo e preoccupante il fatto che l'interesse dei nudger sia rivolto alle situazioni in cui lo scarto tra utilità attesa e utilità reale è particolarmente pronunciato a causa dei difetti cognitivi e volitionali che affliggono i nudger. Che come agente della scelta io non mi preoccupi della mia dieta o delle questioni previdenziali legate alla mia attività lavorativa è oggettivamente subottimale al punto da giustificare il nudger.

40 J.S. Blumenthal-Barby, *Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?*, cit., p. 181.

41 Lo ammette lo stesso Sunstein in *The Ethics of Influence*, cit., pp. 46-48; cfr. C. R. Sunstein, E. Ullmann-Margalit, *Second-Order Decisions*, in *Ethics*, 110, 1, 1999, pp. 1-31.

42 Cfr. H.G. Frankfurt, *The Importance of What We Care about. Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988., pp. 14-18.

43 Cfr. J. Elster, *Uva acerba: versioni non ortodosse della razionalità*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 109 ss.

44 B. Berofsky, *Liberation from Self. A Theory of Personal Autonomy*, Cambridge University Press, New York, 1995, pp. 182 ss., p. 199; J. Christman, *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 133 ss.

45 C.R. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 88.

## 6. Conclusioni

La vulnerabilità funzionale è politicamente necessaria e va mantenuta per ragioni di efficacia del paternalismo. Non vincono tanto le politiche utilitaristiche classiche, che, per definizione, ammettono la possibile alienazione degli interessi degli individui a vantaggio delle preferenze oggettive<sup>46</sup>; ma vincono le politiche che intercettano e sfruttano le tendenze comportamentali dei soggetti a cui sono destinate e per questo si mostrano più efficaci in termini di prevedibilità e controllo preventivo dei comportamenti.

In questo si mostrano innegabilmente più efficaci delle politiche democratiche e trasparenti basate sull'autonomia degli agenti della decisione. Ciò accade perché le strategie paternalistiche del *nudge* non hanno come punto di applicazione il soggetto individuale e la sua condotta, ma, più propriamente, lo spazio sociale e collettivo nel suo complesso. Le spinte paternalistiche pungolano i soggetti verso l'adozione di provvedimenti la cui efficacia è calcolata in anticipo come capacità di indurre gli individui a incatenare la realizzazione dei propri interessi alle preferenze razionali individuate dai nudger.

Coglie certamente nel segno Zygmunt Baumann quando afferma che il carattere 'strumentale' della nostra razionalità è stato capovolto rispetto ai tempi di Max Weber: essa non ci guida più nell'adattare i mezzi ai fini, ma lascia che i nostri fini siano definiti dai mezzi disponibili<sup>47</sup>. Non è difficile riconoscere in questa razionalità che trasforma i mezzi in fini la forma di una razionalità etichettabile come "neoliberale".

Guidati da questa razionalità, i soggetti neotecnici post-liberali sono i più funzionali a produrre un paternalismo non emancipativo, nel senso in cui, se lo fosse, non garantirebbe la coesione o la coerenza tra benessere soggettivo e oggettivo, o, se vogliamo, tra preferenze autentiche e preferenze razionali; tra preferenze soggettive e azioni razionali.

46 È la ben nota critica di B. Williams all'utilitarismo, che semplifica interessi, desideri e preferenze delle persone a vantaggio della razionalità oggettiva dell'utilità, e aliena gli agenti individuali dai propri interessi: B. Williams, *Persone, carattere, moralità*, in Id., *Sorte morale*, Il Saggiatore, Milano, 1987, pp. 9-31. In maniera analoga, M.D. White, *The Manipulation of Choice*, cit., p. 21.

47 Z. Bauman. D. Lyon, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2014, sezione 2.

---

## *Focus*

*La gestazione per altri.  
Profili interdisciplinari alla ricerca  
di un complesso equilibrio  
tra istanze individuali e necessità di tutela*

*Ines Corti\**

## 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 <sup>1</sup>. È peraltro probabile (se il Senato non si renderà conto dell’obbrobrio giuridico compiuto 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

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



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 alimentato<sup>2</sup>. Ciò era avvenuto per la fecondazione eterologa, prima che la Corte ne dichiarasse l'illegittimità<sup>3</sup>, 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.<sup>4</sup>

Il dibattito sulla surrogazione di maternità o meglio sulla gravidanza per altri<sup>5</sup>, per quanto mai sopito dalle prime decisioni in materia<sup>6</sup>, 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 condizioni<sup>7</sup>, 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.

- 
- 2 Non condivide l'affermazione E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla Maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, 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. Niccolai - 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 questioni 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.

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 6<sup>8</sup>, 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 essa<sup>9</sup>: oltre alla critica relativa alla mancanza della doppia figura genitoriale madre/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 ipotizza<sup>10</sup>. 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

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](http://www.giudicedonna.it), il tema del ricorso alla gestazione per altri da parte di omosessuali è sollevato nonostante esso rappresenti 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 MaryWornock), Londra 1984, ancora oggi documento rilevante per le questioni relative alla maternità surrogata e più in generale alla procreazione assistita.

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"<sup>11</sup> 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"<sup>12</sup>

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 materia<sup>13</sup>.

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 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»<sup>14</sup>.

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»<sup>15</sup>. 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 bisognose<sup>16</sup> 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 supposta<sup>17</sup> e che a monte occorrerebbe far luce sul contenuto stesso del concetto data "l'indeterminatezza della nozione di dignità umana"<sup>18</sup>.

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.

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 richia-

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 solidaristica<sup>19</sup>.

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"<sup>20</sup>

Allo stesso modo nel richiamare la legge canadese che legittima la sola maternità surrogata altruistica 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"<sup>21</sup>.

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 interpretativa<sup>22</sup>. 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/a<sup>23</sup>. Con ciò negando scelte autonome della

---

mo 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 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, ogniqualvolta 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 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



donna circa l'utilizzo del proprio corpo e di conseguenza una piena realizzazione della propria personalità (art.2 cost.)<sup>24</sup>.

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"<sup>25</sup>.

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"<sup>26</sup> 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 costituzionale<sup>27</sup> 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 2012/13<sup>28</sup>, il legame giuridico 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"<sup>29</sup>.

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"<sup>30</sup>.

24 Interessanti le osservazioni di M. De Masi, *Sei capelli 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).

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.



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 minore<sup>31</sup>.

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 Unite<sup>32</sup>, 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 competenti<sup>33</sup>. 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 altri ma in particolar modo nei confronti della omogenitorialità<sup>34</sup>.

In questo clima la commissione Politiche europee del Senato ha respinto la proposta di regolamento europeo<sup>35</sup> 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"<sup>36</sup>.

### 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 riconosci-

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>.

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.

mento 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.

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 consentite”<sup>37</sup>.

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’irrelevanza 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”<sup>38</sup>. 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’ordinamento<sup>39</sup> 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)<sup>40</sup>.

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’estero<sup>41</sup>, sembrerebbe comunque irragionevole che un giudice possa valutare non conforme 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”<sup>42</sup>.

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.

37 M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’art. 8, legge 40*, in [giudicedonna.it](http://giudicedonna.it), p.27.

38 M. Gattuso, *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.

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

## 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"<sup>43</sup> 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"<sup>44</sup>.

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 sembrano dirompenti la configurazione 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 sostituita 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.

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](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.



Carmelo Danisi\*

## Maternità surrogata come reato “universale”: considerazioni di diritto internazionale e dell’Unione europea

### Sommario

1. Introduzione. – 2. Uno stereotipo (difficile) da superare: la presunta incompatibilità tra GPA e diritti umani. – 3. Reato “universale” e tutele previste dalla Convenzione europea dei diritti umani. – 4. Brevi riflessioni su reato “universale” e garanzie previste dal diritto Ue. – 5. Osservazioni conclusive.

### Abstract

Con la modifica al divieto di maternità surrogata, approvata dalla Camera dei Deputati nel luglio 2023, l’Italia intende prevedere la maternità surrogata come reato (quasi) “universale”. Considerati i profili di novità che tale sviluppo normativo comporta, questo contributo propone un primo esame delle sue potenziali implicazioni per la tutela che si è progressivamente riconosciuta in ambito europeo, direttamente e indirettamente, a coloro che ricorrono alla gestazione per altre persone (GPA) all’estero. A tal fine, due premesse sono essenziali. In primo luogo, da un punto di vista terminologico, l’identificazione stessa del nuovo reato come “universale” appare non corretta nel quadro del diritto internazionale. In secondo luogo, la persistenza di una visione, alquanto stereotipata, della GPA come pratica non conforme ai diritti umani e su cui sembra basarsi l’intervento legislativo italiano è problematica e non supportata dalle uniche raccomandazioni sul tema adottate nell’ambito delle Nazioni Unite. Alla luce di tali premesse, il contributo analizza le garanzie emerse a livello di Consiglio d’Europa, con particolare riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani e al margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti dalla Corte europea dei diritti umani, per soffermarsi poi sulle tutele offerte dal diritto dell’Unione, posto che un reato in materia di GPA, come proposto in Italia, sembra avere implicazioni sull’esercizio delle libertà fondamentali dell’Unione e sulla cooperazione penale tra gli Stati membri. Sotto tutti i profili presi in esame, il contributo solleva seri dubbi sul fatto che un divieto di GPA di più ampia portata, volto a perseguire i cittadini italiani che vi ricorrono all’estero, possa realmente modificare il tipo di bilanciamento di interessi che si è affermato, a livello europeo, a tutela di tutti i soggetti coinvolti.

*With the latest amendment to the law regulating surrogacy, which was approved by one of the Chambers of the Italian Parliament in July 2023, Italy intends to criminalize surrogacy as a (quasi) ‘universal’ crime. This contribution aims to explore the potential implications of this legislative development for the international obligations*

\* Ricercatore senior (RTDb) di Diritto Internazionale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Parte della ricerca è stata condotta nell’ambito della *visiting fellowship* presso l’*University of Sussex – Centre for Human Rights Research*. Si ringraziano i colleghi del *Centre for Cultures of Reproduction, Technologies and Health* della medesima Università per l’utile confronto durante la presentazione dei risultati preliminari, nonché il prof. Balboni, la prof.ssa Ragno e l’avv. Genito e i referee anonimi per i loro preziosi commenti. Il presente contributo costituisce uno dei risultati del progetto GenDJus finanziato dall’Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all’impresa - Investimento 1.1, Avviso PRIN 2022 PNRR DD n. 1409 del 14 settembre 2022, codice proposta P2022FNH9B - CUP J53D23017230001. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.



of Italy and the protection to be granted, both directly and indirectly, to people resorting to surrogacy abroad. To this end, the contribution starts with some preliminary remarks. Firstly, the classification of surrogacy as a ‘universal’ crime is inaccurate under international law. Secondly, the enduring and stereotypical notion of surrogacy as a violation of human rights appears problematic and needs to be reconsidered in light of the recommendations released at the United Nations. Against this backdrop, the contribution examines the legal safeguards that have emerged in relation to surrogacy in the context of the Council of Europe, with specific reference to the European Convention on Human Rights and the doctrine of the margin of appreciation granted to Contracting States by the European Court of Human Rights. The contribution then briefly analyses the protection provided by EU law. It starts from the observation that the Italian extended ban on surrogacy may have implications for the exercise of EU fundamental freedoms and evaluates what impact it has in the context of the current judicial cooperation between Member States in criminal matters. In the end, the contribution raises considerable doubts as to whether the far-reaching ban on surrogacy that Italy aims to introduce can alter the difficult balance of competing interests that has progressively crystallised, at the European level, to protect the rights of all people involved.

## 1. Introduzione

Il 26 luglio 2023 la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge “Varchi”<sup>1</sup>, volta a rafforzare il divieto di maternità surrogata<sup>2</sup>, già vigente nell’ordinamento italiano attraverso una modifica al comma 6° dell’art. 12 della legge 19 febbraio 2004. Se anche il Senato si pronuncerà a favore, le pene oggi previste per chi, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità saranno applicabili anche quando tali fatti sono commessi *dal cittadino italiano all’estero*<sup>3</sup>. Ciò costituisce il risultato cui è giunta la stessa Camera dopo la discussione di una proposta iniziale che non si limitava a punire il solo cittadino italiano che realizza, organizza o pubblicizza la maternità surrogata all’estero ma che mirava ad applicare le pene previste nell’ordinamento italiano sostanzialmente *a chiunque* commettesse tali fatti all’estero. Da questa impostazione originaria sembra derivare il diffuso riferimento all’introduzione di un reato “universale”, termine che, come si preciserà oltre, non appare corretto per descrivere l’intervento del legislatore italiano dal punto di vista del diritto internazionale e che, al contempo, denota una visione stereotipata della GPA. Anzi, se si analizzano gli sviluppi internazionali in materia, la proposta “Varchi” sembra in contraddizione rispetto agli obblighi internazionali emersi finora al fine di tutelare il minore nato attraverso la GPA e che l’Italia è chiamata a osservare nelle modalità che saranno discusse oltre.

Nel tentativo di offrire una prima riflessione sul tema dal punto di vista del diritto internazionale e dell’Unione europea data la sua novità, questo contributo è strutturato come segue. Innanzitutto, esso esamina in via preliminare l’argomento sul quale sembra reggersi il potenziale nuovo quadro normativo e l’erronea comparazione ai crimini internazionali: la necessità di vietare la GPA per tutelare i diritti umani delle persone coinvolte. A tal fine, un esame delle raccomandazioni in materia di GPA emerse in seno alle Nazioni Unite (NU) appare particolarmente utile (par. 2). Per verificare se e quali implicazioni possa comportare un reato siffatto per gli obblighi internazionali assunti dall’Italia, l’inda-

- 
- 1 Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei deputati Varchi e altri, intitolata “Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano” e presentata il 15 febbraio 2023. Per un primo dibattito sulla proposta, v. gli interventi comparsi in *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all’estero?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 1 agosto 2023.
  - 2 In questo contributo si utilizzerà principalmente il termine “gestazione per altre persone” (GPA), mentre si farà riferimento alla “maternità surrogata” nel caso in cui questo termine sia utilizzato nelle normative, nelle sentenze o nei documenti presi in esame (sull’uso del linguaggio e della terminologia corretta in materia, v. V. Gheno, *Denotare e connotare, differenze da notare*, in *Amare parole. Il podcast*, marzo 2023. Inoltre, salvo specificazioni, si fa soprattutto riferimento alla *gestational surrogacy* ove la donna gestante non ha legami genetici con il fanciullo. Si nota, peraltro, che nel linguaggio comune si distingue tra GPA altruistica e GPA commerciale ancorché non esista una definizione univoca di questi termini (v. *infra* sez. 2, sulle implicazioni relative ai diritti umani). Per una sintesi sul dibattito teorico sulla GPA, M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna.it*, 1/2017, pp. 7 ss. Infine, per ragioni di leggibilità, ove opportuno, l’uso della forma maschile è da intendersi in modo inclusivo rispetto ai generi.
  - 3 Le pene previste attualmente sono la reclusione da tre mesi a due anni e una multa da 600.000 a un milione di euro. La limitazione del campo di applicazione ai soli cittadini italiani sembra comportare profili di discriminazione c.d. “a rovescio”. Si pensi infatti al diverso trattamento che verrebbe riservato ai cittadini stranieri che, dopo aver fatto ricorso alla GPA nel loro Paese o in uno Stato terzo ove tale pratica non sia vietata, chiedono il riconoscimento del legame con i loro figli in Italia. Per ragioni di spazio, questo contributo non analizza anche questo ulteriore profilo in modo specifico.

gine concentra poi l'attenzione sulle possibili conseguenze rispetto alle tutele, dirette e indirette, che è possibile rintracciare nel quadro della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu) (par. 3). L'analisi prosegue affrontando, seppur brevemente, l'eventuale contrasto della modifica legislativa in esame con il diritto dell'Unione europea sotto due specifici profili: il possibile contrasto con l'esercizio delle libertà fondamentali dell'Unione e la dubbia perseguibilità del cittadino italiano che ricorre alla GPA all'estero all'interno della stessa Unione, dati i principi che regolano i rapporti tra gli Stati membri nel settore della cooperazione penale e i meccanismi previsti in materia (par. 4). Seguiranno, infine, alcune osservazioni conclusive (par. 5).

## 2. Uno stereotipo (difficile) da superare: la presunta incompatibilità tra GPA e diritti umani

Come necessaria premessa per l'indagine che qui si propone, è opportuno verificare quella che appare una delle ragioni più reiterate, assunta quasi in termini di dogma incontrastato<sup>4</sup>, per giustificare l'estensione universale dell'iniziativa penale in materia di GPA: la presunta incompatibilità tra questa pratica e i diritti umani. È su tale base che gli autori della proposta legislativa sopra richiamata accomunano la GPA a fatti di eccezionale gravità per i quali la legge italiana già prevede la perseguibilità del cittadino italiano che li commette all'estero (ad es. lo sfruttamento della prostituzione minorile, la tratta di persone o il traffico di organi umani)<sup>5</sup>. Infatti, come emerge anche dai lavori parlamentari<sup>6</sup>, la scelta di sottoporre alla giurisdizione italiana, secondo il principio della personalità attiva, coloro che intendono costituire una famiglia attraverso la GPA all'estero è giustificata dalla qualificazione di questa pratica come gravemente lesiva della dignità individuale, in particolare quella della donna. In tal senso, gli autori della proposta di legge si rifanno ai termini (stereotipati?) utilizzati dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 272 del 2017, per la quale la maternità surrogata, lungi dal realizzare quel desiderio di famiglia connaturato a chiunque sia in grado di procreare, "offende in modo intollerabile la donna e mina nel profondo le relazioni umane"<sup>8</sup>. Con l'introduzione di un divieto siffatto, almeno nelle intenzioni dichiarate da membri del Governo in carica, l'Italia vorrebbe porsi come uno dei Paesi in prima linea per raggiungere un accordo internazionale che ne comporti la criminalizzazione a livello universale.

A tal proposito, un rapido esame delle posizioni espresse in seno a organizzazioni a carattere universale o europeo sembra, in realtà, dimostrare un'evoluzione più frammentata in materia. Anziché condannare *tout court* la GPA come pratica contraria al rispetto dei diritti umani, si riscontrano oggi approcci più sfumati che evidenziano, soprattutto, un'esigenza di regolamentazione volta a prevenire violazioni *altre* dei diritti umani.

- 
- 4 Tale assunto persiste pure in contributi di carattere accademico. Anche dove dovrebbe costituire l'oggetto di analisi, non viene poi in realtà trattato effettivamente: ad es., L. Mura, *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza Cedu sulla maternità surrogata*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 172 ss.
- 5 Per tutti i riferimenti, v. C.D. Leotta, *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?*, in *Altalex*, 1 agosto, 2023, in <https://www.altalex.com/documents/2023/08/01/punire-surrogazione-maternita-commessa-cittadino-estero>.
- 6 È interessante notare come, tra le varie personalità udite dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati, incluse femministe da anni coinvolte in campagne per l'abolizione della GPA con motivazioni non sempre coerenti, non compare nessun esperto di diritto internazionale o dell'Unione europea nonostante i profili che la nuova normativa pone anche rispetto agli obblighi internazionali dell'Italia. Tutte le audizioni possono essere consultate al seguente link: [www.camera.it/leg19/126?t=ab=&leg=19&idDocumento=0887](http://www.camera.it/leg19/126?t=ab=&leg=19&idDocumento=0887).
- 7 Stereotipi intensi come sistemi di classificazione della realtà che semplificano i fatti e portano a interpretazioni errate, spesso impermeabili di fronte alla disconferma dell'esperienza, a causa del carattere distorcente delle aspettative che generano: v. L. Arcuri, M. Cadinu, *Gli stereotipi*, Bologna, 2011, p. 16.
- 8 Tale formulazione viene ripresa anche in Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.7 del *Considerando in diritto*, in cui si afferma "la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale", la quale tuttavia anche per la stessa Corte va bilanciata con gli altri interessi in gioco. Come si dirà oltre, per quanto l'intervento legislativo in commento persegua e rafforzi tale finalità, esso non sembra in linea con taluni obblighi internazionali assunti dall'Italia che, sulla base di un bilanciamento in ciascun caso concreto, offrono garanzie non solo al minore nato tramite GPA ma anche al genitore intenzionale (v. oltre sez. 3).

Lo dimostrano, in particolare, gli sviluppi emersi in seno alle NU, la sede più rappresentativa per verificare l'esistenza di qualsiasi tipo di consenso internazionale in materia che faciliti o meno l'eventuale conclusione di un accordo volto alla criminalizzazione universale della GPA. Oltre ai richiami espressi dai meccanismi di monitoraggio di taluni trattati sui diritti umani nei confronti di singoli Stati<sup>9</sup>, appaiono significativi i lavori della *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, ossia l'unico organo che finora ha dedicato un'attenzione specifica al tema<sup>10</sup>. Mentre nel 2016 l'allora *Special Rapporteur* Maud de Boer-Buquicchio esprimeva forte preoccupazione sul ricorso alla GPA per via delle possibili conseguenze in termini di adozioni illegali<sup>11</sup>, le successive raccomandazioni espressamente elaborate sulla tutela dei fanciulli nati attraverso la GPA presentano posizioni più articolate<sup>12</sup>. In primo luogo, esaminando la questione della GPA alla luce dei divieti previsti dal Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante persone di minore età<sup>13</sup>, questi lavori rilevano un vuoto normativo in materia a livello internazionale. In secondo luogo, sulla base del riconoscimento della GPA come una delle modalità di procreazione per coloro che non possono avere figli in altro modo, gli stessi lavori non rigettano la GPA a priori. Anzi, attraverso le raccomandazioni in essi contenute, la *Special Rapporteur* ha invitato le Parti a regolamentare la GPA poiché, oltre alla forma c.d. altruistica che non comporta in via di principio la vendita di minori se adeguatamente disciplinata<sup>14</sup>, anche la "*commercial surrogacy may not constitute sale of children if it is closely regulated in compliance with international human rights norms and standards*"<sup>15</sup>. La *Special Rapporteur* ha anche identificato gli aspetti principali di questa possibile regolamentazione. Si segnalano, tra l'altro, il divieto di compensi *non giustificati* per le donne gestanti<sup>16</sup>; una rigida disciplina e monitoraggio degli eventuali enti intermediari<sup>17</sup>; l'obbligo di una valutazione post-nascita da parte di un'autorità competente che verifichi, alla luce del principio del preminente interesse del minore, il rispetto di taluni standard procedurali e la prevenzione di situazioni di incertezza giuridica che, indipendentemente da eventuali divieti imposti a livello nazionale, possano comportare, ad esempio, apolidia<sup>18</sup>; la previsione di registri statali tramite i quali conservare le informazioni genetiche e gestazionali relative ai fanciulli nati tramite GPA al fine di consentire loro di conoscere le loro origini<sup>19</sup>. È bene precisare, a fronte delle esigenze di tutela della donna, che i lavori della *Special Rapporteur* fin qui richiamati condannano pratiche lesive della dignità individuale ma senza che ciò possa comportare "*a restriction*

- 
- 9 Si vedano, per esempio, le osservazioni conclusive del Comitato sui diritti del fanciullo rispetto a Paesi in cui la GPA è praticata, come India (doc. CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57), Messico (doc. CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69), Stati Uniti (doc. CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, par. 24) o Israele (doc. CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28).
- 10 Tutti i lavori della *Special Rapporteur* in materia possono essere consultati al seguente indirizzo: [www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy](http://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy). Si vedano gli sforzi profusi dalla *Special Rapporteur* anche a livello di singoli Paesi per giungere a una regolamentazione della GPA che tuteli il fanciullo e le donne interessate, come nel caso della Georgia: *End of Mission Statement - Visit to Georgia*, 19 aprile 2016.
- 11 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, report del 22 dicembre 2016, UN doc. A/HRC/34/55, par. 52.
- 12 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safeguards for the Protection of the Rights of Children Born from Surrogacy Arrangements*, UN doc. A/74/162, 15 luglio 2019; Id., *Study on Surrogacy and Sale of Children*, UN doc. A/HRC/37/60, il 15 gennaio 2018.
- 13 Adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale n. 54/263 il 25 maggio 2000 ed entrato in vigore il 18 gennaio 2002, UNTS, vol. 2171, p. 227. L'Italia ha ratificato il Protocollo con L. 11 marzo 2002, n. 46, divenendo parte dal 9 maggio 2002.
- 14 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 69 ss.
- 15 Ibid., cit., par. 41, 72 ss.
- 16 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 72 e alle condizioni ivi descritte. Si ricorda che il divieto di "*improper gain*" è già previsto, ad esempio, nella Convenzione sull'adozione dei fanciulli (rivista) del Consiglio d'Europa (ETS. 202), conclusa a Strasburgo, 27 dicembre 2008, art. 17, e che potrebbe rappresentare un utile modello in materia di GPA. Come specificato nel relativo *Explanatory report*, par. 77, si fanno comunque salvi "*the reimbursement of direct and indirect costs and expenses of an adoption and the payment of reasonable remuneration in relation to services rendered*".
- 17 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 103.
- 18 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on surrogacy and sale of children*, cit., par. 77, come ribadito nel successivo *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 101.
- 19 Ibid.

of women's autonomy in decision-making or of their rights to sexual and reproductive health"<sup>20</sup>, nell'evidente intento di evitare la riproposizione di visioni stereotipate o d'ispirazione patriarcale della stessa persona che si intende proteggere.

In sintesi, al di là di ribadire gli obblighi di divieto e prevenzione della "sottrazione", della "vendita" e del "traffico" di fanciulli alimentati mediante pratiche di *surrogacy*<sup>21</sup> e proprio per tenere conto delle varie sensibilità in materia tra gli Stati, le suddette raccomandazioni depongono in senso contrario rispetto al divieto *tout court* della GPA. Né da esse, data la loro natura, né dal menzionato Protocollo è possibile derivare un obbligo internazionale che imponga alle Parti, inclusa l'Italia, di vietare la GPA e di perseguirne la violazione in generale, *a fortiori* quando essa abbia luogo in un Paese terzo. Inoltre, al pari di altri contesti, ad esempio nell'ambito dei lavori della Conferenza dell'Aja sui profili di diritto internazionale privato in materia di GPA<sup>22</sup>, questi pochi – ancorché significativi – elementi emersi in seno alle NU segnalano l'inesistenza di un consenso universale sulla gravità di questa pratica rispetto ai valori su cui convergono gli strumenti in materia di diritti umani. Al contempo, essi evidenziano l'esigenza di regolamentarne il ricorso per evitare situazioni che possano comportare la violazione di diritti protetti da specifiche convenzioni internazionali, come appunto il divieto di vendita di minori o i vari obblighi volti a prevenire lo sfruttamento e l'abuso della donna, ma non l'incompatibilità della GPA *per se* con il diritto internazionale dei diritti umani<sup>23</sup>.

Sempre a livello universale, appare opportuno fare un'ulteriore precisazione per evitare ogni possibile dubbio sulla corretta qualificazione del "nuovo" reato in discussione in Italia. La GPA non è stata mai presa in considerazione nel quadro di strumenti universali volti all'identificazione dei c.d. crimini internazionali, né dai meccanismi istituiti per la loro repressione. Se facciamo riferimento, ad esempio, allo Statuto della Corte Penale Internazionale<sup>24</sup> che ha codificato tali crimini relativamente a genocidio (art. 6), crimini contro l'umanità (art. 7) e crimini di guerra (art. 8), la loro qualificazione dipende dalla lesione che tali fattispecie comportano a valori ritenuti fondamentali dalla Comunità internazionale in quanto tale e non a interessi "specifici" di uno o più Stati o legati alla tutela di valori identitari di una maggioranza di essi<sup>25</sup>. Lo dimostra quanto afferma l'art. 5 dello stesso Statuto che annovera cumulativamente genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra tra i "*most serious crimes of concern to the international community as a whole*". Non solo è evidente la diversità tra queste fattispecie e la GPA rispetto agli interessi propri della Comunità internazionale ma, mentre i crimini internazionali richiamati non possono mai essere compatibili con i diritti umani, la GPA potrebbe invece essere conforme agli standard internazionali ed europei in materia se adeguatamente regolamentata come suggeriscono i lavori della *Special Rapporteur* fin qui citati. Simili considerazioni riguardano anche il profilo della repressione. Anche se il principio della giurisdizione universale si è affermato oltre i crimini internazionali finora indicati, non esiste analogia tra la GPA e le fattispecie rispetto alle quali il diritto pattizio o il diritto consuetudinario prevedono l'obbligo o la facoltà per gli Stati interessati di esercitare la loro giurisdizione per violazioni commesse al di là dei propri confini e/o in assenza di un legame con l'autore del crimi-

20 *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 11, come ribadito nel successivo *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 84 e 108: "*The Special Rapporteur reiterates her earlier recommendation that nothing in these recommendations should imply that women, including women who act as surrogates, cannot make independent decisions about the autonomy of their own bodies during pregnancy*".

21 Si ricordano che gli elementi costitutivi della "vendita" di un minore sono, ai sensi dell'art. 35 del relativo Protocollo opzionale alla CRC i seguenti: pagamento, trasferimento del minore e pagamento per il trasferimento.

22 A fronte del lavoro pluriennale del Gruppo di esperti istituito nel 2015, nel marzo 2023 è stato creato un apposito Working Group che si occuperà del tema: cfr. *The Parentage/Surrogacy Project* al seguente indirizzo [www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy](http://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy).

23 Anche in Paesi che ammettono da tempo la GPA si assiste a un tale sviluppo. Si veda il caso dell'India che, nel 2021, ha regolamentato il ricorso alla GPA per evitare lesioni della dignità delle persone coinvolte: v. *Surrogacy (Regulation) Act*, 25 dicembre 2021, n. 47/2021, consultabile nella versione online della Gazzetta ufficiale indiana: <https://egazette.gov.in/WriteReadData/2021/232118.pdf>.

24 Concluso a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002, UNTS vol. 2187, p. 3. L'Italia ne è divenuta parte il 26 luglio 1999. È bene precisare che, ai sensi degli artt. 12 e 13 dello Statuto, la Corte penale internazionale non esercita una giurisdizione pienamente universale tenuto conto che può attivarsi unicamente se i crimini previsti dallo Statuto sono commessi nel territorio o da un/a cittadino/a di uno Stato parte, salvo quando il caso le è deferito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

25 M. Balboni, *Da Norimberga alla Corte Penale Internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, p. 1 ss.



ne<sup>26</sup>. Quindi, anche rispetto a questo ulteriore profilo, la modifica legislativa in discussione non trova riscontro a livello internazionale, né è motivata da obblighi di cooperazione emersi in ambito universale con riferimento ai crimini internazionali propriamente detti o, per via del *vulnus* arrecato alla vita degli Stati e alla Comunità internazionale, a specifici reati a carattere transnazionale<sup>27</sup>.

Restringendo l'attenzione alla sola dimensione europea, la situazione non appare diversa. Per quanto riguarda i lavori del Consiglio d'Europa, nonostante il numero ridotto di Stati membri che ammette, anche parzialmente, il ricorso alla GPA<sup>28</sup>, né il Comitato dei Ministri né l'Assemblea Parlamentare si sono mai espressi in merito alla criminalizzazione di questa pratica<sup>29</sup>. La difficoltà di giungere a una posizione comune sul tema è anche alla base dell'impossibilità di emendare la Convenzione europea sullo stato giuridico dei fanciulli nati al di fuori del matrimonio<sup>30</sup>, ritenuta oramai obsoleta<sup>31</sup>. Proprio l'assenza di un *consensus* tra gli attuali 46 Stati membri del Consiglio d'Europa determina un'importante conseguenza per l'attività interpretativa cui è chiamata la Corte Edu quando, nel valutare ricorsi che lamentano la violazione della Cedu, si occupa di questioni legate alla GPA<sup>32</sup>: il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento alle Parti per tenere conto delle loro diverse sensibilità in materia<sup>33</sup>. Tuttavia, come si vedrà nella prossima parte del contributo, ciò non significa che questi Stati godano di una illimitata discrezionalità poiché sono comunque chiamati a osservare precisi obblighi, anche di natura positiva, sulla base di un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco che dipende essenzialmente dal caso concreto.

Quanto all'Unione europea, date le limitate competenze sia in relazione al diritto di famiglia sia nella sfera penale<sup>34</sup>, le sue istituzioni non si sono occupate direttamente di GPA. Del resto, le posizioni degli Stati membri divergono rispetto alla stessa necessità di vietare tale pratica, come mostra la varietà di discipline interne o la frequente assenza di regolamentazione in materia<sup>35</sup>. L'Unione sembra, però, sempre più propensa a individuare soluzioni che, pur non disciplinando la questione *per se*, restituiscono un approccio sostanzialmente contrario alla GPA solo qualora comporti uno sfruttamento della donna o altre violazioni dei diritti umani. Si ricorda qui la risoluzione (non vincolante) del Parlamento europeo, risalente al 2015, che raccomandava di vietare la GPA laddove comportasse lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano "*for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing*

- 
- 26 M.R. Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012, p. 115 ss.; M. La Manna, *La giurisdizione penale internazionale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, p. 57 ss.
- 27 Ad esempio, nel caso del terrorismo: v. Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° giugno 2007 (ETS. n. 196), art. 14 e ss. L'Italia ne è diventata parte il 21 febbraio 2017.
- 28 Quanto meno Regno Unito, Georgia, Grecia, Ucraina e, anche se ancora in modo non chiaro, Portogallo. Per una panoramica delle normative statali rilevanti, v. Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa, *Surrogacy*, 30 novembre 2021, doc. DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum.
- 29 Anche se è bene ricordare che, nel 2016, l'Assemblea Parlamentare ha rigettato una proposta di raccomandazione contenente linee guida a tutela del fanciullo nato tramite GPA per via dell'opposizione della maggioranza degli Stati nei confronti di tale pratica *per se*: cfr. Assemblea Parlamentare, *Children's Rights Related to Surrogacy*, 26 settembre 2016, doc. 14140.
- 30 Conclusa a Strasburgo il 15 ottobre 1975 ed entrata in vigore l'11 agosto 1978 (ETS. n. 85). È bene precisare che, in ogni caso, l'Italia non è parte di tale Convenzione. Infatti, pur avendo apposto la sua firma l'11 febbraio 1981, non ha poi proceduto con la ratifica.
- 31 V. Comitato dei Ministri (*European Committee on Legal Co-operation*), report del 7 settembre 2022, doc. CM(2022)150, p. 3.
- 32 Ad es. Corte Edu, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, n. 65192/11, par. 79. Su tale evoluzione, *ex multis*, S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; E. Narin, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 237 ss.
- 33 F. Pesce, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della Cedu*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, p. 155 ss. Sulla modalità di determinazione di tale margine, non sempre coerente quando la Corte assume di trattare un tema eticamente sensibile, sia consentito rinviare a C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015, p. 101 ss.
- 34 S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015.
- 35 Per quanto risalente, si veda lo studio commissionato dal Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, disponibile al seguente indirizzo: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI\\_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET(2013)474403).



*countries*<sup>36</sup>. Appare indicativa anche la proposta di regolamento elaborata dalla Commissione europea al fine di disciplinare il reciproco riconoscimento della filiazione all'interno dell'Unione<sup>37</sup>. Questa non prevede alcuna clausola di esclusione per via del ricorso alla GPA proprio perché, se essa ha luogo in uno Stato membro o in Stati terzi che lo permettono, non si riscontra un contrasto sostanziale con i diritti fondamentali applicabili nel quadro dell'Unione. Infine, è altrettanto significativo il fatto che, nell'esaminare la proposta della Commissione volta a modificare l'attuale Direttiva anti-tratta 2011/36/UE, il Consiglio non abbia accolto, in prima lettura, l'opinione del Comitato economico e sociale europeo di indentificare la *gestational surrogacy per se* come una "nuova" forma di tratta<sup>38</sup>.

In sintesi, è vero che, sulla base di questi brevi richiami, l'appartenenza alle organizzazioni sovranazionali qui menzionate non impedisce, né impone, all'Italia di introdurre un divieto, più o meno esteso, in materia di GPA. Tuttavia, nonostante la tendenziale condanna di tale pratica quando comporti la mercificazione dei fanciulli e lo sfruttamento della donna che, in varie forme, emerge in tali sedi, i recenti sviluppi, da un lato, mettono in discussione la presunta assoluta incompatibilità della GPA con i diritti umani e, dall'altro, non supportano l'estensione della criminalizzazione a tutte le forme tramite cui tale pratica viene condotta. Tutto ciò evidenzia anche l'irragionevolezza della comparazione con crimini internazionali e del potenziale ricorso alla giurisdizione universale in materia di GPA, non essendo rintracciabili né quel diffuso consenso all'interno della Comunità internazionale sulla necessità di perseguirla più o meno ampiamente, né i diversi valori che stanno alla base dell'istituzione dei meccanismi di cooperazione oggi disponibili per condannare e perseguire quei crimini. Chiariti questi punti preliminari e la necessità di superare la visione stereotipata della GPA che sta di fatto alla base della proposta italiana in esame, è possibile verificare più dettagliatamente se il potenziale nuovo quadro legislativo italiano, ove confermato in Senato, possa porsi in contrasto con gli standard di tutela imposti dalla Cedu, oppure osti all'esercizio delle libertà fondamentali da parte del cittadino italiano all'interno dell'Unione europea.

### 3. Reato "universale" e tutele previste dalla Convenzione europea dei diritti umani

L'assenza di uno strumento *ad hoc* in materia di *surrogacy* nel quadro del Consiglio d'Europa fa sì che la nostra indagine si concentri sulla Cedu e, specificamente, sulle garanzie che i soggetti potenzialmente perseguibili in ragione di un divieto di GPA così esteso potrebbero derivare da essa. A tal fine, appare utile sistematizzare i principi cui si è ispirata la Corte Edu nel delineare tali garanzie (3.1) per applicarli poi alla situazione nella quale potrebbero trovarsi i genitori intenzionali italiani dopo l'entrata in vigore del "nuovo" reato (3.2). Proprio un recente caso, coinvolgente l'Italia quale Stato convenuto, richiede di interrogarci anche sulle conseguenze indirette<sup>39</sup> che la nuova norma italiana potrebbe determinare sulla posizione dei minori nati attraverso GPA all'estero (3.3), ossia i veri destinatari delle tutele finora emerse in ambito Cedu.

#### 3.1. Tra libertà delle Parti di vietare la GPA e esigenze di tutela dell'identità dei minori

Pur senza procedere in questa sede a una ricostruzione temporale dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu che riguarda, direttamente o indirettamente, la GPA, è possibile enucleare alcuni principi che sembrano oramai consolidati e utili ai nostri fini.

Innanzitutto, l'appartenenza alla Cedu non mette in discussione la discrezionalità degli Stati contraenti di vietare pratiche che esse ritengono lesive dei diritti dei fanciulli o delle donne, anche gestan-

36 Parlamento europeo, 17 dicembre 2015, *Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, risoluzione n. P8 TA(2015)0470, par. 115.

37 Consiglio, Proposta di regolamento 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, 7 dicembre 2022, doc. COM (2022) 695 final. Sugli sviluppi italiani in merito a tale proposta, G. Biagioni, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di Regolamento in tema di filiazione*, in *SIDiblog*, 3 aprile 2023.

38 Consiglio, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting Its Victims*, 9 giugno 2023, doc. 10350/23. V. opinione del Comitato risulante al 5 maggio 2023, doc. 9061/23, par. 3.3.

39 Tali profili sono stati richiamati più volte nelle audizioni alla Camera dei Deputati: cfr. ad es. audizione S. Albano.

ti<sup>40</sup>. Al contempo, la Corte Edu è solita ribadire come la Convenzione non attribuisca il diritto ad avere figli ma, più limitatamente, affermi unicamente il diritto al rispetto per la filiazione già costituita<sup>41</sup>, con conseguenti obblighi di protezione *ex art. 8 Cedu* (“Diritto al rispetto per la vita privata e familiare”). Per questa ragione, gli Stati contraenti non sono obbligati a garantire a chiunque l’accesso a istituti o a tecniche procreative attraverso cui stabilire un rapporto di filiazione<sup>42</sup>, né a legalizzare pratiche come appunto la GPA<sup>43</sup>. È evidente che tali presupposti non hanno lasciato spazio nemmeno a considerazioni legate al desiderio di genitorialità quale parte integrante dell’identità personale, già meritevole di tutela attraverso la componente privata dell’art. 8 Cedu, che potrebbe essere soddisfatto anche attraverso il ricorso alla GPA. Sotto questo profilo, si può affermare che la Corte Edu sia tuttora ancorata a un’interpretazione negativa dell’art. 8 Cedu al fine di tenere conto delle varie sensibilità delle Parti sul tema, nonostante l’evoluzione tecnologica e sociale. Così, anche i divieti di accedere a specifiche tecniche riproduttive possono risultare conformi alla Cedu. Infatti, laddove le relative disposizioni interne abbiano una portata generale e non introducano distinzioni legate a specifiche caratteristiche protette, tali divieti non possono nemmeno ritenersi lesivi del divieto di discriminazione, di cui all’art. 14 Cedu, letto in combinato con l’art. 8. Solo in presenza di distinzioni nell’accesso a tecniche procreative basate su caratteristiche personali che godono di una speciale protezione nel sistema convenzionale, come accade rispetto all’orientamento sessuale<sup>44</sup>, la Corte Edu impone una restrizione del margine di apprezzamento allo Stato convenuto con le conseguenze in termini di bilanciamento di interessi a favore delle persone interessate<sup>45</sup>.

Quanto agli effetti del ricorso alla GPA all’estero, sin dall’inizio l’approccio della Corte Edu si è basato sulla netta distinzione tra la posizione dei genitori intenzionali e quella dei figli nati ricorrendo a tale pratica<sup>46</sup>. Sempre con riferimento all’art. 8 Cedu, la Corte ha identificato nell’identità del minore interessato, quale componente della sua vita privata, il profilo meritevole di tutela convenzionale<sup>47</sup>. In questo modo, non è stato necessario pronunciarsi *anche* sull’esigenza di proteggere egualmente la loro vita familiare, costituita all’estero aggirando i divieti di GPA vigenti negli Stati convenuti<sup>48</sup>. L’esigenza di assicurare protezione all’identità del minore ha permesso alla stessa Corte di limitare gli obblighi degli Stati contraenti in materia. Infatti, una volta che il minore fa ingresso con i genitori intenzionali in uno di questi Stati, l’appartenenza alla Cedu impone loro il solo riconoscimento, sostanzialmente immediato, della relazione venutasi a creare con il genitore biologico<sup>49</sup>. Con riferimento al rapporto con il genitore intenzionale privo di legami biologici, il rispetto della Cedu richiede una più limitata previsione di “non assoluta impossibilità” di riconoscimento<sup>50</sup>. Proprio per rispettare il loro margine di apprezzamento sul tema, la Corte Edu ha finora lasciato le Parti libere di individuare le modalità attraverso cui debba avvenire questo secondo riconoscimento, purché tali modalità siano caratterizzate da rapidità ed effettività. Appare evidente che, attraverso tale approccio, la Corte Edu abbia voluto evitare soluzioni

40 Ancora recentemente, Corte Edu, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, n. 58817/15 e 58252/15, par. 74.

41 Ibid. V. anche Corte Edu, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07 (dec.), par. 37.

42 Ibid., par. 63 ss.

43 Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 62.

44 Corte Edu, Grande Camera, 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, n. 43546/02, par. 89 ss.

45 Da ultimo, si veda Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2023, *Fedotova e altri c. Russia*, ricorsi n. 40792/10, 30538/14, 43439/14, par. 183-187.

46 Con riferimento al caso *Mennesson*, oltre i contributi già citati relativi alla giurisprudenza della Corte Edu, v. C. Danisi, *Superiore interesse del minore, diritto all’identità o al rispetto per la vita familiare? L’arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

47 V. da ultimo, Corte Edu, 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, n. 47196/21, par. 40.

48 Corte Edu, Grande Camera, 10 aprile 2019, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, richiesta n. P16-2018-001, su cui L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 418 ss.

49 Corte Edu, Grande Camera, *Advisory Opinion*, cit., par. 35-36. Verrebbe così, quantomeno in via di principio (cfr. oltre), fatta dipendere la continuità dello status familiare dall’esistenza o meno del legame biologico: M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 213 ss. Più in generale, F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de l’Haye*, vol. 395, 2019.

50 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 89.

interpretative che, in modo diretto, possano indebolire i divieti imposti a livello interno in alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa e che, pur tutelando il minore interessato, non incentivino il ricorso alla GPA all'estero facilitandone il riconoscimento degli effetti nei loro ordinamenti interni.

Se questo è vero, è latente la contraddizione tra le esigenze degli Stati di far rispettare i loro divieti interni conformi alla Cedu e quelle dei minori nati all'estero di essere comunque tutelati *ex art. 8 Cedu*. Forse anche per questa ragione, una visione d'insieme della giurisprudenza della Corte suggerisce come essa sia pronta ad applicare i principi menzionati in base al caso concreto e, in particolare, alla luce del tipo di lesione agli interessi del minore direttamente coinvolto che è generata dalle scelte specifiche in materia di GPA da parte dello Stato convenuto. In effetti, questo tentativo di bilanciare interessi così diversi che, attestandosi su uno standard minimo – ossia evitare una situazione di incertezza giuridica assoluta per il minore – e non sulla migliore forma di tutela possibile per quest'ultimo, può condurre a esiti anche apparentemente incoerenti rispetto ai principi astrattamente enunciati e sopra richiamati.

Il caso *D. c. Francia* è particolarmente significativo in tal senso. Per la Corte Edu il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere il certificato di nascita estero, nel quale la ricorrente veniva indicata come genitore di una minore nata all'estero tramite GPA, non ha comportato una violazione dell'art. 8 Cedu *nonostante l'esistenza di un legame biologico* tra le due (la ricorrente aveva, infatti, utilizzato i propri ovociti ai fini della fecondazione)<sup>51</sup>. Data la possibilità di proteggere in modo rapido ed effettivo la relazione madre-figlia ricorrendo all'istituto previsto per l'adozione dei figli del coniuge, secondo i giudici europei in quel caso risultava prevalente l'esigenza dello Stato convenuto di disincentivare il ricorso a una pratica da esso vietata. Il non trascurabile trattamento discriminatorio, che emerge nel riservare di fatto la modalità più immediata di riconoscimento della filiazione (la trascrizione dell'atto di nascita estero) a favore del solo genitore di sesso maschile avente un legame biologico, non ha inciso sul bilanciamento effettuato dalla Corte Edu nel giungere a tale conclusione. Allo stesso modo, nel caso *Valdi Fjólnisdóttir e altri c. Islanda*<sup>52</sup> la Corte ha ritenuto che il mancato riconoscimento della filiazione, costituita in un Paese terzo in cui la GPA è legale, a favore di genitori intenzionali che non avevano legami biologici con la prole rientrasse nel margine di apprezzamento dello Stato convenuto nonostante l'impossibilità assoluta delle ricorrenti di accedere a qualsiasi forma di adozione congiunta. Infatti, se da un lato occorreva rispettare la scelta dell'Islanda di vietare la GPA, dall'altro le autorità non avevano, nel concreto, ostacolato il regolare e quotidiano svolgimento della loro vita familiare pur "illecitamente" costituita. Infine, si può anche osservare che, nonostante le esigenze di tutela dell'identità del minore, questa identità non va intesa in senso assoluto. Sembra dimostrarlo l'esito del caso *S.-H. c. Polonia*<sup>53</sup>, il primo relativo a una coppia same-sex maschile che lamentava una violazione dell'art. 8 Cedu poiché ai due figli, nati tramite GPA negli Stati Uniti, era stata negata la cittadinanza polacca. Nel rigettare il ricorso come inammissibile, per la Corte Edu la decisione delle autorità polacche, motivata da ragioni di ordine pubblico, non aveva generato un "impatto sufficientemente negativo" sulla vita dei minori. Per quanto è vero che l'intera famiglia non avesse intenzione di trasferirsi in Polonia e non soffrisse alcun svantaggio nella loro vita quotidiana in Israele, ossia lo Stato in cui risiedevano, la Corte ha comunque ignorato le motivazioni fortemente identitarie, connesse alla discendenza da ebrei polacchi<sup>54</sup>, che avevano mosso i ricorrenti, così come l'impossibilità di acquisire, tramite la cittadinanza polacca, quella europea<sup>55</sup>.

Al contrario, i principi sopra enucleati trovano un'applicazione più restrittiva quando la volontà di perseguire una condotta vietata nell'ordinamento di uno Stato parte della Cedu generi un serio impatto sulla vita privata della persona nata tramite GPA, anche rispetto al rapporto con il genitore sociale. In tal senso, si può ricordare la decisione relativa al caso *D.B. e altri c. Svizzera*, il primo ricorso a coinvolgere una coppia same-sex unita civilmente in un ordinamento in cui il matrimonio e l'adozione dei figli del coniuge sono riservati alle sole coppie di sesso opposto. Per la Corte Edu, nonostante lo Stato convenuto tutelasse il rapporto tra padre biologico e la fanciulla nata tramite GPA negli Stati Uniti, il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita estero indicante entrambi i padri come genitori ha comportato

51 Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, n. 11288/18, par. 87-88. Sul tema, v. O. Lopes Pegna, *Mater (non) semper certa est! L'impatto sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 709 ss.

52 Corte Edu, 18 maggio 2021, *Valdi Fjólnisdóttir e altri c. Islanda*, n. 71552/17, par. 75, su cui J.W. Marz, *What makes a parent in surrogacy cases? Reflections on the Fjólnisdóttir et al. v. Iceland decision of the European Court of Human Rights*, in *Medical Law International*, 2021, pp. 272 ss.

53 Corte Edu, 16 novembre 2021, *S.-H. c. Polonia*, n. 56846/15 e 56849/15 (dec.), par. 74, su cui S. Ganty, *Surrogacy as Citizenship Deprivation in S.-H. v. Poland*, in *Strasbourg Observers*, 2022.

54 *Ibid.*, par. 68.

55 Con il conseguente accesso a garanzie, sotto certi profili, più elevate: cfr. par. 3, *infra*.

un'ingerenza sproporzionata nel godimento da parte della minore del diritto di cui all'art. 8 Cedu<sup>56</sup>. Ciò deriva dall'*impossibilità generale e assoluta*, riservata alla minore per oltre sette anni, di ottenere il riconoscimento del legame costituito legalmente all'estero con il genitore sociale. Mentre questa conclusione conferma altresì che eventuali differenze di trattamento legate allo *status* giuridico della coppia o, indirettamente, al loro orientamento sessuale non modifica il tipo di bilanciamento di interessi operato dalla Corte Edu quando si tratta di GPA e dei suoi effetti, il successivo caso *K.K. e altri c. Danimarca*<sup>57</sup> aggiunge un ulteriore tassello a questo peculiare quadro. Posto che il legame tra il padre biologico e i figli nati tramite GPA in Ucraina era stato riconosciuto dalle autorità danesi, la violazione dell'art. 8 Cedu lamentata dai ricorrenti riguardava l'impossibilità della madre sociale di accedere al procedimento previsto per l'adozione dei figli del coniuge con conseguenze negative sull'identità dei minori. Proprio per rafforzare il divieto interno della GPA, la legge danese escludeva dall'accesso a questo procedimento tutti coloro che avessero elargito forme di pagamento alla donna che aveva partorito i minori, ossia il soggetto che per la legge interna era chiamato a prestare il proprio consenso all'adozione. Nonostante il margine di apprezzamento riconosciuto alle Parti in merito alle modalità tramite cui tutelare la relazione con il genitore sociale, per la Corte Edu l'assoluta impossibilità di stabilire un legame giuridico tra i minori e la madre sociale è stata ritenuta lesiva del diritto alla vita privata dei minori. Infatti, la decisione delle autorità interne era basata sull'*assoluta prevalenza* dell'interesse pubblico di condannare e negare gli effetti del ricorso alla GPA *commerciale*, il che rendeva impossibile qualsiasi bilanciamento di interessi. Di fatto, questo tipo di decisioni a tutela del rapporto con il genitore sociale finiscono per restringere la formale discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti nel criminalizzare la GPA condotta all'estero.

In sintesi, l'attività interpretativa della Corte Edu nei casi riguardanti gli effetti del ricorso alla GPA sembra muoversi da enunciazioni di principio (legame biologico vs. sociale; libertà delle Parti circa le modalità di riconoscimento, etc.) verso una valutazione in concreto della situazione giuridica dei minori interessati con la conseguente applicazione restrittiva di quei medesimi principi quando le Parti fanno prevalere *tour court* l'esigenza di criminalizzare il ricorso alla GPA. Tale evoluzione è accompagnata da una proceduralizzazione degli obblighi derivanti dall'art. 8 Cedu proprio per evitare che i minori nati tramite GPA possano trovarsi in una situazione di incertezza giuridica che interferisca in modo sproporzionato sul godimento del diritto al rispetto della loro vita privata e, possibilmente, familiare. È proprio questo aspetto che pone seri dubbi sul possibile impatto, sul rispetto degli obblighi derivanti dalla Cedu, che potrebbe generare un reato esteso di GPA come quello che l'Italia intende introdurre. Per verificare tale eventualità, alla luce dei principi fin qui esposti, è opportuno analizzare separatamente le potenziali posizioni del genitore perseguibile per aver fatto ricorso – anche lecitamente ove è permessa – a tale pratica all'estero e del fanciullo nato come conseguenza di una condotta ritenuta illecita per l'ordinamento italiano.

### 3.2. Il problema della tutela del genitore italiano perseguibile ove ricorra alla GPA all'estero

Essendo concentrata sugli effetti della GPA in relazione alla posizione del minore, nella sua attuale interpretazione la Cedu non prevede forme di tutela diretta nei confronti dei genitori intenzionali che si recano all'estero per fare ricorso a una pratica vietata nel proprio Paese. In effetti, tutti i ricorsi esaminati dalla Corte Edu, per la parte riguardante i genitori intenzionali, sono risultati inammissibili o si sono conclusi con la mancata constatazione di una violazione dell'art. 8 Cedu in entrambe le sue componenti, privata e familiare. Data l'inesistenza di normative interne agli Stati contraenti ispirate al principio della giurisdizione universale in materia di GPA, non vi è stata finora nemmeno l'occasione di valutare se in questi casi le autorità interne siano andate oltre il loro margine di apprezzamento nel perseguire i genitori intenzionali per condotte in Paesi terzi. Se è vero che l'assenza di un *consensus* europeo sul tema rende difficile ipotizzare uno sviluppo a favore del genitore intenzionale, ciò non significa che, in situazioni specifiche, possano comunque emergere precisi obblighi per le Parti. Posto che non sembrano emergere profili di responsabilità relativamente all'art. 7 Cedu ("*Nulla poena sine lege*") e che troverebbero sempre applicazione le garanzie previste dall'art. 6 Cedu ("*Diritto a un equo processo*")<sup>58</sup>, qualche precisazione può essere fatta utilizzando come parametro convenzionale sempre l'art. 8 Cedu. Infatti, qualsiasi procedimento volto a sanzionare la condotta avvenuta all'estero andrebbe a interferire con il diritto al rispetto per la vita privata e familiare dei genitori intenzionali, sia coloro con legami biologici con i figli nati tramite GPA sia i c.d. genitori sociali.

56 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 89.

57 Corte Edu, 6 dicembre 2022, *K.K. e altri c. Danimarca*, n. 25212/21.

58 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022.



A tal proposito, è bene ricordare come l'art. 8 Cedu permetta alle Parti di interferire nella vita privata e familiare degli individui posti sotto la loro giurisdizione (art. 1) purché l'eventuale interferenza sia conforme alla legge, persegua uno o più fini legittimi tra quelli da esso indicati<sup>59</sup>, e risulti necessaria in una società democratica. Ipotizzando che il genitore intenzionale, perseguito in forza di una legge interna come quella oggi in approvazione in materia di GPA nell'ordinamento italiano, rischi di subire un'interferenza quantomeno nella sua vita privata<sup>60</sup>, anche per via del serio impatto dell'entità delle pene previste secondo il "consequence-based approach" fatto proprio dalla Corte Edu<sup>61</sup>, occorre che ognuna delle condizioni appena ricordate sia soddisfatta per non incorrere in una violazione della Convenzione.

Per quanto riguarda la legittimità dei fini perseguiti, la Corte Edu è solita accettare il fatto che il divieto di GPA sia necessario per proteggere i minori o la donna<sup>62</sup>, ossia ragioni che rientrano nell'ambito dei fini convenzionalmente previsti come la tutela della salute, la protezione dei diritti e delle libertà altrui e la tutela dell'ordine pubblico. Non si riscontra, quantomeno finora, un esame puntuale per verificare se il richiamo a tali fini corrisponda a visioni stereotipate nel senso sopra indicato. Peraltro, la Corte Edu sembra restia a mettere in discussione l'appropriatezza dei fini richiamati dagli Stati convenuti anche laddove, a ben vedere, nascondano un potenziale contrasto con la Cedu. In tal senso, sembra deporre la valutazione del caso *S.H. c. Polonia* in cui il richiamo delle autorità interne alla difesa dell'ordine pubblico, utilizzato per negare il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero, era piuttosto legato all'esigenza di tutelare un modello tradizionale di famiglia<sup>63</sup>. Tuttavia, non si può non notare come, rispetto alle interferenze generate da norme volte a perseguire condotte estere, il fatto di accettare la legittimità dei fini solitamente richiamati dalle Parti potrebbe significare, più o meno in modo implicito, ammettere che il Paese terzo in cui è avvenuta *lecitamente* la GPA non vi sia adeguata tutela dei diritti dei minori e delle donne.

Maggiori dubbi possono essere sollevati con riferimento agli altri due requisiti, la conformità alla legge dell'interferenza che si produrrebbe nel caso concreto e la sua necessità in una società democratica.

Per quanto riguarda il primo, la Corte Edu è solita affermare come non sia sufficiente il fatto che l'interferenza nel godimento del diritto protetto dall'art. 8 Cedu sia prevista dalla legge e sia conforme a questa. Questo requisito minimo sarebbe evidentemente soddisfatto. Può tuttavia sussistere un problema con la "qualità" della legge che deve essere "clear, foreseeable, and adequately accessible"<sup>64</sup>. In altre parole, affinché vi sia conformità alla Cedu, è necessario che il legislatore abbia precisato il margine di discrezione riconosciuto alle autorità interne nell'applicazione della legge in questione e quali garanzie siano previste contro interferenze arbitrarie. Inoltre, i soggetti interessati devono poter prevedere ragionevolmente in quali circostanze, e a quali condizioni, le autorità potrebbero interferire<sup>65</sup>. Se si tenesse conto della generica formulazione con cui la proposta di legge italiana intende rafforzare il divieto di GPA, in particolare l'assenza delle specifiche necessarie per individuare dettagliatamente la condotta estera che avrebbe rilevanza penale per l'Italia, sembra porsi un problema di "qualità della legge" dal

59 V. art. 8, par. 2, Cedu: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui.

60 L'applicazione dell'art. 8 Cedu, attraverso la sola componente privata, andrebbe comunque dimostrata in base alle circostanze del caso concreto. Se è vero che sarebbe difficile argomentare la sua applicabilità in ragione del desiderio di genitorialità come parte integrante dell'identità individuale, è anche vero che la Corte ha già accettato che la scelta di avere o non avere figli ricade nell'ambito della vita privata (Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italia*, par. 163) con cui interferirebbe il divieto di accesso a tecniche di fecondazione assistita o alla stessa GPA. La Corte potrebbe pur inquadrare la questione sotto il profilo del diritto allo sviluppo personale, anch'essa parte integrante dell'art. 8 Cedu, o accettare che la misura contestata produca un impatto grave sull'identità "sociale" dei genitori intenzionali. Su questi aspetti della nozione di vita privata, Corte Edu, Grande Camera, 25 settembre 2018, *Denisov c. Ucraina*, par. 95 ss.

61 Cfr., in senso negativo, Corte Edu, *S.H. c. Polonia*, cit., par. 62 ss.

62 Ad es. Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 74.

63 In quel caso, poiché la Corte Edu si è concentrata sulla verifica dell'ammissibilità del ricorso, non era necessario pronunciarsi sul punto. Tuttavia, seppur indirettamente, non sembra mettere in discussione il fine: cfr. Corte Edu, *S.-H. c. Polonia*, cit., par. 24 e 74.

64 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022, p. 10 ss.

65 Si veda, proprio su questioni riproduttive, Corte Edu, 5 maggio 2022, *Lia c. Malta*, par. 63-69, relativo al rifiuto opposto alla ricorrente di accedere alla fecondazione assistita per motivi legati all'età. Nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato convenuto in materia, la Corte ha constatato una violazione dell'art. 8 Cedu per insufficiente qualità della legge, poiché questa veniva interpretata in modo incoerente dalle autorità amministrative e giudiziarie tale per cui veniva meno il requisito della prevedibilità.



punto di vista dell'art. 8 Cedu, e ciò indipendentemente dalla riconosciuta libertà degli Stati contraenti di vietare la GPA.

Con riferimento alla necessità di una siffatta interferenza, si ricorda come nella Cedu la nozione di necessità sia legata all'esigenza di agire rispetto a un "bisogno sociale imperativo" e, su tale base, la Corte è solita affermare che, nell'azione di contrasto alla GPA, gli Stati convenuti non siano andati al di là del loro margine di apprezzamento nel prevedere misure a tutela di valori che ritengono fondamentali per le loro società. Non essendo in gioco aspetti fondamentali dell'identità personale, come ad esempio l'orientamento sessuale, né interessi individuali cui occorre riconoscere una posizione di prevalenza, come imporrebbe ad esempio il coinvolgimento diretto di un minore, nel bilanciamento sottostante a tale valutazione tende finora a prevalere l'interesse collettivo legato alla criminalizzazione della GPA. Tuttavia, è anche vero che nessuna interferenza può essere ritenuta necessaria se non supera il test di proporzionalità<sup>66</sup>. Considerato lo specifico tipo di misura che l'Italia intende approvare, sarebbe opportuno chiedersi se tale requisito sia effettivamente soddisfatto. In effetti, nonostante il riconosciuto interesse collettivo di criminalizzare la GPA non verrebbe in discussione, l'estensione del reato a condotte estere appare problematica rispetto al fine perseguito dall'Italia almeno sotto tre profili. In primo luogo, nel caso in cui i cittadini italiani ricorrono alla GPA in uno Stato in cui essa è una pratica lecita attraverso modalità che, sulla base di quanto esaminato sopra, non comportano violazioni dei diritti umani, sia nei confronti dei fanciulli sia delle donne coinvolte, la loro perseguibilità attraverso le pene attualmente previste potrebbe risultare una misura che, determinando un grave impatto nella loro vita privata, andrebbe al di là di quanto necessario per perseguire l'interesse collettivo. In secondo luogo, non si comprende come la restrizione del campo di applicazione ai soli cittadini italiani, con ragionevoli dubbi sull'introduzione di trattamenti differenziati nei confronti di genitori intenzionali non italiani laddove questi siano presenti o si trasferiscano in Italia, sia adeguata rispetto allo scopo perseguito. In terzo luogo, e in connessione ai punti precedenti, l'estensione della giurisdizione italiana per fatti commessi all'estero in assenza di obblighi di cooperazione, sembra una misura sproporzionata per la difesa di valori tipicamente interni che trovano espressione nel divieto di GPA. Se ciò fosse vero, le interferenze cui sarebbero esposti i genitori intenzionali italiani sarebbe difficilmente giustificate.

Per quanto riguarda la componente familiare dell'art. 8 Cedu, è l'applicabilità della nozione di vita familiare a creare difficoltà. È noto che, secondo l'interpretazione consolidata della Corte Edu, la vita familiare deve essere già costituita, non potendo un legame familiare derivare dal rapporto, necessariamente emozionale, che si instaura tra i genitori intenzionali e i nascituri<sup>67</sup>. Benché non siano indispensabili legami biologici per lo sviluppo di un legame siffatto<sup>68</sup>, per la Corte potrebbe essere comunque necessario un periodo di tempo affinché esso si consolidi al fine di rientrare nell'ambito della Convenzione. Così, in uno degli ultimi ricorsi esaminati in materia di GPA, ossia *D.B. e altri c. Svizzera*, la stessa Corte ha ritenuto applicabile l'art. 8 Cedu sotto il profilo familiare alla situazione dei ricorrenti poiché, al pari di genitori biologici, essi si erano occupati (per anni) del figlio sin dalla nascita e avevano vissuto in una residenza comune in un modo che la loro vita in nulla si distingueva dall'ordinaria concezione di comunità familiare<sup>69</sup>. Se questo è vero, il bilanciamento di cui ha dato prova la Corte Edu nel valutare la necessità delle varie interferenze subite in questi casi ha finora tenuto conto del fatto che la costituzione della vita familiare era avvenuta attraverso una pratica vietata dagli Stati convenuti facendo così facilmente prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali. In altre parole, la Corte sembra pronta ad accettare che tali famiglie, in ragione del metodo di procreazione intrapreso e diversamente dalle famiglie costituite tradizionalmente<sup>70</sup>, debbano far fronte a serie difficoltà pratiche e giuridiche senza che ciò comporti una responsabilità per le Parti sotto il profilo dell'art. 8 Cedu. In tal senso, sempre in merito alla posizione dei genitori intenzionali italiani a seguito della riforma in discussione, sembra più diffici-

66 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022, p. 13 ss.

67 La conclusione del noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, deciso della Grande Camera della Corte Edu il 24 gennaio 2017 a favore dello Stato convenuto, si basava proprio sull'inesistenza di una vita familiare tra i ricorrenti e il fanciullo nato tramite GPA in Russia con l'evidente conseguenza che l'affidamento ai servizi sociali di quest'ultimo non comportava, nel caso concreto, un danno grave o irreparabile nei suoi confronti. Sul caso, S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015 p. 202 ss.; A. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le 'famiglie di fatto'*, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, pp. 78 ss.

68 Ad es., Corte Edu, *Gas e Dubois c. Francia*, cit., par. 37.

69 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 44-45. Cfr. anche Corte Edu, *Mennenson c. Francia*, cit., par. 44 ss., in cui la Corte afferma che tra i genitori intenzionali e le figlie esisteva una vita familiare.

70 In tal senso, anche C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2021, p. 253 ss.

le sollevare profili di responsabilità con riferimento alla componente familiare dell'art. 8 Cedu rispetto a quanto potrebbe accadere sotto il profilo della loro vita privata. È tuttavia vero che le considerazioni precedenti sulla difficoltà di giustificare l'interferenza cui sarebbero esposti i genitori intenzionali potrebbero ben applicarsi anche con riferimento all'interferenza nella vita familiare *se* già costituita.

Alla luce della più ampia giurisprudenza in materia di famiglia, si può invece ragionevolmente affermare che, laddove un eventuale procedimento a carico dei genitori intenzionali italiani comporti la separazione dai figli nati tramite GPA all'estero, con i quali questi ultimi abbiano già costituito una vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu, la tutela offerta dalla Convenzione risulta certamente più ampia. In questi casi, il bilanciamento andrebbe operato tenendo conto del principio del preminente interesse del minore che, salvo in situazioni eccezionali di danno grave o irreparabile per i fanciulli coinvolti, risulta contrario alla separazione<sup>71</sup>. Infatti, alla luce degli obblighi positivi affermati dalla Corte Edu come parte essenziale dell'art. 8 Cedu, la separazione costituirebbe un limite invalicabile in quanto misura eccedente la discrezionalità di cui godono gli Stati nel difendere il proprio ordine pubblico<sup>72</sup>.

In breve, nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto all'Italia, l'interferenza nel godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu che potrebbe subire il genitore intenzionale italiano come conseguenza dell'introduzione del "nuovo" reato sembra difficile da giustificare secondo i parametri convenzionali. A ciò occorre aggiungere, per completezza, come sia dubbia in questo contesto l'utilità del divieto di discriminazione *ex art. 14*, a partire dai problemi di applicazione legati al suo carattere non autonomo<sup>73</sup>. Posto che la Corte sia disposta a valutare un eventuale ricorso in materia *anche* sotto il profilo dell'art. 14 Cedu<sup>74</sup>, la proposta di legge potrebbe sollevare qualche perplessità. Da un lato, la sua formulazione introduce una chiara distinzione con riferimento alla nazionalità e andrebbe giustificata. Dall'altro, se si dimostrasse come dalla sua applicazione un gruppo specifico di persone accomunate da una caratteristica protetta, ad esempio genitori same-sex, sia di fatto più esposto al rischio di condanna per aver fatto ricorso alla GPA all'estero si potrebbe sollevare un problema di discriminazione indiretta che difficilmente troverebbe adeguata giustificazione<sup>75</sup>.

### 3.3. Possibili implicazioni del reato "universale" sulla tutela dei fanciulli alla luce del caso *C. c. Italia*

Appare, infine, necessario chiedersi quale possibile effetto, quanto meno indiretto, possa avere il "nuovo" divieto sulla vita privata e/o familiare dei minori nati tramite GPA. A tal fine, è utile far riferimento a una delle ultime pronunce sul tema che vede proprio l'Italia come Stato convenuto poiché mostra, alla luce del tipo di bilanciamento di interessi ricordato sopra, quali obblighi gli Stati contraenti devono rispettare nei confronti di questi minori nonostante la discrezionalità di cui godono<sup>76</sup>.

Specificatamente, il ricorso *C. c. Italia* trae origine dal rigetto della richiesta di riconoscimento del legame di filiazione tra la ricorrente, ossia la minore nata nel 2019 tramite GPA in Ucraina, e i suoi genitori, padre biologico e madre sociale, come indicato nell'atto di nascita rilasciato dalle autorità ucraine. Le conseguenze per la ricorrente erano particolarmente serie. Oltre a varie difficoltà quotidiane in relazione a scuola e sanità, la minore non aveva potuto acquisire la cittadinanza italiana risultando, pertanto, apolide. Le autorità italiane avevano inizialmente motivato l'impossibilità di trascrizione integrale dell'atto di nascita ucraino nei registri dello stato civile con la sua contrarietà all'ordine pubblico. Tuttavia, anche la successiva richiesta di trascrizione parziale, volta a ottenere il riconoscimento del solo legame di filiazione con il padre biologico, veniva rigettata poiché, a loro avviso, si sarebbe per tale via aggirato il divieto di GPA imposto in Italia. I giudici interni che si erano pronunciati sul ricorso riguardante l'iniziale richiesta di trascrizione dell'atto di nascita ucraino ritenevano che, nonostante occorres-

71 In tal senso si esprime anche la *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 43.

72 V. ad esempio Corte Edu, *C. c. Italia*, cit., discusso oltre, par. 3.3. Sotto questo profilo andrebbe valutata anche la nota decisione della Procura di Padova del giugno 2023 di impugnare 33 atti di nascita, registrati a partire dal 2017, per via dell'indicazione come genitori di due mamme.

73 Sul tema, M. Balboni (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, 2017.

74 Per tutti i riferimenti sull'approccio della Corte Edu, giurisprudenziali e di dottrina, sia consentito rinviare a C. Danisi, *Tutela dei diritti umani*, op. cit., p. 85 ss.

75 La possibile esistenza di una discriminazione diretta sulla base dell'orientamento sessuale, seppur con riferimento alla questione del riconoscimento del legame di filiazione, è invece già stata esclusa dalla Corte Edu in *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 84.

76 Corte Edu, 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, cit.

se tenere conto del principio del preminente interesse del minore, il bilanciamento di interessi non poteva comunque condurre a un esito che ignorasse l'incompatibilità esistente tra la GPA e l'ordine pubblico italiano<sup>77</sup>. Per questioni formali, non ritenevano altresì possibile procedere con la trascrizione parziale dell'atto di nascita, costringendo il (solo) padre biologico ad avviare nuovamente il procedimento amministrativo e, ottenuto l'ennesimo rigetto, a impugnarne l'esito dinanzi al giudice competente. Come ben evidenziato dalla Corte Edu, a causa delle scelte del legislatore italiano e della loro applicazione, la ricorrente è stata posta in una situazione di grave incertezza giuridica cui gli stessi genitori non hanno potuto porre rimedio dopo quattro anni dal suo arrivo in Italia.

Mentre l'ingerenza subita dalla minore è stata ritenuta, come di consueto, conforme alla legge e volta a perseguire fini legittimi per via della volontà dell'Italia di vietare una pratica ritenuta lesiva della donna gestante e dei minori, per la Corte Edu essa non può comunque considerarsi necessaria in una società democratica. Infatti, quando si tratta di questioni relative alla filiazione, le Parti devono dare prova di grande diligenza e fare quanto possibile per limitare al massimo una situazione di incertezza che può nuocere il fanciullo. In tal senso, l'art. 8 Cedu impone anche obblighi positivi agli Stati contraenti, a partire dal dovere di introdurre un "quadro normativo adeguato" che comprenda procedure caratterizzate da *effettività e celerità* e la cui applicazione tenga conto dell'interesse del minore coinvolto senza eccessivi formalismi e promuova la cooperazione tra le parti in causa<sup>78</sup>. Per la Corte Edu, non potevano essere tali i mezzi che la ricorrente ha avuto a disposizione in Italia per ottenere il riconoscimento della sua relazione con (almeno) il padre biologico. Da un lato, tutte le autorità interne si sono limitate a richiamare l'ordine pubblico italiano senza effettuare un vero bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco e senza indicare mezzi alternativi tramite cui la ricorrente potesse ottenere il riconoscimento richiesto. Dall'altro, non può essere ritenuta celere una procedura che richiede "oltre quattro anni" per determinare lo status giuridico di un minore.

Nel constatare una violazione dell'art. 8 Cedu da parte dell'Italia, pur solo nei confronti della minore<sup>79</sup>, la Corte Edu sembra adottare un approccio che mette sempre più in discussione il modo con cui le Parti esercitano la loro discrezionalità in materia di GPA. Se il punto centrale riguarda l'esistenza di un quadro normativo "adeguato", come auspicato in *C. c. Italia*, è molto dubbio che il nuovo reato quasi "universale" possa soddisfare tale requisito. Anzi, se la nuova disposizione normativa venisse utilizzata a livello interno per negare ogni possibilità di bilanciamento con gli interessi del minore o per rafforzare il peso da attribuire agli interessi collettivi, non si capirebbe come essa possa contribuire a dotare l'Italia di procedure effettive e celeri affinché un minore tramite GPA all'estero sia in grado di ottenere il riconoscimento del suo rapporto con i genitori intenzionali, se non almeno con il genitore biologico. Del resto, già la nostra Corte Costituzionale nella sentenza 33 del 2021 ha avvertito il legislatore che la negazione di qualsiasi bilanciamento, alla luce delle circostanze specifiche del minore, al fine di disincentivare, del tutto legittimamente, il ricorso alla GPA avrebbe come conseguenza proprio ciò cui il nuovo reato a pretesa universale di fatto tende: "strumentalizzare la persona del minore" per interessi collettivi<sup>80</sup>. A ben vedere, un divieto più esteso rischia di ritardare ulteriormente, se non ostacolare, decisioni a tutela del minore nato tramite GPA all'estero, accrescendo la sua situazione di insicurezza giuridica con le implicazioni in termini di responsabilità internazionale dell'Italia per violazione della Cedu.

In breve, anche dalla prospettiva degli obblighi positivi, l'attività interpretativa della Corte Edu conferma che il rispetto della Cedu impone soluzioni che non siano basate sulla "automatica" prevalenza del limite dell'ordine pubblico, baluardo all'origine e alla base del rafforzamento del divieto di GPA in Italia. Come affermato in *D.B. c. Svizzera*, le autorità statali devono, alla luce delle circostanze specifiche del caso, "*faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant*"<sup>81</sup>. Tale principio sembra doversi applicare nei procedimenti a

77 V. in tal senso Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 8 maggio 2019 n. 12193. Per una recente sintesi sugli sviluppi interni, A. Davì, A. Zanobetti, *Omogenitorialità e continuità internazionale degli status*, in S. Forlati, P. Franzina, A. Annoni (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 761 ss.; C. Campiglio, *Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., p. 61 ss.; F. Marongiu Bonaiuti, *The Evolution of the Position of Italian Case Law Concerning Public Policy in Transnational Family Matters, in View of Some Recent Judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 998 ss.

78 Corte Edu, *C. c. Italia*, cit., par. 59 e 68.

79 La Corte Edu non giunge alla stessa conclusione rispetto al riconoscimento della relazione con la madre intenzionale poiché, essendo possibile per quest'ultima chiedere l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 della legge 184 del 1983, non ha riscontrato "un'assoluta impossibilità" in tal senso: cfr. *ibid.*, par. 69-79.

80 Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.1 del *Considerando in diritto*.

81 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 86.

tutela della relazione del minore con il genitore biologico e, nei termini qui precisati, con il genitore sociale<sup>82</sup>, senza alcuna differenza rispetto al luogo in cui questi abbiano fatto ricorso alla GPA. In tal senso, sembra ragionevole affermare che un divieto più esteso non possa modificare il bilanciamento che si impone alle autorità interne nei casi riguardanti minori nati tramite GPA.

#### 4. Brevi riflessioni su reato “universale” e garanzie previste dal diritto UE

Per completare l'indagine che questo contributo si propone, sembra utile verificare le ripercussioni che il nuovo reato proposto in Italia possa avere sull'osservanza del diritto dell'Unione europea. Come è noto, l'Unione non tutela solo i diritti fondamentali ma prevede garanzie specifiche per i suoi cittadini, siano essi lavoratori o meno. Abbiamo già indicato la posizione delle principali istituzioni sul tema, talora ambivalente per la diversa sensibilità degli Stati membri sulla GPA ma, soprattutto, per le limitate competenze attribuite all'Ue in materia di famiglia<sup>83</sup>. Anche per questo motivo, la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea non ha avuto modo di pronunciarsi direttamente sulla contrarietà della GPA come pratica o dei divieti interni al diritto Ue, se non per aspetti legati al trattamento della lavoratrice che ricorre a tale pratica<sup>84</sup>.

Almeno due profili appaiono qui meritevoli di essere brevemente discussi poiché incidono, direttamente o indirettamente, sulle garanzie offerte dal diritto dell'Unione alla persona che ricorre alla GPA in un Paese diverso dal proprio. Il primo è relativo alle libertà fondamentali del cittadino Ue (par. 4.1). Il secondo riguarda la cooperazione in materia penale al fine di testare le conseguenze in termini di effettività della nuova norma italiana nei rapporti con gli altri Stati membri Ue (par. 4.2).

##### 4.1. Tutela diretta e indiretta del cittadino dell'Unione che ricorre alla GPA all'estero

Seppur da una prospettiva che sembra avere poca attinenza con il tipo di divieto in esame, quella del mercato interno e delle libertà fondamentali su cui esso si regge, la perseguibilità del cittadino italiano all'interno dell'Ue potrebbe potenzialmente entrare in contrasto, diretto, con la libertà di circolazione dei servizi e, indiretto, con la libertà di circolazione dei cittadini Ue.

Sotto il primo profilo, si potrebbero porre problemi tanto rispetto all'erogazione di servizi quanto alla loro fruizione. Considerato che la condanna della GPA come pratica *a priori* lesiva dei diritti fondamentali non costituisce, attualmente, un valore condiviso all'interno dell'Unione, non si ritrovano eguali divieti in tutti gli Stati membri. Ciò significa che, laddove sia considerata lecita o non sia prevista una disciplina specifica in materia o ancora il divieto sia limitato al solo ricorso alla GPA<sup>85</sup>, potrebbe sussistere la possibilità per ogni cittadino europeo di intraprendere attività economiche che includano la prestazione di servizi connessi con tale pratica. Si pensi, ad esempio, alle cure e ai servizi sanitari o alle società di intermediazione. Pur esercitando libertà garantite dal diritto Ue, con il “nuovo” divieto il cittadino italiano che si stabilisca in un Paese che considera legittima la GPA e offra simili servizi rischierebbe di essere perseguibile in Italia poiché di fatto promuove lecitamente all'estero la maternità surrogata, fattispecie compresa nel divieto di cui al già richiamato art. 12, comma 6°, della legge 19 febbraio 2004. Come è già stato rilevato altrove<sup>86</sup>, è vero che limitazioni alla libera circolazione dei servizi sono ammesse dallo stesso diritto dell'Unione quando sono adottate per tutelare la dignità umana o i minori

82 Corte Edu, *K.K. e altri c. Danimarca*, cit., par. 71-77, laddove la prevalenza della difesa dell'ordine pubblico decisa dal legislatore rendeva assolutamente impossibile al genitore sociale di accedere alla procedura di adozione dei figli del coniuge, nati tramite GPA in Ucraina, per via del pagamento corrisposto alla donna gestante, con le ripercussioni in termini di identità ai danni dei minori.

83 *Ex multis*, S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; F. Deana, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020.

84 Corte di giustizia Ue, 18 marzo 2014, causa C-167/12, *D.*, e causa C-363/12, *Z.*, su cui M. Balboni, *Surrogazione: per la Corte di Giustizia non c'è diritto al congedo di maternità*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

85 Cfr., rispetto agli Stati membri Ue, Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa, *Surrogacy*, cit..

86 M.C. Baruffi, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., pp. 19 ss.



senza, peraltro, dover essere condivise da tutti gli Stati membri<sup>87</sup>. Tuttavia, nonostante il rispetto dovuto all'identità nazionale (art. 4 del Trattato sull'Unione europea – TUE), non è possibile sollevare semplicemente il limite dell'ordine pubblico per introdurre siffatti ostacoli. Occorre, invece, giustificare eventuali limitazioni in termini di necessità e di proporzionalità rispetto agli interessi pubblici che si intendono perseguire, aspetti che non sembrano scontati alla luce dell'esame condotto nella prima parte di questo contributo sulla possibile compatibilità tra GPA e diritti umani, i quali trovano protezione nella stessa Unione. Simile osservazione può essere avanzata rispetto alla libertà di fruizione dei servizi all'interno dell'Unione. A tal proposito, appare significativo un ricorso pregiudiziale riguardante la libertà dei servizi e il divieto di aborto in Irlanda esaminato dalla Corte di Giustizia Ue già nel 1991<sup>88</sup>. Dopo aver affermato che l'interruzione di gravidanza rientrava nella nozione di servizi coperta dall'allora diritto comunitario (art. 60 del Trattato Cee), quale attività medica ritenuta lecita in altri Stati membri, la CGUE ha di fatto ritenuto *a contrario* come un eventuale divieto di diffondere pubblicità commerciale, se diffusa da o per conto di operatori economici, potesse costituire un ostacolo alla libera circolazione dei servizi. Se tale ragionamento trovasse applicazione anche in materia di GPA, un divieto così ampio come quello previsto in Italia potrebbe ostacolare la libertà dell'operatore economico italiano stabilito in un altro Stato membro di offrire servizi ritenuti, in tale giurisdizione, leciti<sup>89</sup> ma anche il libero godimento degli stessi servizi da parte del (effettivo o potenziale) genitore intenzionale italiano.

Quando entrano in gioco altri valori tutelati dalla stessa Unione, come i diritti del fanciullo (art. 3 TUE e art. 24 della Carta dei diritti fondamentali Ue – CDFUE), la questione è più chiara date le pronunce della CGUE in materia<sup>90</sup>. Infatti, sotto il profilo della libera circolazione dei cittadini europei, anche quando gli Stati membri agiscono in settori di loro competenza esclusiva devono comunque rispettare il diritto dell'Unione<sup>91</sup>. In tal senso, quest'ultimo sembra offrire sufficienti garanzie indirette ai genitori intenzionali, quantomeno con riferimento agli effetti del ricorso alla GPA e al rapporto con i figli, purché la filiazione sia stata validamente stabilita. Utilizzando il caso *V.M.A. Pancharevo* per chiarire il punto, si ricorda che quel rinvio pregiudiziale nasce nel quadro di un procedimento avviato in Bulgaria da due donne, una cittadina bulgara e una britannica, alle quali le autorità avevano negato un certificato di nascita che includesse entrambe come madri della figlia nata tramite fecondazione eterologa in Spagna. Il rifiuto opposto dalle autorità bulgare era sostanzialmente motivato dalla difesa dell'identità nazionale<sup>92</sup>, basata sulla promozione di un modello di famiglia "tradizionale" che non lascia spazio a matrimoni tra persone dello stesso sesso o al rilascio di certificati di nascita indicanti due madri al pari della Spagna. Poiché la fanciulla interessata era cittadina europea<sup>93</sup>, attraverso la cittadinanza bulgara acquisita per *ius sanguinis*, emergeva così un contrasto tra l'esercizio dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione e la difesa dell'identità nazionale di uno Stato membro.

Per la Corte di giustizia Ue si tratta, in realtà, di un finto contrasto perché né l'identità nazionale né l'ordine pubblico di uno Stato membro sono scalfiti dal riconoscimento della filiazione stabilita *lecitamente* in un altro Stato membro a favore di una coppia dello stesso sesso. Infatti, questo riconoscimento non obbliga uno Stato membro a introdurre il matrimonio tra persone same-sex o dare loro accesso a forme di genitorialità, poiché esso è solo "funzionale" all'esercizio delle libertà dell'Unione. Queste ultime possono essere limitate solo in presenza di una *reale e grave minaccia* a un interesse fondamentale della società e non da generici richiami all'ordine pubblico<sup>94</sup>. Anche quando ciò accade, qualsiasi restri-

87 Si veda Corte di giustizia Ue, 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 33 ss.

88 Corte di giustizia Ue, 4 ottobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri*, causa C-159/90, specie punti 25 e 32.

89 È significativo come la Corte evidenzi che non spetti a essa "sostituire la sua valutazione a quella del legislatore degli Stati membri in cui le attività di cui trattasi sono lecitamente praticate", *ibid.* punto 20.

90 Corte di giustizia Ue, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, su cui, con posizioni diverse, O. Feraci, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionale-privatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss. e F. Maroli, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'obbligo degli Stati membri di riconoscere il rapporto di filiazione tra una minore e due madri*, in *SIDBlog*, gennaio 2022; Corte di giustizia Ue, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

91 Corte di giustizia Ue, 5 giugno 2018, causa C-672/16, *Coman e a.*, punto 38.

92 Corte di giustizia Ue, *Pancharevo*, *cit.*, punto 23.

93 Anche nel caso in cui il minore non sia cittadino Ue, secondo la Corte di giustizia Ue godrebbe comunque dei diritti connessi alla libertà di circolazione in quanto "deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadina dell'Unione, ai sensi della direttiva 2004/38", *ibid.*, punto 68.

94 *Ibid.*, punti 55-57.



zione deve comunque risultare conforme ai diritti protetti dalla CDFUE, quali il diritto al rispetto per la vita familiare e i diritti del minore (artt. 7 e 24). Ciò comporta che, quando i cittadini europei circolano e risiedono all'interno dell'Unione, devono poter essere in grado di svolgere una "effettiva" vita familiare che, letta alla luce del preminente interesse del minore, del principio di non discriminazione e del diritto a intrattenere rapporti con entrambi i genitori, può includere due mamme<sup>95</sup>. Se il riconoscimento è funzionale all'esercizio della libertà di circolazione, tutti gli Stati membri devono quindi trattare la relazione tra i genitori e i figli così come identificata nell'atto di nascita rilasciato in un altro Stato membro senza pretendere, in sostanza, ulteriori dimostrazioni e indipendentemente dal tipo di legame biologico o sociale<sup>96</sup>.

Nonostante questa pronuncia non riguardi specificamente minori nati tramite GPA, pare possibile applicare gli stessi principi alla situazione di cittadini europei che ricorrono – lecitamente – a tale pratica ed esercitano poi la libertà di circolazione all'interno dell'Unione. Si dovrebbero ammettere, altrimenti, distinzioni tra minori in ragione del metodo di procreazione degli stessi con l'evidente contrasto con il principio del preminente interesse del minore, il quale è stato invece valorizzato dalla CGUE nel bilanciamento con l'esigenza di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri. Non solo. Alla luce dell'analisi condotta nella prima parte di questo contributo, posto che il ricorso alla GPA avvenga in modo lecito, essa non sembra poter essere eretta a una "reale" e "grave" minaccia per un interesse fondamentale della società tale da giustificare una restrizione alle libertà fondamentali Ue, soprattutto se tale limitazione comporta un'interferenza ingiustificata nella vita familiare del fanciullo e di entrambi i genitori intenzionali in contrasto con la CDFUE. Del resto, come precisato dalla stessa Corte di giustizia Ue, se utilizzata per giustificare una restrizione, la nozione di ordine pubblico non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro<sup>97</sup>. Se questo è vero, pare ragionevole affermare che il "nuovo" divieto di GPA non può avere l'effetto di mettere in discussione l'obbligo delle autorità italiane di riconoscere la relazione familiare, pur stabilita da un cittadino italiano in uno Stato terzo tramite GPA, quando essa è stata già accertata in un altro Stato membro<sup>98</sup>. Ciò anche per evitare discriminazioni tra cittadini di altri Stati membri che vedrebbero comunque riconosciuta tale relazione alle condizioni menzionate. Del resto, come dice la Corte di giustizia Ue proprio in *Pancharevo*<sup>99</sup>, ci si può avvalere dei diritti collegati alla cittadinanza europea anche nei confronti del proprio Stato membro.

Pur tenendo conto del rispetto dovuto dall'Unione all'identità nazionale degli Stati membri e salvo l'accettazione di visioni stereotipate della GPA come pratica incompatibile con la tutela della dignità individuale, la potenziale perseguibilità del cittadino italiano per aver fatto ricorso alla GPA all'estero rischia di essere un ostacolo anche alla libera circolazione del genitore intenzionale italiano all'interno dell'Unione né può mettere in discussione il bilanciamento di interessi già operato a tutela del fanciullo e della sua famiglia nel quadro Ue.

#### 4.2. Reato "universale" e cooperazione penale

Senza entrare nel dettaglio della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, la quale, pur tuttora limitata<sup>100</sup>, risulta rafforzata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>101</sup>, alcune brevi considerazioni sembrano infine pertinenti.

Come afferma l'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), tale cooperazione è fondata "sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" in alcuni settori definiti dal trattato stesso (art. 82, par. 2, e art. 83 TFUE). Infatti, il Parlamento europeo e il

95 Ibid., punti 58-65.

96 Ibid., punto 69.

97 Ad es., Corte di giustizia Ue, *Coman e a.*, cit., punto 44. Sulla possibilità di un simile approccio nel caso della maternità surrogata, A. Pisapia, *Maternità surrogata versus libera circolazione nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 187 ss.

98 Ciò non significa che lo stesso principio debba essere applicato per regolare le situazioni che ricadono nel solo ambito del diritto internazionale privato: v. O. Feraci, *op. cit.*, p. 573 ss. Tuttavia, in tal caso, si applicherebbero comunque le tutele previste a livello Cedu come discusso nella sezione 3, *supra*.

99 Corte di giustizia Ue, *Pancharevo*, cit., punto 42.

100 S. Montaldo, *op. cit.*; M. Luchtman, *Transnational Law Enforcement Cooperation – Fundamental Rights in European Cooperation in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 14-45.

101 Cfr. il capo 4 TFUE, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 26 ottobre 2012, C 326/79.

Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi caratterizzate da transnazionalità, tra cui la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori. In questi specifici settori sono state in effetti adottate apposite direttive<sup>102</sup>, ai sensi delle quali gli Stati membri possono, in taluni casi, stabilire la propria giurisdizione se l'autore del reato è un loro cittadino anche se il fatto è stato commesso all'estero. Ciononostante, non emergono in tali strumenti profili relativi al contrasto su basi comuni della GPA, né questa pratica, quanto meno allo stato attuale, rientra nella definizione dei reati relativi alla tratta o all'abuso o allo sfruttamento sessuale dei minori. Non vi sono, al momento, nemmeno elementi che suggeriscono l'intenzione che il Consiglio, secondo quanto prevedono i Trattati, di identificare nella GPA un'altra materia su cui intervenire al pari dei reati menzionati. Salvo modifiche che potrebbero intervenire con l'introduzione di un riferimento alla GPA nella definizione di "tratta" nella proposta di modifica della direttiva attualmente in vigore<sup>103</sup>, non si ritrovano pertanto obblighi specifici derivanti dal diritto dell'Unione che richiedono agli altri Stati membri di collaborare con l'Italia, una volta approvato in via definitiva il reato (quasi) "universale", per assicurare alla giustizia genitori intenzionali italiani che, dopo aver fatto ricorso alla GPA in uno Stato terzo, siano presenti nel loro territorio.

Pensando proprio a questo scenario, si può tentare di verificare l'eventuale ricorso allo strumento che il Parlamento europeo ha definito come il più "emblematico" per il reciproco riconoscimento in materia penale<sup>104</sup>, ossia il mandato di arresto europeo<sup>105</sup>. Nel tentativo di introdurre un meccanismo di cooperazione automatico, in grado di assicurare procedure transnazionali di consegna rapide ed effettive, il legislatore dell'Unione aveva introdotto già nel 2002 la possibilità per uno Stato membro di emanare una decisione giudiziaria in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona che, tra le altre ipotesi, è ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale. A tal fine, all'art. 2 della relativa decisione quadro, sono stati identificati una serie di reati ritenuti particolarmente gravi rispetto ai quali lo Stato di esecuzione del mandato non deve verificare se, anche nel suo ordinamento, la condotta è considerata penalmente rilevante. L'elenco comprende fattispecie come la tratta di essere umani o lo sfruttamento sessuali dei minori o reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte Penale Internazionale ma, nuovamente, non la GPA.

Se ciò conferma che non vi sia un'opinione condivisa sull'esigenza di facilitare la repressione di questa pratica, il campo di applicazione di tale strumento permetterebbe comunque alle autorità italiane di farvi ricorso. Infatti, sempre ai sensi dell'art. 2 della decisione quadro, il mandato può essere emesso per fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi, ipotesi nella quale rientra il caso della GPA alla luce delle pene attualmente previste in Italia. Vi sono, tuttavia, alcune ragioni per ipotizzare che le consegne automatiche dei genitori intenzionali, nei cui confronti potrebbe essere esercitata l'azione penale, non siano né semplici né rapide. Ciò al di là delle garanzie procedurali di cui tali genitori godrebbero, ossia quelle già previste per tutte le persone interessate da un mandato di arresto europeo.

In primo luogo, in virtù della possibilità di verificare la doppia incriminazione, lo Stato membro in cui si trovano i genitori intenzionali italiani interessati dall'eventuale mandato d'arresto emesso dall'Italia può rifiutarsi di darvi esecuzione se la GPA non costituisce un reato nel suo ordinamento (art. 2, par. 4). In secondo luogo, anche quando la doppia incriminazione fosse verificata, al di là di altre ipotesi previste all'art. 4 della stessa decisione quadro, potrebbe assumere particolare rilevanza ai nostri fini la facoltà per lo Stato di esecuzione di negare la consegna se il mandato d'arresto europeo riguarda reati che sono stati commessi *al di fuori del territorio dello Stato membro emittente*, ove la sua legge non consenta l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio (art. 4, par. 7, lett. b). Se ciò è corretto, pare possibile affermare che, anche qualora le competenti autorità italiane dovessero attivare questo meccanismo rispetto a uno Stato membro che criminalizzi la GPA, la sua esecuzione potrebbe

102 Si tratta delle Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (rispetto alla giurisdizione v. art. 10), e della Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (rispetto alla giurisdizione, v. art. 17).

103 Secondo notizie diffuse dalle istituzioni europee a fine gennaio 2024, sembra però essere stato raggiunto un accordo di massima per includere il "*trafficking for exploitation of surrogacy*", volto a criminalizzare coloro che "*coerce or deceive women into acting as surrogate mothers*": cfr. [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/01/23/fight-against-human-trafficking-council-and-european-parliament-strike-deal-to-strengthen-rules](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/01/23/fight-against-human-trafficking-council-and-european-parliament-strike-deal-to-strengthen-rules).

104 Parlamento europeo, Risoluzione sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, 20 gennaio 2021, doc. 2019/2207(INI), considerando A.

105 Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 18 luglio 2002, L 190/1.

comunque non essere automaticamente garantita vista la posizione isolata dell'Italia in materia. In terzo luogo, da un punto di vista più generale, è vero che, ai sensi dell'art. 1 della decisione quadro, gli altri Stati membri devono dare esecuzione a ogni mandato di arresto europeo e che il rifiuto va inteso come un'eccezione da intendere in senso restrittivo, come ha ben evidenziato la Corte di giustizia Ue<sup>106</sup>. Tuttavia, gli Stati membri sono pur sempre vincolati al rispetto dei diritti fondamentali protetti dall'Unione. Ciò significa, da un lato, che lo Stato emittente è tenuto a verificare se effettivamente sia necessario ricorrere a tale misura alla luce del suo impatto sui diritti delle persone ricercate e della sua famiglia<sup>107</sup> e, dall'altro, che gli Stati di esecuzione possono negare la consegna, oltre le ipotesi già previste, anche in circostanze eccezionali sulla base di considerazioni fondate sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nel caso concreto<sup>108</sup>. Infatti, pur essendo vero come dice la Corte di giustizia Ue che la fiducia reciproca tra gli Stati membri si basa sostanzialmente sull'idea che tutti condividono gli stessi valori e rispettano i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione<sup>109</sup>, è poi necessario verificarne concretamente l'effettiva osservanza laddove venisse in gioco il principio del preminente interesse del minore, riconosciuto dall'art. 24 della CDFUE<sup>110</sup>. Nel caso di un mandato di arresto europeo riguardante genitori intenzionali che hanno già stabilito un legame familiare con figli nati tramite GPA, tale interesse sembra imporre la verifica dell'eventuale impatto sui figli e la disponibilità in Italia di un quadro normativo in grado di assicurare in modo rapido ed effettivo il rispetto dell'identità degli stessi. Se questo è vero, lo Stato membro interessato potrebbe essere tenuto a negare la cooperazione richiesta proprio per tutelare la vita privata, o familiare ove già costituita, dei minori coinvolti nel caso. In una dinamica circolare, le garanzie esaminate nelle sezioni precedenti di questo contributo potrebbero avere un impatto anche nell'ambito della cooperazione penale tra Stati membri Ue, talora agevolandola altre volte ostacolando la in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto.

In estrema sintesi, anche da queste prime riflessioni sugli spazi di cooperazione penale tra gli Stati membri Ue, l'effettiva applicazione di un reato di GPA a pretesa (quasi) universale risulta problematica perfino nel quadro dell'Unione, salvo sviluppi futuri<sup>111</sup>.

## 5. Osservazioni conclusive

L'analisi condotta in questo contributo intendeva verificare se il "nuovo" reato, non propriamente universale, di GPA che l'Italia intende introdurre si scontri con garanzie internazionali poste a tutela di ogni individuo, specie a livello regionale europeo.

Innanzitutto, si è dimostrato che l'estensione della giurisdizione italiana in materia di GPA, così come prospettata nella proposta di legge approvata alla Camera, non trova riscontro a livello internazionale, né risulta giustificata dalla comparazione con quelle fattispecie, compresi i c.d. crimini internazionali, rispetto alle quali è emerso il principio di giurisdizione universale in via consuetudinaria o pattizia. Seppur non sia in discussione la libertà del singolo Stato di vietare la GPA, tali divieti sembrano spesso essere basati su visioni stereotipate perché, come dimostrano i lavori sul tema disponibili in seno alle NU, tale pratica non è ritenuta *a priori* incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali. Per questa ragione, emerge forte l'esigenza di regolamentarne il ricorso affinché questo possa avvenire in conformità alla normativa sui diritti umani applicabile al caso concreto.

In secondo luogo, nonostante il margine di apprezzamento di cui anche la stessa Italia gode con specifico riferimento alla Cedu, un divieto di GPA più o meno esteso non può comunque comportare come conseguenza indiretta l'impossibilità assoluta di tutelare l'identità dei minori nati tramite GPA

106 Ad es., Corte di giustizia Ue, 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, punto 41.

107 Parlamento europeo, Risoluzione sull'attuazione del mandato d'arresto europeo, cit., punto 9.

108 L. Mancano, *The Systemic and the Particular in European Law – Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *German Law Journal*, 2023, p. 965 ss.

109 Corte di giustizia Ue, *Minister for Justice and Equality*, cit., punto 36.

110 Si veda, a tal proposito, l'interpretazione dell'art. 3 da parte del relativo Comitato quando i genitori sono ritenuti responsabili di aver commesso un reato: *General Comment No. 14*, 29 maggio 2013, UN doc. CRC/C/GC/14, par. 69, come ribadito anche nelle raccomandazioni della *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safe-guards*, cit., par. 79: "it must be kept in mind that criminalization will not normally be in the best interests of the child".

111 Lo stesso Parlamento europeo nella sua risoluzione sull'attuazione del mandato di arresto europeo, cit., par. 14, ha invitato a valutare l'inclusione di altri reati ma, ancora una volta, nessuna menzione è stata dedicata alla GPA.

all'estero, negando cioè loro il riconoscimento della relazione con entrambi i genitori intenzionali. Allo stesso modo, a fronte di famiglie già costituite e riconosciute, l'applicazione del "nuovo" divieto non può tantomeno determinare il disconoscimento di legami familiari rispetto ai quali si impongono obblighi di tutela, anche di natura positiva, ex art. 8 Cedu. Infine, qualora tale disposizione convenzionale risultasse applicabile, quantomeno attraverso la sua componente privata, non pare esclusa una tutela diretta anche a favore del genitore intenzionale italiano che, per aver fatto ricorso alla GPA all'estero, verrebbe perseguito in forza della nuova disposizione di legge. Infatti, l'interferenza che si genererebbe non sembra trovare adeguata giustificazione se si tiene conto che, ai sensi del paragrafo 2, art. 8 Cedu, i criteri inerenti la "qualità della legge" e la proporzionalità di siffatta interferenza sarebbero difficilmente soddisfatti. In sintesi, la scelta dell'attuale legislatore non risolve ma, anzi, esaspera la contraddizione tuttora esistente tra la volontà interna di reprimere il ricorso alla GPA e gli obblighi internazionali assunti dall'Italia non solo a protezione dei minori nati tramite GPA ma, come si è visto, degli stessi genitori intenzionali.

Infine, anche dal punto di vista del diritto dell'Unione emergono dubbi sulla compatibilità di un reato a pretesa "universale" con le libertà fondamentali da esso tutelate. Esso sembra creare ostacoli, di difficile giustificazione, all'esercizio delle libertà di circolazione dei servizi e delle persone che risultano in contraddizione con gli sviluppi finora emersi in ambito Ue, specie a tutela del fanciullo. Inoltre, un rapido sguardo ai meccanismi volti ad agevolare la cooperazione in ambito penale tra gli Stati membri solleva dubbi anche sulla possibilità che tale reato possa essere perseguito all'interno della stessa Unione.

Tenuto conto di tutte queste possibili implicazioni, viste anche alla luce delle difficoltà dell'Italia di esercitare già la sua giurisdizione rispetto a gravi violazioni del diritto internazionale commesse al di fuori dei propri confini, la volontà dell'attuale legislatore di perseguire il ricorso alla GPA in modo così esteso appare indubbiamente più unica che rara. L'intervento in esame non può, in ogni caso, rimettere in discussione l'equilibrio difficilmente raggiunto in materia a livello sovranazionale e che si impone alle autorità interne, almeno fin quando alle politiche repressive si preferiranno compiute regolamentazioni volte a garantire una reale tutela a tutti i soggetti coinvolti.



*Fabrizio Filice\**

## La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative

### Sommario

1. Introduzione. – 2. Che cos'è un reato universale? – 3. La giurisdizione extraterritoriale. – 4. La finalità interpretativa dell'intervento legislativo. – 5. Conclusioni.

### Abstract

La controversa fattispecie incriminatrice che prevede la punibilità con la reclusione della maternità surrogata, anche se realizzata interamente all'estero, non costituisce un'ipotesi di crimine internazionale soggetto a giurisdizione universale. La normativa italiana non considera la necessità, imposta dalla Corte europea dei diritti umani, di accertare che vi sia stato effettivamente uno sfruttamento delle donne e di assicurare sempre la salvaguardia dei legami parentali tra genitore intenzionale e figlio nato da maternità surrogata.

*The controversial criminal law under which surrogacy, even if carried out entirely abroad, will be punishable by jail, is not an international "core crime", as such submitted to the universal criminal jurisdiction. Italian legal system does not consider the necessity, given by ECHR, to go over the cases in which there was exploitation of women, and to ensure, anyway, the preservation of the family ties between the minor and the intentional parent.*

### 1. Introduzione

Nella seduta di mercoledì 26 luglio 2023 la Camera ha deliberato la modifica dell'articolo 12 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, approvando la proposta di legge C. 887-A (Varchi *et alii*), previamente riunita alle proposte C. 342 (Candiani) e 1026 (Lupi).

L'articolo 12, comma 6, della Legge 40 del 2004 prevede che chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La modifica approvata alla Camera aggiunge alla fattispecie incriminatrice la previsione che le pene ivi stabilite si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da un cittadino italiano.

Secondo la narrazione veicolata ai media la modifica in esame avrebbe l'effetto di rendere il divieto di maternità surrogata un "reato universale": una definizione, questa, chiaramente a uso mediatico e che vorrebbe significare un superamento incondizionato dei limiti della territorialità nel nome di un fine supremo. Un fine che, riprendendo le parole di una delle proposte riunite e oggetto di approvazione (C. 342, Candiani), sarebbe quello di "ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini".

\* Giudice del Tribunale di Milano.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Come spesso accade, in tempo di populismo penale, l'uso dello strumento repressivo si atteggia in modo puramente ideologico e teso a utilizzare lo strumento penale per criminalizzare aree comportamentali (e sempre di più anche aree esistenziali) che si riconoscono come affini alle controparti politiche, e quindi come espressione del relativo humus culturale.

Questo uso abnorme del diritto penale comporta anche una distorsione linguistica che è ormai divenuta una costante di un certo modo di legiferare, per la quale espressioni che vengono coniate a fini meramente comunicativi e propagandistici non solo fanno ingresso nel lemmario giuridico, costringendo i giuristi teorici a confrontarsi con veri e propri *nonsense*, ma condizionano anche la tecnica stessa di redazione del provvedimento legislativo, con la conseguenza che il *nonsense* linguistico fa ingresso, tramite un testo di legge vincolante, nel sistema giuridico positivo, nel quale andrà inevitabilmente a costituire un elemento totalmente distonico, difficilmente coordinabile con i principi costituzionali ed europei, e foriero di molteplici problematiche che si porranno al giurista pratico nel momento della concreta applicazione.

Quella del "reato universale" è senza dubbio una vicenda emblematica da questo punto di vista.

## 2. Che cos'è un reato universale?

Cominciamo con il chiarire che non esistono "reati universali". Esiste piuttosto una giurisdizione penale universale, propria del diritto internazionale penale, che ha a oggetto i "crimini internazionali", espressione, questa, che ha un significato molto preciso.

Dopo la Seconda guerra mondiale la comunità internazionale si è dotata di strumenti giuridici appositamente deputati a regolare i conflitti armati: le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, anzitutto, cui si sono aggiunte le Convenzioni Onu contro il genocidio (1948) e contro la tortura (1984), sino ad arrivare, nel 1998, allo strumento più importante, lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, entrata in funzione nel 2002.

La Corte ha giurisdizione sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità, il genocidio e l'aggressione; sono questi i cc.dd. "*core crimes*" del diritto internazionale, la cui principale caratteristica è il carattere massivo (c.d. "*contextual threshold*") che ha anche delle importanti ricadute processuali. Questi crimini vengono infatti considerati imprescrittibili, per loro non vale l'immunità e vale invece la giurisdizione appunto "universale", cioè estesa a qualsiasi Paese.

Una caratteristica molto importante della giurisdizione internazionale penale è la complementarità, per la quale la giurisdizione della Corte penale internazionale si attiva solo quando lo Stato parte non abbia la volontà o la capacità (*unwilling or unable*) di processare i crimini commessi sul suo territorio.

Ciò presuppone ovviamente che ogni Stato parte dello Statuto di Roma si sia dotato, in conformità agli obblighi assunti con la sua ratifica, di un apparato penalistico, sostanziale e processuale, deputato alla giurisdizionalizzazione interna dei crimini internazionali.

Non è però un mistero che il legislatore italiano ha sempre mostrato disinteresse nei confronti della giurisdizione penale universale.

E di questo disinteresse è emblematico proprio l'atteggiamento recentemente assunto dal governo italiano in materia.

Nella precedente legislatura era infatti stata istituita una commissione per elaborare un progetto di codice dei crimini internazionali (conosciuta come Commissione Pocar Palazzo) che era pervenuta a un testo unificato, approvato il 24 maggio 2022 e consegnato al Ministero per l'avvio dell'iter legislativo.

Nel marzo 2023, però, il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge che stravolge completamente il testo della commissione dal quale ha stralciato, ai fini dell'elaborazione di un ulteriore disegno di legge (senza alcuna definizione di tempi certi), l'intero settore dei crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio.

Di questo disegno di legge, già fortemente elusivo degli obblighi assunti con lo statuto di Roma, non si è più saputo nulla e oggi ci troviamo nuovamente al punto di partenza; così, a più di vent'anni dallo Statuto di Roma, l'Italia non è ancora in grado di adempiere alle obbligazioni dello Statuto in materia di giurisdizione universale, da ciò derivando anche conseguenze non marginali in tema di "irrelevanza" politica del nostro paese in relazione ai dossier geo-politicamente più rilevanti, i.e. il fronte russo-ucraino al quale si è recentemente aggiunta la riacutizzazione dell'area israelo-palestinese.

L'Italia continua a porsi, per scelta politica, completamente fuori dai giochi della giurisdizione penale universale, ecco perché sostenere che il parlamento si appresti ora ad approvare un "reato universale", che tra l'altro non ha assolutamente nulla a che fare con i crimini internazionali, è un vero e proprio *nonsense* politico-giuridico.

### 3. La giurisdizione extraterritoriale

La Legge 40 del 2004 ha semplicemente introdotto una fattispecie incriminatrice, quella del divieto di gestazione per altri, che, nel caso in cui la condotta sia compiuta in parte o interamente all'estero, potrebbe rientrare nelle ipotesi di giurisdizione extraterritoriale delineate agli articoli da 7 a 10 del codice penale e, in particolare, nel caso del delitto comune commesso dal cittadino italiano all'estero, ai sensi dell'articolo 9: secondo il quale il cittadino italiano che commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato; mentre se si tratta, come nel caso di cui ci stiamo occupando, di un delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa.

Il reato di gestazione per altri appartiene, sin dall'inizio, a questa categoria e il disegno di legge in questione non sposta minimamente i termini della questione.

Allora è il caso di chiedersi quale sia la vera finalità di questo intervento legislativo, che non può chiaramente consistere nella riaffermazione di un contesto normativo già esistente e pienamente operativo nell'ordinamento così com'è.

### 4. La finalità interpretativa dell'intervento legislativo

Per capire a quale risultato il legislatore voglia arrivare ci è utile vedere come il reato di gestazione per altri è stato affrontato dalla giurisprudenza sino ad ora.

La casistica giurisprudenziale è molto ridotta, il che è ampiamente comprensibile considerata la piccola percentuale di persone italiane che ricorre a questa tecnica in uno dei molti Stati nei quali, con diverse regolamentazioni giuridiche, essa è ammessa.

Un precedente molto importante, forse l'unico ad avere affrontato sistematicamente la natura del reato e le sue conseguenze in termini repressivi, è la sentenza della Corte di cassazione, quinta sezione penale, n. 13525 del 10 marzo 2016.

Il caso riguardava una coppia italiana eterosessuale che era ricorsa alla tecnica della gestazione per altri in Ucraina, nel 2014; tecnica con la quale era nato il minore poi trasferitosi in Italia con i genitori (il padre in qualità di genitore biologico, in quanto donatore del seme, e la madre in qualità di genitrice intenzionale, in quanto gli ovuli utilizzati per l'impianto provenivano da una donatrice esterna e la gravidanza era stata condotta e portata a termine da una madre surrogata).

Entrambi i genitori, rientrati in Italia, erano stati sottoposti a processo in forza di una richiesta presentata da un sottosegretario di Stato su delega del ministro.

La Cassazione, investita del ricorso del Procuratore della Repubblica avverso la sentenza di proscioglimento emessa dal giudice dell'udienza preliminare, ha anzitutto superato la questione formale che la richiesta, prevista dall'articolo 9 del codice penale, fosse stata presentata non dal ministro ma da un sottosegretario da lui delegato, ritenendo che, avendo tale richiesta una natura meramente amministrativa e non tipicamente politica, essa è delegabile a qualsiasi dirigente o funzionario dell'articolazione ministeriale competente in materia.

Entrando invece nel merito della contestazione la Corte sviluppa l'argomentazione più interessante, che è quella sulla riserva di "doppia incriminazione".

Si distinguono, al riguardo, due diverse impostazioni.

Secondo la prima la giurisdizione extraterritoriale sui delitti comuni necessiterebbe, per la sua attivazione, della doppia e mutua incriminazione del delitto che si intende perseguire, il quale dovrebbe essere oggetto di criminalizzazione non solo in Italia ma anche nello Stato estero in cui è commesso.

Si tratterebbe, in sostanza, di ritenere operativa la stessa riserva di doppia incriminazione prevista in materia di estradizione (art. 13, secondo comma, c.p.) anche in materia di giurisdizione extraterritoriale sui delitti comuni, in forza di una analogia *in bonam partem*.

Una seconda impostazione, senza avallare tale conclusione, ritiene però che in ogni caso il difetto di doppia incriminazione possa essere valutato insieme ad altri elementi ai fini della "scusabilità", ai sensi dell'articolo 5 c.p., dell'ignoranza o quantomeno della non corretta interpretazione della legge penale interna.

Ciò significa che se si può pretendere che il cittadino conosca e si adegui a un divieto penale interno, non è così scontato che egli possa pensare che tale divieto, e quindi la punibilità della sua violazione, si estenda anche in altri Stati nei quali la stessa condotta, nella specie la maternità surrogata, non solo non

è prevista dalla legge come reato ma è al contrario espressamente regolata con una disciplina legislativa che prevede schemi contrattuali tipici e legalmente ammessi, nonché la piena collaborazione della pubblica amministrazione: dal sistema sanitario, coinvolto nella realizzazione della pratica procreativa, agli uffici dell'anagrafe per la successiva registrazione degli atti di nascita.

La Cassazione aderisce a questa seconda impostazione e, nel confermare il proscioglimento dei due imputati, chiarisce che i pur ristretti margini della "inevitabilità" dell'errore di diritto — la cui ricognizione si riverbera, caducandola, sulla rimproverabilità della condotta — non si esauriscono nei cc.dd. "criteri oggettivi puri", secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato (casi che attengono, per lo più, all'assoluta oscurità e non intelleggibilità del testo legislativo), ma si estendono anche ai casi di incertezza dell'interpretazione giurisprudenziale.

Ed è proprio a questa casistica che la Corte riconduce il caso del delitto di gestazione per altri: un caso obiettivamente molto singolare, nel quale un divieto penalistico interno attiene a una condotta che è non solo tollerata ma espressamente legalizzata e regolamentata nello Stato in cui il cittadino la realizza e che, soprattutto, ha anche costituito oggetto di elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani, la quale, in numerose sentenze, ha riconosciuto ai genitori che ricorrono a tale tecnica procreativa ove è consentita, e soprattutto ai minori che con tale tecnica sono nati, diritti inviolabili in materia di riconoscimento del legame genitoriale instauratosi tra il genitore intenzionale e il minore.

Il principio consolidatosi a livello euro-unitario è, insomma, quello inverso rispetto alla prospettiva politica perseguita dallo Stato italiano: è la scelta di uno Stato di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri che può essere "tollerata" in quanto espressione di una discrezionalità politica non del tutto coercibile dalle fonti sovranazionali umanitarie, ma entro precisi limiti consistenti nella salvaguardia del legame genitoriale instauratosi tra i genitori, biologici e intenzionali, e il minore nato con la gestazione per altri; salvaguardia che deve essere assicurata dagli Stati con uno strumento giuridico legale ed efficace, sia esso la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero piuttosto che il ricorso all'adozione da parte del genitore intenzionale.

Per tutti, si richiama il parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla Grande Chambre della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU 7, ove si riconosce che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'articolo 8 CEDU di divieti assoluti di riconoscimento dello *status filiationis* tra bambini nati con la maternità surrogata e i loro genitori, biologici e/o intenzionali.

È quindi contrario all'ordine pubblico internazionale l'assoluto impedimento frapposto dagli Stati al riconoscimento dello status di filiazione biologica e intenzionale da maternità surrogata.

Il parere consultivo, del resto, si pone in totale coerenza con la giurisprudenza della Corte Edu, la quale, come si detto, è costante nell'affermare che il mancato riconoscimento delle sentenze e la mancata trascrizione dei certificati di nascita che accertano in capo al minore nato da maternità surrogata lo stato di filiazione da entrambi i genitori, biologico e intenzionale, costituiscono un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e sono contrari al superiore interesse del minore (casi *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11; *Labassee c. Francia*, n. 65941/11; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18; *D.B e altri c. Svizzera*, ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15).

Questo panorama interpretativo si è peraltro ulteriormente consolidato dopo la sentenza n. 13525 del 2016, bastando al riguardo considerare che il parere consultivo citato è del 2019 mentre il testo di compromesso recentemente adottato a Strasburgo per la riforma della direttiva sul traffico di essere umani include la maternità surrogata, ma solo "a fini di sfruttamento riproduttivo", il che significa che non viene inclusa tra i reati la pratica *tout court* ma solo i casi in cui si possa dimostrare che vi è stato sfruttamento, e dunque coercizione, di una donna.

Questo esclude in radice dall'area del penalmente rilevante la "maternità surrogata solidale" e richiede, per i casi di "maternità surrogata commerciale", un esame concreto e specifico sul tipo di regolamentazione vigente nello Stato in cui è stata realizzata, sulle modalità e soprattutto sulle garanzie sanitarie, economiche e giuridiche previste per la madre surrogata, al fine di poter stabilire se si è in presenza, o meno, di un caso di coercizione e di sfruttamento delle donne.

È chiaro che questo tipo di inquadramento, che si va ormai consolidando a livello europeo, collide con la pretesa nazionale di alcuni Stati, fra i quali l'Italia, di dichiarare una guerra politica "senza se e senza ma" alla surrogata: pretesa il cui spirito è stato sostanzialmente recepito, quantomeno in linea teorica, nella sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 38162 del 30 dicembre 2022, la quale ha affermato che "la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".



È corretto dire “in linea teorica” perché la Corte ha fatto discendere da tale principio “etico” assolutizzante la conseguenza della non trascrivibilità in Italia del provvedimento giudiziario straniero, e a maggior ragione dell’originario atto di nascita estero, che indichino quale genitore del bambino, oltre a quello biologico, anche il genitore d’intenzione, facendo però salvo il ricorso all’adozione in casi particolari per raggiungere lo stesso fine; e questo perché non poteva sfuggire alla Corte che l’esclusione anche di tale rimedio si sarebbe posta insanabilmente in contrasto con la Convenzione Edu, attesa la già citata incompatibilità con l’articolo 8 di divieti assoluti di riconoscimento dello *status filiationis* da surrogata.

## 5. Conclusioni

Possiamo quindi distinguere con un certo grado di chiarezza il vero obiettivo della nuova incriminazione: obiettivo che, ancora una volta, risiede nella volontà di neutralizzare l’indipendenza del potere giudiziario nell’interpretazione della legge.

L’espressa dizione normativa che viene aggiunta all’articolo 12, comma 6, della Legge 40 del 2004, per la quale tale norma “si applica anche quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano”, non ha infatti alcuna funzione additiva o modificativa dell’assetto penalistico già esistente in materia ma ha evidentemente l’unico fine di superare per via normativa il ragionamento interpretativo fatto proprio dalla n. 13525 del 2016, andando cioè a porre nel precetto stesso la chiarificazione che il divieto si applica, certamente e incondizionatamente, anche quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano, in modo che non si possa più basare un proscioglimento sulla ritenuta “scusabilità” dell’errore giuridico sul punto.

Un intervento che, in ultima analisi, è davvero di poco spessore ed è ben lontano dal lambire i pubblicizzati profili di universalità della giurisdizione, che nulla c’entrano con questa fattispecie.

Ed è, soprattutto, un intervento che lascia intatta la problematica internazionalistica di fondo, che sta nella chiara intenzione politica di uno Stato, in questo caso l’Italia, di adottare, in una materia che coinvolge direttamente il diritto alla vita privata e familiare dei genitori e del minore, una regolamentazione assolutamente e incondizionatamente impeditiva della gestazione per altri, eludendo i limiti imposti dalla regolamentazione europea e sovranazionale che, sempre di più, vanno circoscrivendo i perimetri delle normative impeditive e sanzionatorie in materia ai soli casi in cui sia dimostrato che vi è stata coercizione, e quindi sfruttamento, della donna, e comunque assicurando sempre la possibilità di ottenere il riconoscimento legale dello *status filiationis* per salvaguardare, nel superiore interesse del minore, i legami familiari instauratisi.

Vincenzo Tigano\*

## La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani

### Sommario

1. Premessa: prospettazione delle questioni e metodologia adottata per l'esame comparatistico. – 2. La Germania: la surrogazione di maternità come fenomeno solo parzialmente illecito. – 2.1. La rilevanza penale dell'intervento sanitario nella P.M.A. finalizzata alla surrogazione di maternità (e la non punibilità della gestante e dei genitori di intenzione). – 2.2. La repressione della mediazione nella maternità surrogata artificiale o naturale. – 3. La Danimarca: i soggetti legittimati a ricorrere alla procreazione assistita e il divieto della surrogazione di maternità. – 3.1. Le fattispecie incriminatrici della maternità surrogata: l'intervento sanitario, la mediazione negli accordi tra le parti coinvolte e la pubblicizzazione (anche in caso di gestazione naturale). – 4. La Svizzera: la base costituzionale dei divieti in materia di surrogazione di maternità e i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione assistita. – 4.1. La repressione penale dell'intervento medico e della mediazione anche non lucrativa nella maternità surrogata. – 5 L'Olanda: la maternità surrogata come fenomeno normativamente regolato. – 5.1 La repressione della pubblicizzazione e della mediazione professionale e imprenditoriale nella surrogazione di maternità mediante trattamenti medici o in via naturale. – 5.2. La specifica ipotesi della maternità surrogata attuata mediante P.M.A. in vitro (cd. *Hoogtechnologisch draagmoederschap*): disciplina normativa e ambito di liceità dell'intervento sanitario. – 6. La Francia: i requisiti di accesso all'assistenza medica alla procreazione dopo la riforma del 2021 e la perdurante limitazione per gli uomini *singles* e in coppia *same-sex*. – 6.1. Il divieto di procreazione e di gestazione per altri. – 6.2. Il delitto di intermediazione nell'accordo di procreazione e di gestazione per altri. – 7. L'Austria: i divieti generali in materia di accesso alla P.M.A e di donazione di gameti e l'assenza di una fattispecie incriminatrice della surrogazione di maternità. – 8. La Spagna: l'approccio liberale sulle condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. e il divieto non sanzionato della surrogazione di maternità. – 8.1. La mera nullità dell'accordo di surrogazione di maternità e l'assenza di fattispecie incriminatrici *ad hoc*. – 8.2. Gli effetti penali indiretti della maternità surrogata: la simulazione di parto, la consegna del minore a terzi, e l'intermediazione nello scambio illegale. – 9. Il Portogallo: il modello regolamentativo della gestazione sostitutiva mediante tecniche di P.M.A. – 9.1. Le condizioni legali per la stipulazione degli accordi di gestazione sostitutiva: effetti sul piano civile e penale. – 9.2. I reati previsti in materia: l'esecuzione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito *contra legem*. – 9.3. La promozione degli accordi illeciti e la percezione di un vantaggio economico connesso alla stipulazione o all'opera di promozione. – 10. La Grecia: la regolamentazione della maternità surrogata. – 10.1. L'esteso ricorso allo strumento penale: l'incriminazione e l'equiparazione sanzionatoria dell'intermediazione commerciale professionale e della partecipazione alla procedura *contra legem*. – 11. Il Regno Unito: la disciplina flessibile dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e l'apertura dell'*HFEA 2008* agli uomini e alle donne *singles* e in coppia *same-sex*. – 11.1. La regolamentazione della surrogazione di maternità. – 11.2. Le fattispecie incriminatrici dell'intermediazione negli accordi di surrogazione di maternità su base commerciale e la non punibilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo e degli enti *no-profit*. – 11.2.1. Il rinvio alle definizioni legislative di "accordo di surrogazione" e di "base commerciale". – 11.2.2. La clausola che esclude l'esistenza di un'intermediazione su base commerciale

\* Ricercatore TD-B di Diritto penale, Università degli studi *Magna Graecia* di Catanzaro. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

effettiva a vantaggio altrui. – 11.3. I reati di pubblicizzazione della surrogazione di maternità. – 12. Gli Stati Uniti: L'evoluzione liberale e il ridotto ricorso al diritto penale in materia di maternità surrogata. – 12.1. Le fattispecie di reato previste nel Michigan. – 12.2. Le fattispecie di reato previste nella Louisiana. – 13. Il Canada: linee generali dell'intervento legislativo in materia di maternità surrogata. – 13.1. Le fattispecie incriminatrici: la repressione diretta e indiretta della maternità surrogata commerciale. – 13.2. Il divieto della maternità surrogata per donne infraventunenni e le condotte incriminate. – 13.3. Il divieto di rimborsare la madre surrogata per le spese sostenute al di fuori dai casi previsti dai regolamenti. – 14 Conclusioni in chiave comparata: quali prospettive per l'ordinamento italiano?

## Abstract

Il contributo affronta un'analisi comparata delle legislazioni in materia di maternità surrogata vigenti in alcuni dei principali Paesi democratici dell'Europa e del Nord America, per mostrare come le diverse opzioni di politica criminale adottate – sebbene in certi casi discutibili sotto il profilo del ragionevole bilanciamento tra gli interessi giuridici in gioco – siano accomunabili e apprezzabili sia per l'estrema precisione nella formulazione delle norme incriminatrici sia per il ricorso a un intervento repressivo moderato nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo e nelle delicate scelte procreative che ne stanno alla base. Attraverso l'analisi dei diversi modelli di reato riscontrabili negli ordinamenti esaminati, si prospetteranno le soluzioni adottabili dal legislatore italiano per superare i deficit di tassatività di una normativa priva di definizioni legislative, imprecisa nella descrizione dei fatti di reato ed estremamente incerta sul piano dell'applicazione giudiziaria.

*The contribution deals with a comparative analysis of surrogacy laws in force in some main democratic countries of Europe and North America, in order to show how different criminal policy options undertaken – although in some cases questionable in terms of right balance of the legal interests at stake – are similar and appreciable for both extreme precision in the description of criminal offences and adoption of a moderate repressive intervention towards subjects directly involved in the agreement and in delicate procreative choices connected to it. Following examination of different crime models found in the examined legal systems, some solutions will be proposed to the Italian legislator to overcome deficiencies affecting national regulation of surrogacy in terms of lacking in legislative definitions, inaccurate description of criminal acts and uncertain judicial application.*

## 1. Premessa: prospettazione delle questioni e metodologia adottata per l'esame comparatistico

La maternità surrogata nasce come fenomeno sociale, emerso con enfasi nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), ma invero profilabile già nel contesto della gestazione naturale, come testimoniato dalle fonti bibliche<sup>1</sup>: si tratta dell'accordo tra uno o più committenti e una donna disponibile ad avviare una gravidanza nell'interesse dei primi e a consegnare agli stessi il minore subito dopo il parto.

Molti degli ordinamenti europei e nordamericani hanno scelto di apprestare una disciplina della surrogazione o di vietarla, totalmente o parzialmente, laddove venga attuata attraverso le tecniche di P.M.A., poiché solo in questo contesto necessita l'assistenza medica e, conseguentemente, l'intervento del legislatore, sulla base dell'esigenza di bilanciare tra benefici e rischi sanitari per la paziente. Quando la surrogazione avvenga al di fuori dell'inseminazione artificiale, ossia attraverso rapporti sessuali intrattenuti dall'aspirante gestante con il proprio *partner* o con un terzo, invece, la tendenza prevalente tra gli Stati è quella di astenersi dall'imporre agli individui degli obblighi o dei divieti per ciò che concerne la fase del concepimento, non soltanto per la volontà di non interferire nelle scelte più intime

1 La dissociazione della maternità era una realtà diffusa già presso diverse culture antiche, come quella ebraica. L'Antico Testamento fa dei cenni a pratiche "naturali" di surrogazione di maternità, come nel caso di Sara che convinse Abramo a concepire un figlio con la propria schiava, o di Giacobbe che concepì due figli con la schiava della moglie Rachele. Si veda A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 7, p. 900.

dei consociati, ma anche per la difficoltà di dimostrare che una gravidanza naturale sia stata iniziata nell'altrui interesse. In tal senso, in queste ultime ipotesi, non viene incriminato l'accordo tra le parti, optandosi piuttosto per punire l'intermediazione di terzi nel preordinato concepimento di un bambino nell'interesse altrui, o la pubblicizzazione della disponibilità dei soggetti interessati a prendere parte a un simile patto; ferma l'applicabilità, nella fase finale della sua esecuzione, delle più generali fattispecie codicistiche che, anche al di fuori della pratica in esame, incriminano la cessione in via definitiva di un minore a terzi, o le condotte di intermediazione a ciò finalizzate, in violazione delle leggi sull'adozione e/o dietro prestazione di un corrispettivo alla madre naturale.

Sul piano delle sue manifestazioni fenomeniche, la surrogazione di maternità attraverso P.M.A. si articola in una pluralità di stadi cronologicamente successivi ed eventualmente interconnessi: la pubblicizzazione, la mediazione, l'accordo tra le parti, l'organizzazione della procedura, la preparazione e l'applicazione delle tecniche, l'intermediazione, la consegna del minore. Ciascuna di esse coinvolge soggetti differenti, come la madre surrogata e i committenti, nella fase contrattuale complessivamente intesa, i donatori di gameti e i medici, nella fase preparatoria e in quella applicativa dei trattamenti, i pubblicizzatori, i mediatori, gli organizzatori e gli intermediari, nella fase pre-contrattuale, in quella delle trattative, e in quella propriamente attuativa degli accordi. Di conseguenza, la presa d'atto della multidimensionalità del fenomeno e delle sue concrete manifestazioni, ha ragionevolmente spinto, in molti casi, i legislatori nazionali a definire con precisione i soggetti e le condotte da incriminare, in ossequio al principio di legalità.

La gravidanza può essere commissionata da un uomo singolo, una donna singola, una coppia di individui dello stesso sesso o di sesso diverso. Tuttavia, la trappola concettuale spesso indotta da una certa narrazione mediatica è quella di identificare le coppie di uomini come i soli, o almeno i principali, soggetti coinvolti nel fenomeno. Tale conclusione può essere superata analizzando il profilo della relazione tra limiti oggettivi e soggettivi alla procreazione assistita: il ricorso alla pratica si rende sempre necessario per l'uomo *single*, o in coppia *same-sex*, che nutra, o condivida con il suo eventuale compagno, un desiderio di genitorialità, poiché lo stesso non è in grado di realizzarlo per via di evidenti e insuperabili limiti fisiologici dovuti all'assoluta impossibilità di concepire un bambino e di consentirne la gestazione senza l'apporto di una donna esterna. Nel caso della donna *single*, in coppia *opposite-sex* o *same-sex*, invece, la gestazione su commissione si renderà necessaria solo in via eventuale, qualora sussista una patologia dell'apparato riproduttivo che impedisca alla stessa, o anche alla sua eventuale compagna, di iniziare o portare a termine una gravidanza. La maternità surrogata, quindi, non rappresenta una pratica a cui sono interessati soltanto gli uomini *singles* o in coppia con altri uomini. Piuttosto, queste categorie soggettive, rispetto alle altre, appaiono come le uniche *a priori* escluse dalla dimensione esistenziale della riproduzione e della genitorialità, sia biologicamente sia giuridicamente, in quegli ordinamenti che proibiscono la stipulazione e l'esecuzione di accordi di questo genere, generando profili di discriminazione, in particolare in quei Paesi in cui il divieto coesiste con l'istituto del matrimonio tra individui dello stesso sesso. A ciò si aggiunge l'eventualità che l'esclusione di alcuni soggetti dalle tecniche procreative, o dalla sola pratica della maternità surrogata, sulla base della loro identità sessuale o del loro *status*, si traduca nell'incriminazione degli stessi per l'accordo con la madre surrogata o per il contributo prestato all'intervento medico, facendo affiorare un possibile contrasto con i principi di offensività e di ragionevolezza.

La derivazione genetica dei gameti utilizzati per la fecondazione della madre surrogata comporta, poi, una serie di distinzioni che assumono rilievo, nei diversi ordinamenti, sia ai fini dell'attribuzione della genitorialità, in certi casi assegnata ai committenti sulla base del legame di sangue del concepito con uno o entrambi i genitori di intenzione, sia sul piano dell'incriminazione degli accordi e delle condotte agevolative di terzi qualora la gestazione per altri sia eseguita in assenza del richiesto legame con i committenti o con il contributo genetico della stessa madre surrogata.

Sul piano definitorio, la surrogazione di maternità "totale", detta anche "gestazionale", comporta il contributo biologico di una donna estranea disposta a portare in grembo l'embrione concepito con l'ovocita della committente o, eventualmente, di una donatrice. In quest'ultima ipotesi, tre saranno le figure femminili coinvolte nella P.M.A.: la donna che vi fa ricorso per realizzare il proprio desiderio di genitorialità, colei che fornisce i propri gameti per la fecondazione e la donna che dà la disponibilità del proprio ventre per condurre la gravidanza nell'esclusivo interesse della prima.

Si parlerà invece di surrogazione di maternità "parziale", o "tradizionale" (anche se quest'ultimo termine meglio si adatta alle manifestazioni naturali del fenomeno), qualora la madre surrogata, oltre a "prestare" il suo utero, fornisca anche l'ovocita da utilizzare per la fecondazione, così intrattenendo con il minore un vincolo sia genetico sia biologico.

Tutte le profilate ipotesi di surrogazione di maternità potranno poi suddividersi in ulteriori sottocategorie in base alla provenienza genetica del gamete maschile, che potrà essere fornito dal committente la gravidanza, da un donatore o anche dal *partner* della madre surrogata.



Un'ulteriore rilevante distinzione, infine, concerne il carattere gratuito od oneroso della prestazione della madre surrogata. In certe ipotesi, quest'ultima potrebbe agire per scopi puramente solidaristici, invero non messi in discussione, all'interno di molti sistemi normativi, dall'eventuale ricezione di un corrispettivo nella forma del rimborso delle spese affrontate o del risarcimento dei danni subiti come conseguenza della sua sottoposizione agli interventi procreativi, alla fase gestazionale e a quella *post-partum*. Alternativamente, la donna potrebbe essere mossa da fini lucrativi, concretizzabili nel conseguimento di una vera e propria retribuzione tale da conferire al suo gesto i tratti di un servizio reso a terzi. In quest'ultimo caso, alcuni Stati hanno scelto di escludere la punibilità dell'accordo a titolo oneroso, allo scopo sia di non infliggere alle parti coinvolte una sofferenza aggiuntiva rispetto a quella già insita nelle delicate scelte esistenziali che sono alla base del patto, sia di evitare al minore eventuali traumi legati alla consapevolezza di essere stato generato sulla base di un contratto retribuito che sia costato una condanna ai propri genitori.

Di contro, la quasi totalità degli ordinamenti analizzati ha optato per introdurre apposite fattispecie incriminatrici del contributo agevolatore fornito da terzi, in certi casi applicabili a prescindere che la prestazione sia svolta a titolo professionale o, comunque, per fini di lucro: un tale rigorismo appare ragionevole (tranne nei casi in cui, a fronte dell'esclusione della responsabilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo, siano puniti come intermediari i soggetti che agiscano nell'esclusivo interesse di quelle e senza un tornaconto personale, perseguito o conseguito) sulla base dell'esigenza di prevenire il probabile sfruttamento del corpo della madre surrogata da parte di soggetti emotivamente estranei all'accordo e ai suoi esiti sul piano dei rapporti familiari così costituiti.

Vi sono, infine, degli Stati in cui la maternità surrogata è disciplinata nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, anche se, in questi contesti giuridici, il permissivismo è spesso controbilanciato da un largo ricorso al diritto penale anche nei confronti della stessa gestante e dei committenti, qualora stipulino ed eseguano il patto in violazione dei requisiti legali, quand'anche si tratti di accordi a titolo gratuito.

Fatte queste dovute premesse, bisogna infine chiarire la metodologia dell'analisi comparata qui condotta.

La disamina si concentrerà sugli interventi repressivi della surrogazione di maternità riscontrabili in alcuni dei principali Stati democratici occidentali, mentre non si soffermerà sulle norme, di portata più generale, che incriminano l'alterazione dello stato civile del minore mediante falsità o il suo illecito affidamento a terzi, a prescindere dalla previa conclusione di un accordo di surrogazione.

Verranno individuati i soggetti ammessi a ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla maternità surrogata, focalizzando l'attenzione sui limiti legali eventualmente opposti a certe categorie soggettive, individuate in base al loro *status* e al loro orientamento sessuale, ed evidenziando le criticità dell'eventuale ricorso al diritto penale in queste ipotesi.

L'indagine si soffermerà, poi, sull'eventuale scelta di incriminare anche l'attività di promozione e di pubblicizzazione degli accordi di maternità surrogata, nell'ambito della gestazione per altri naturalmente iniziata.

Particolare attenzione sarà dedicata alla questione delle condotte incriminate e dei soggetti responsabili dei reati previsti in materia: anche se la maggior parte delle fattispecie introdotte dagli ordinamenti analizzati si limita a punire l'applicazione dei trattamenti sanitari e/o le condotte di intermediazione e di pubblicizzazione, riscontrandosi meno spesso norme che incriminano gli accordi tra i soggetti personalmente coinvolti, in certi casi si è reso necessario inserire delle clausole di non punibilità per evitare che la madre surrogata, e in certi casi anche i soggetti committenti, possano essere ritenuti responsabili come concorrenti nei reati propri dei soggetti terzi.

Verrà infine rivolto uno sguardo alle norme civilistiche che regolano l'attribuzione dello *status* genitoriale in questi ordinamenti, senza che ci si spinga ad analizzare le leggi di ordinamento civile e di diritto internazionale privato che regolano il riconoscimento e la trascrizione nazionale dei certificati di nascita o dei provvedimenti giudiziari costituiti all'estero, al centro, tra l'altro, di numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'analisi comparata seguirà un ordine preciso. Si inizierà con l'esame degli ordinamenti europei in cui si è scelto di punire esclusivamente i medici (Germania, Danimarca, Svizzera), gli intermediari e i pubblicizzatori (Germania, Danimarca, Svizzera, Olanda, Francia), ma non le parti dell'accordo. Verranno, poi, passate in rassegna quelle legislazioni in cui non è espressamente punita la surrogazione di maternità, ma ove la repressione passa attraverso l'applicazione di fattispecie più generali, volte a sanzionare l'inosservanza dei limiti alle tecniche di P.M.A. lecitamente applicabili (Austria) o sistematicamente inquadrate tra quelle codicistiche poste a tutela delle relazioni familiari (Spagna). Ci si soffermerà su quei sistemi normativi in cui la pratica è regolamentata e consentita a certe condizioni ma, al contempo, presidiata da norme incriminatrici delle condotte realizzate in violazione dei requisiti legali, applicabili ai soggetti terzi che, a diverso titolo, agevolino tali accordi (Regno Unito) e talvolta anche agli individui direttamente coinvolti che stipulino o eseguano il contratto *contra legem* (il Portogallo e la Grecia). Infine, si guarderà alle scelte compiute dagli ordinamenti nordamericani, in cui, a fronte di una

generale collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto, si contrappone, in pochi casi, il ricorso allo strumento penale per reprimere gli accordi tra le parti contrari alla legge e le condotte di terzi che li promuovano o li facilitino (USA: Michigan, Louisiana; Canada).

In conclusione, si cercherà di trarre dallo studio comparato gli opportuni spunti per mettere in evidenza le carenze della legge italiana, in cui, al di là degli ampi intenti repressivi resi evidenti dalla normativa finora vigente e dalle recenti proposte di legge in materia, la maggiore criticità si incentra sulla mancanza di precisione delle norme incriminatrici e sulla conseguente loro possibile manipolabilità da parte dell'interprete, generando inevitabili frizioni con il principio di tassatività.

## 2. La Germania: la surrogazione di maternità come fenomeno solo parzialmente illecito

L'ordinamento tedesco si è dotato, fin dal 1990, di una legislazione rigoristica in materia di P.M.A. (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*)<sup>2</sup>, simile a quella poi adottata in Italia più di un decennio dopo, ma più permissiva sul piano dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche e dei limiti di applicazione della fecondazione eterologa. Con specifico riferimento a quest'ultima, solo l'ovodonazione è vietata e punita ai sensi del § 1, comma 1, nn. 1) e 2) dell'*ESchG*, mentre è consentito attuare la fecondazione assistita con l'uso degli spermatozoi di un donatore anonimo. Quanto allo stato civile dei ricorrenti, nel silenzio della legge, le linee guida dell'Associazione medica tedesca, del 2006<sup>3</sup>, raccomandavano l'applicazione delle metodiche solo a beneficio delle coppie di individui di sesso diverso sposati, ed eccezionalmente di quelli conviventi<sup>4</sup>, con esclusione delle donne *singles* o in coppia con altre<sup>5</sup>. Di tale preclusione non si trova più traccia nelle successive linee guida sulla raccolta e il trasferimento di cellule umane nell'ambito della riproduzione assistita, del 2018<sup>6</sup>, anche a seguito dell'introduzione, nel 2017, del matrimonio tra coppie di individui dello stesso sesso<sup>7</sup>. Permane, invece, il limite di accesso alla P.M.A. per gli uomini *singles* e per quelli in coppia *same-sex*, come conseguenza diretta, ma implicita, del divieto assoluto – cioè applicabile indipendentemente dallo *status* e dall'orientamento sessuale del committente o dei committenti – della surrogazione di maternità, oggetto di norme definitorie e di fattispecie incriminatrici collocate sia nell'*ESchG* sia nell'*Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)*<sup>8</sup>.

- 2 Gesetz zum Schutz von Embryonen (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*). Vollzitat: Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist, in Bundesministerium der Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>.
- 3 Bundesärztekammer, (*Muster*-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 17. Februar 2006, in *Aerzteblatt.de*, <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=51526>.
- 4 *Ibidem*, § 3.1.1.: «Methoden der assistierten Reproduktion sollen unter Beachtung des Kindeswohls grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden [...]. Methoden der assistierten Reproduktion können auch bei einer nicht verheirateten Frau angewandt werden. Dies gilt nur, wenn die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt ist, dass – die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefühten Partnerschaft zusammenlebt und – dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird». La limitazione era dovuta all'intento di garantire il benessere del minore attraverso la garanzia di stabilità offerta dal vincolo coniugale dei genitori: così K. Köppen, H. Trappe, C. Schmitt, *Who Can Take Advantage of Medically Assisted Reproduction in Germany?*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2021, 13, p. 52. Secondo H. Trappe, *Assisted Reproductive Technologies in Germany: a Review of the Current Situation*, in *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*, M. Kreyenfeld, D. Konietzka (eds.), Cham, Springer, 2017, p. 283, si trattava di un retaggio dell'ideale familiare tradizionale. Ritiene che la previsione comportasse una discriminazione verso le donne *singles* e le coppie *same-sex*, K.-H. Möller, *Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin in Deutschland in Reproduktionsmedizin*, K. Diedrich, M. Ludwig, G. Griesinger, (hrsgg.), Berlin, Springer, 2013, p. 595.
- 5 Bundesärztekammer, (*Muster*-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion. Kommentar, Zu 3.1.1. Statusrechtliche Voraussetzungen, in *Aerzteblatt.de*, in <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=51526>: «Insemination zurzeit bei Frauen ausgeschlossen, die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben».
- 6 Bundesärztekammer, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, Deutsches Ärzteblatt, 11. Mai 2018, in *Bundesaerztekammer*, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/\\_old-files/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion\\_Richtlinie.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf).
- 7 Cfr. F. Wapler, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen – Hinweise für eine erfolgreiche Begleitung ihrer Umsetzung*, Kap. VI, *Assistierte Reproduktion*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung / Forum Politik und Gesellschaft, 2018, pp. 15-16.
- 8 Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (*Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG*). Vollzitat: *Adoptionsvermittlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni*

La maternità surrogata in senso contrattuale, intesa come accordo tra la madre portante e i genitori di intenzione, non è stata punita. Il legislatore ha, invece, scelto di ricorrere a delle fattispecie incriminatrici volte a colpire, in un primo momento storico, l'assistenza medica alla procreazione assistita finalizzata alla gestazione per altri e, in un secondo momento, la mediazione di soggetti terzi, così da ostacolare la diffusione del fenomeno senza generare conseguenze direttamente afflittive sulle parti direttamente coinvolte in esso<sup>9</sup>. In tale direzione, le due leggi in materia hanno anche espressamente escluso la punibilità del contributo dato, al medico o al mediatore, dalla madre surrogata e dai genitori di intenzione.

L'avversione dell'ordinamento tedesco verso questa pratica spiega anche l'assenza di rimedi civili specifici fruibili dai committenti intenzionati ad acquisire la genitorialità legale del minore. Madre legale del bambino, ai sensi del § 1591 del codice civile<sup>10</sup>, è la donna che lo ha partorito, mentre padre risulta essere il marito della donna, colui che abbia legalmente riconosciuto il minore o l'uomo la cui paternità sia stata accertata da un tribunale, ex § 1592 c.c. Tuttavia, nel caso in cui il terzo committente la gravidanza sia geneticamente legato al minore, e proceda al suo riconoscimento o ottenga l'accertamento legale del suo rapporto di paternità, la madre surrogata potrà rinunciare alla sua responsabilità genitoriale per acconsentire all'adozione del bambino da parte della donna coniugata con il padre genetico, ex § 1751 c.c.; ma, in base al § 1741, comma 1, c.c., andrà provato che l'adozione sia necessaria al benessere del minore, a causa del coinvolgimento della committente nell'allontanamento dello stesso dalla madre surrogata. Alle stesse conclusioni si può pervenire rispetto alle coppie di uomini che si rivolgano a una madre surrogata: la paternità legale del minore potrà essere assegnata all'uomo che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione, mentre il suo *partner*, alle condizioni summenzionate, potrà adottare il figlio del congiunto<sup>11</sup>.

### 2.1. La rilevanza penale dell'intervento sanitario nella P.M.A. finalizzata alla surrogazione di maternità (e la non punibilità della gestante e dei genitori di intenzione)

La norma più risalente in materia trova sede nell'*ESchG* del 1990, che prevede una fattispecie incriminatrice della realizzazione della surrogazione di maternità, sostanzialmente costruita su una condotta realizzabile dal sanitario, nonostante la mancanza di formali riferimenti alla qualifica rivestita dal soggetto attivo<sup>12</sup>: il § 1, comma 1, n. 7, punisce con la reclusione fino a tre anni, o con una multa, chiunque si impegna ad effettuare l'inseminazione artificiale o a trasferire un embrione umano nel corpo di una donna disposta («*bereit*») a lasciare definitivamente il proprio figlio alle cure di terzi dopo il parto (cd. «*Ersatzmutter*»)<sup>13</sup>. Al terzo comma, n. 2, è prevista una clausola di non punibilità a favore della madre surrogata e della persona che intende accogliere il bambino: l'esenzione vale ad escludere la responsa-

2021 (BGBl. I S. 2010), in *Bundesministerium der Justiz*, [https://www.gesetze-im-internet.de/advermig\\_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000104360](https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000104360).

- 9 Si veda Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Leihmutterchaft im europäischen und internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen und empirische Erkenntnisse zu den Auswirkungen einer gespaltenen Elternchaft auf das Kindeswohl, Dokumentation WD 9 - 3000 - 039/18, 22 August 2018, in *Deutscher Bundestag*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf>, p. 9.
- 10 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vollzitat: Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 72) geändert worden ist, in *Bundesministerium der Justiz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000102377>.
- 11 Si veda E.C. Loibl, *The transnational illegal adoption market: A criminological study of the German and Dutch intercountry adoption systems*, Doctoral Thesis, Maastricht, Eleven International Publishing, 2019, in *Maastricht University*, <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/the-transnational-illegal-adoption-market-a-criminological-study->, p. 207, nota 166.
- 12 Già la *Benda-Kommission*, gruppo di lavoro istituito nel 1984 dal Governo federale per elaborare una proposta di legge in materia di fecondazione *in vitro*, ricerca sul genoma e ingegneria genetica, aveva sottolineato la necessità di vietare alle istituzioni sanitarie di partecipare alla surrogazione di maternità: si veda A. Eser, *Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik*, in *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin: Dokumentation eines Symposiums der Landesregierung Baden-Württemberg und des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft in Verbindung mit der Universität Tübingen vom 1. - 4. September 1986 in Tübingen*, V. Braun, D. Mieth, K. Steigleder (hrsgg.), München, J. Schweitzer Verlag, 1987, p. 135.
- 13 Letteralmente: «Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen».



bilità penale per il contributo volontariamente prestato da tali soggetti all'atto medico illecito, riconducibile al concorso di persone, morale o materiale, nel reato, ai sensi dei §§ 26 ss. c.p.<sup>14</sup>.

La norma, come già si evince dalla sua collocazione sistematica, oltre che dalla struttura della condotta incriminata, si riferisce soltanto alla surrogazione di maternità che si verifichi all'interno dei processi procreativi artificiali, e punisce chi effettui un intervento di inseminazione artificiale *in vivo* («*wer [...] es unternimmt [...] eine künstliche Befruchtung durchzuführen*») o proceda al trasferimento dell'embrione, precedentemente prodotto *in vitro*, nell'utero materno («*oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen*»)<sup>15</sup>. Essenziale, sia per l'enucleazione del concetto di maternità surrogata, e dunque per l'individuazione della condotta incriminata, sia ai fini della definizione e dell'accertamento dell'elemento psicologico del soggetto attivo, è che la donna sottoposta ai trattamenti sia intenzionata ad affidare in via definitiva il bambino, una volta partorito<sup>16</sup>, a terzi<sup>17</sup> («*bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen*»), a prescindere che sia già stato stipulato un patto con costoro o, addirittura, che siano stati già individuati i soggetti interessati alla genitorialità di intenzione<sup>18</sup>: di tale obiettivo il medico dovrà essere a conoscenza al momento dell'attuazione delle metodiche, non avendo la legge previsto la punibilità della condotta colposa (§ 15 c.p.)<sup>19</sup>, con conseguenti difficoltà di accertamento dell'elemento soggettivo, soprattutto nell'ipotesi in cui la ricorrente non abbia ancora preso accordi con i soggetti destinati ad accogliere il bambino. Sempre sul piano definitorio, rileva l'assenza di un qualunque riferimento all'appartenenza genetica dell'ovocita alla madre di intenzione, alla stessa madre surrogata o a una terza donatrice, a dimostrazione dell'ampio campo applicativo della fattispecie, integrabile in presenza sia di una surrogazione di maternità totale (se la gestante è geneticamente estranea al bambino) sia di una surrogazione parziale (se la gestante è anche la madre genetica del concepito)<sup>20</sup>.

La fattispecie, secondo la dottrina, è diretta a tutelare il benessere psicofisico del minore, nonché la salute della madre surrogata dai rischi sanitari derivanti dalla sottoposizione a un intervento medico non necessario per la sua salute, e risulta anche strumentale a evitare l'insorgenza di contenziosi giudiziari in ordine all'esecuzione dell'accordo nel caso in cui, dopo il parto, la donna cambi idea sulla cessione del figlio ai committenti<sup>21</sup>. La previsione di una clausola di non punibilità a favore dei soggetti

14 Strafgesetzbuch (StGB). Vollzitat: Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203) geändert worden ist, in *Bundesministerium der Justiz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>.

15 Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, pp. 230, rn. 1, e 237, rn. 20.

16 Secondo certa dottrina, l'obiettivo della donna può avere ad oggetto la consegna del minore in qualunque momento successivo al parto, e non necessariamente contestualmente alla nascita, purché la sua intenzione sia di abbandonarlo permanentemente: H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 237, rn. 23, 25.

17 Il terzo potrebbe essere identificato con un *single*, una coppia *opposite-sex* o una coppia *same-sex*. Per una critica sulla preclusione nei confronti degli uomini *singles* o in coppia *same-sex*, per cui il ricorso alla maternità surrogata sarebbe essenziale, si vedano B. Advena-Regnery, H.-G. Dederer, F. Enghofer, T. Cantz, T. Heinemann, *Framing the ethical and legal issues of human artificial gametes in research, therapy, and assisted reproduction: A German perspective*, in *Bioethics*, 2018, 32, p. 320.

18 Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 231, rn. 4, e 237, rn. 24.

19 Strafgesetzbuch, § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln: «*Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht*».

20 Si vedano H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 231-232, rn. 6, e 237, rn. 22. Così anche S. Braun, *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG)*, in *Medizinrecht Kommentar*, D. Prütting (hrsg.), Köln, Luchterhand Verlag – Wolters Kluwer, 2022, p. 932, rn. 23a. Conf. V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, Tenea Verlag L.T.D., 2003, p. 129.

21 Così R. Müller-Terpitz, „*ESchG 2.0*“ – *Plädoyer für eine partielle Reform des Embryonenschutzgesetzes*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2016, vol. 49, no. 2, p. 54. È critica sulla necessità di tutelare il benessere del minore, in assenza di studi scientifici che dimostrino l'incidenza negativa di tali pratiche sulla sua psiche, L. Paetow, *Sollte die Leihmutterchaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2022, 5, pp. 350-351. Secondo T. Kienle, *Künstliche Befruchtung und artifizielles Recht: Weiter ungelöste Rechtsprobleme um die heterologe Insemination*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1995, pp. 201 ss., il divieto è volto a tutelare anche la dignità della madre surrogata, degradata a mero organo riproduttivo sfruttato da terzi. *Contra*, argomentando che le istanze di tutela della dignità della madre surrogata non sarebbero fondate in presenza di un suo libero consenso alla sottoposizione alle tecniche nell'interesse altrui, W. Heun, *Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Umwege zum eigenen Kind Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown*, G. Bockenheimer-Lucius, P. Thorn, C. Wendehorst (hrsgg.), Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2008, p. 57; H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 235, nr. 15, secondo cui anche la presenza di un corrispettivo in denaro, se limitato a una mera indennità per le spese affrontate o a un risarcimento



direttamente coinvolti nella surrogazione, può essere riconducibile proprio alla protezione del minore e all'esigenza di risparmiargli possibili ripercussioni psicologiche derivanti dalla pubblicizzazione del procedimento penale condotto nei confronti dei suoi genitori, biologici e intenzionali, per il fatto di avere agevolato, a diverso titolo, il suo concepimento in violazione della legge<sup>22</sup>. Tuttavia, in dottrina si rileva come l'esenzione si fondi anche sull'intenzione del legislatore di non stigmatizzare quei soggetti emotivamente coinvolti in processi vitali esistenziali (l'inizio di una gestazione nell'altrui interesse, da una parte, e l'aspirazione alla genitorialità tramite affidamento della gravidanza a una terza donna, dall'altra) già fonti di sofferenza psicofisica per gli stessi<sup>23</sup>.

## 2.2. La repressione della mediazione nella maternità surrogata artificiale o naturale

Nonostante il concetto di madre surrogata fosse stato già tratteggiato, nei suoi connotati essenziali, dalla norma precedentemente esaminata, la Legge 22 dicembre 2001, riformando l'*Adoptionsvermittlungsgesetz* del 1977, ha formulato una definizione più ampia di tale figura soggettiva e ha introdotto inedite figure illecite connesse alla pratica, non necessariamente circoscritte all'assistenza medica alla procreazione<sup>24</sup>: la surrogazione di maternità è stata così intesa come un fenomeno di portata più ampia di quella ricavabile dal § 1 dall'*ESchG*, realizzabile anche nel contesto della generazione naturale di un figlio nell'interesse altrui<sup>25</sup>.

Ai soli fini dell'applicazione dell'*AdVermiG*, il § 13-a stabilisce che per madre surrogata (anche in questo caso identificata con l'espressione «*Ersatzmutter*») si intende una donna che, sulla base di un accordo («*auf Grund einer Vereinbarung*»), è intenzionata a sottoporsi a una fecondazione artificiale o naturale («*bereit ist [...] sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen*»), oppure all'impianto di un embrione che non è il suo, o comunque a portare a termine una gravidanza («*einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen*»), con l'ulteriore scopo di consegnare il bambino, dopo il parto, a terzi per l'adozione o per l'affidamento alle loro cure in via permanente («*und das Kind nach der Geburt Dritten zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen*»). La definizione – che, nel contesto normativo in cui è inserita, non distingue né tra gestazione naturale e procreazione medicalmente assistita, né tra maternità surrogata “totale” e “parziale”<sup>26</sup> – svolge la funzione di norma integratrice dei divieti di seguito previsti<sup>27</sup>. In tal senso, è rilevante l'espresso riferimento al previo accordo tra le parti – alla cui stipulazione vedremo essere finalizzata l'opera di illecita mediazione o pubblicizzazione del terzo –, che segna un ulteriore importante tratto distintivo della norma definitoria rispetto a quella contenuta nell'*ESchG*.

Il § 13-c proibisce la mediazione nella maternità surrogata («*Ersatzmuttervermittlung*»), a sua volta definita, nel § 13-b, come la messa in contatto delle persone che desiderano adottare o prendersi cura in via permanente del bambino nato da maternità surrogata (cd. «*Bestelleltern*»), con una donna disposta a svolgere tale funzione<sup>28</sup>. Il § 13-d, inoltre, vieta la pubblicizzazione della ricerca o della disponibilità

---

per mancato guadagno, non costituisce un argomento decisivo per dare fondamento al divieto assoluto formulato nella norma.

22 Cfr. A. Eser, *Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik*, cit., p. 136.

23 Così V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 129.

24 Secondo M. Kneis, *Die Anfechtbarkeit und die Feststellbarkeit der Mutterschaft de lege lata und de lege ferenda – Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis*, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2019, p. 74, affinché il medico sia perseguibile anche per i reati previsti dal combinato disposto degli artt. 13-c e 14-b dell'*Adoptionsvermittlungsgesetz*, occorre che realizzi una delle condotte di mediazione ivi previste, in aggiunta al contributo dato con la sua attività sanitaria di assistenza alla procreazione, che, di per sé, non costituisce una vera e propria *Ersatzmuttervermittlung*.

25 Sottolineano che l'ampiezza della definizione qui collocata è collegata all'intenzione di punire qualsiasi forma di mediazione nella maternità surrogata, sia che questa avvenga naturalmente sia che sia attuata in via artificiale, H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 230, rn. 3.

26 Anche rispetto alla definizione legislativa formulata nel § 13-a dell'*AdVermiG*, si ritiene che essa copra sia l'ipotesi della maternità surrogata con uso dell'ovocita della stessa gestante sia l'ipotesi della maternità surrogata attuata con un ovocita estraneo alla partoriente, eventualmente appartenente alla donna committente: V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 129.

27 Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 230-231, rn. 4, secondo cui l'accordo contraddistingue la surrogazione di maternità soltanto ai fini della definizione contenuta nel § 13-a dell'*AdVermiG* e dell'applicazione delle fattispecie ivi formulate.

28 Letteralmente: «*Ersatzmuttervermittlung ist das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmuttertschaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestelleltern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer*

di una madre surrogata o di genitori committenti, in particolare attraverso annunci o segnalazioni sui giornali («Anzeigenverbot»)<sup>29</sup>.

La violazione dei suindicati divieti integra delle fattispecie penali o amministrative, da cui emerge il differente livello di disvalore di ciascuna delle condotte punite.

Il § 14-b sanziona la mediazione nella maternità surrogata con la reclusione fino a un anno o con la multa. Sono poi stabilite, all'interno della medesima disposizione, due circostanze aggravanti: la ricezione o l'accettazione della promessa di un vantaggio economico per la mediazione, punita con la reclusione fino a due anni o con la multa; la mediazione a fini commerciali o imprenditoriali, punita con la reclusione fino a tre anni o con la multa. Il *climax* sanzionatorio emergente dalle suddette norme lascia desumere che la mediazione, *ex se* illecita, assume particolare disvalore se esercitata a titolo oneroso, raggiungendo la maggiore cifra di offensività nella vera e propria mediazione commerciale o imprenditoriale, ossia in quella forma di interposizione professionale mirata all'ottenimento di vantaggi economici non occasionali.

In queste fattispecie, l'anticipazione della tutela dei beni giuridici tradizionalmente collegati al fenomeno in esame (benessere del minore e salute della madre surrogata) è stata coniugata con l'intenzione di proteggere la dignità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo da forme di mercificazione presunta, effettiva o sistematica dei loro bisogni esistenziali legati alla riproduzione<sup>30</sup>. Anche per queste fattispecie, come già previsto per il reato stabilito nell'*ESchG*, la legge prevede una clausola di non punibilità per la madre surrogata e i genitori di intenzione che operino come concorrenti nel reato, per esempio, reclutando appositamente il mediatore affinché si occupi di trovare una controparte nell'accordo di surrogazione: si conferma, in tal senso, il probabile intento di tutelare il benessere del minore e di evitare ulteriori sofferenze a soggetti già afflitti da disagi psicologici legati all'infertilità o alla rinuncia al bambino<sup>31</sup>.

Le condotte di pubblicizzazione degli accordi di maternità surrogata, invece, non sono state fatte oggetto di incriminazione, ma il § 14, commi 1 e 3, ne ha previsto la punibilità con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquemila euro, potenzialmente applicabile, in base alla formulazione della norma e in assenza di esplicite formule eccezionali, anche alla madre surrogata o al genitore di intenzione<sup>32</sup>.

### 3. La Danimarca: i soggetti legittimati a ricorrere alla procreazione assistita e il divieto della surrogazione di maternità

La Danimarca si presenta come uno tra i Paesi europei più liberali sul tema delle libertà procreative e dei diritti delle coppie *same-sex*, tanto che la Legge sulla procreazione assistita del 2019<sup>33</sup> stabilisce, all'interno di diverse disposizioni, che le donne *singles* e le coppie possono beneficiare dei trattamenti, senza nulla specificare circa la loro identità di genere e indicando che i due *partners* possano essere anche non coniugati o non registrati<sup>34</sup>. Tuttavia, la loro effettiva ammissione alle procedure è subordinata all'approvazione dell'operatore sanitario responsabile del trattamento e, in caso di dubbi sulla capacità genitoriale della ricorrente o della coppia di ricorrenti, ai Consigli regionali (*Regionsrådene*) (§ 6 a.). Sia gli uomini *singles* sia quelli in coppia *same-sex* sono esclusi dal ricorso alla procreazione assistita, come

*Ersatzmuttertschaft bereit ist. Ersatzmuttervermittlung ist auch der Nachweis der Gelegenheit zu einer in § 13a bezeichneten Vereinbarung».*

29 Letteralmente: «Es ist untersagt, Ersatzmütter oder Bestelletern durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten».

30 Cfr. F. Wehinger, *Illegale Märkte: Stand der sozialwissenschaftlichen Forschung*, MPIfG Working Paper, No. 11/6, Cologne, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2011, p. 64, con riferimento alle dinamiche distorsive del mercato, di per sé illegale, della maternità surrogata, generate dai mediatori che sfruttano i bisogni dei soggetti coinvolti per acquisire la fetta più grande degli introiti derivanti da tali accordi.

31 Cfr. V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 130.

32 M. Kneis, *Die Anfechtbarkeit*, cit., p. 75.

33 Lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v, LBK nr 902 af 23/08/2019, in *Retsinformation*, in <https://www.retsinformation.dk/eli/Ita/2019/902>.

34 Si vedano, per esempio, i §§ 1 a., 6 a., e in particolare il § 23, secondo cui, prima di iniziare il trattamento di riproduzione assistita, è necessario ottenere il consenso scritto della donna e del suo eventuale coniuge o *partner*, registrato o meno.

si evince dal costante riferimento della normativa alla figura femminile, necessaria beneficiaria delle tecniche, e come conseguenza dei divieti in materia di maternità surrogata, pratica a cui un uomo privo di una *partner* sarebbe costretto a ricorrere per realizzare il proprio progetto genitoriale. Come accade in Germania, tali divieti, congiuntamente alle norme penali che ne sanzionano l'inosservanza, si rivolgono ai soli soggetti terzi che, a diverso titolo, facilitano l'esecuzione dell'accordo di surrogazione tra le parti<sup>35</sup>.

Anche se il patto tra la surrogata e i committenti, concernente il concepimento su commissione e la successiva cessione del minore, non è stato fatto oggetto di sanzione penale, la sua stipulazione è contrastata attraverso la regolamentazione civilistica dei rapporti di filiazione. Il § 30 della Legge sui minori (*Børneloven*)<sup>36</sup>, rubricato come «*Moderskab*» (maternità), prevede che la donna che dà alla luce un bambino concepito con la riproduzione assistita è considerata la madre dello stesso, a prescindere che tra i due vi sia un legame di sangue; di conseguenza, ai fini dell'attribuzione dello *status* materno, non rileva che il bambino sia stato, ad esempio, concepito con l'ovocita della committente<sup>37</sup>. Il § 31, rubricato come «*Surrogatmoderskab*» (maternità surrogata), stabilisce che non è valido l'accordo in base al quale una donna che dà alla luce un bambino dovrà consegnarlo a terzi dopo la nascita. Il § 15 della Legge sulle adozioni (*Adoptionsloven*)<sup>38</sup> vieta di pronunciare un provvedimento di adozione se uno dei soggetti il cui consenso sia essenziale per l'adozione, abbia dato o ricevuto un compenso o altro corrispettivo, anche a titolo di risarcimento<sup>39</sup>. Si tratta di norme che, come accade nella legislazione italiana, disciplinano gli effetti civili della maternità surrogata in capo al minore, pur non precludendo – fermi i limiti indicati nel summenzionato § 15 – l'adozione del minore da parte della committente.

### 3.1. Le fattispecie incriminatrici della maternità surrogata: l'intervento sanitario, la mediazione negli accordi tra le parti coinvolte e la pubblicizzazione (anche in caso di gestazione naturale)

Il fenomeno della surrogazione di maternità, come riscontrato anche rispetto all'ordinamento tedesco, è stato oggetto di una strategia repressiva fondata sull'incriminazione dei soli soggetti esterni all'accordo, attraverso due diverse classi di reati in materia: il primo è realizzabile dal medico che applichi le tecniche in presenza di un accordo tra la madre surrogata e il committente, il secondo da coloro che facciano da mediatori tra le parti, o che ne pubblicizzino la disponibilità, anche nel caso di gestazione naturale su commissione.

Sul piano dei limiti ai trattamenti procreativi connessi alla maternità surrogata, il § 13 della legge sulla P.M.A. prevede che la riproduzione assistita non possa aver luogo in presenza di un accordo («*aftale*») tra la donna su cui si vuole indurre la gravidanza e un terzo, in base al quale la prima partorirà un figlio nell'interesse di questo (accordo che la norma definisce, appunto, di «*surrogatmoderskab*», cioè di maternità surrogata)<sup>40</sup>: la norma, quindi, non fa alcuna distinzione tra la surrogazione di maternità parziale e totale, né tra la stipulazione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito<sup>41</sup>. Il medico, im-

35 Secondo S. Mohr, J. Rothmar Herrmann, *The politics of Danish IVF: reproducing the nation by making parents through selective reproductive technologies*, in *BioSocieties*, 2022, 17, p. 300, non si tratta di discriminazioni fondate sul genere: «*Rather, the selective potential of Danish IVF in its current state is a question of what kinds of parenthood and citizenship ideals people are identified to represent and fulfill by those state agencies that regulate the access to and use of reproductive technologies.*»

36 Bekendtgørelse af børneloven, LBK nr 772 af 07/08/2019, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/772>.

37 Si vedano S. Mohr, L. Koch, *Transforming social contracts: the social and cultural history of IVF in Denmark*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2016, 2, p. 90.

38 Bekendtgørelse af adoptionsloven, LBK nr 775 af 07/08/2019, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/775>.

39 Secondo F.H. Pedersen, *Forældremyndighed*, cit., p. 76 ss., la *partner* del committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione assistita della madre surrogata, può comunque ottenere l'affidamento congiunto del minore – nonostante la prestazione di un indennizzo alla gestante – se ciò corrisponda al migliore interesse dello stesso.

40 Letteralmente: «*Assisteret reproduktion må ikke finde sted, når der foreligger en aftale mellem den kvinde, hvor graviditet søges etableret, og en anden om, at kvinden skal føde et barn til denne (surrogatmoderskab)*».

41 Così T. Søbirk Petersen, J. Rothmar Herrmann, *Altruistisk surrogatmoderskab: Bør loven moderniseres*, in *Bibliotek for Læger*, 2019, 211(1), pp. 44 ss., che si mostrano critici sulla criminalizzazione dell'applicazione della P.M.A. sulla base di un accordo altruistico tra le parti. Ritengono che, oltre alla maternità surrogata a scopo solidaristico, anche la maternità surrogata a titolo oneroso dovrebbe essere sottratta al campo del diritto penale, privilegiando l'aspetto dell'autonomia privata dell'individuo e valorizzando il confronto con le adozioni internazionali, A.C. Gottlieb, M. Nørgaard Lyngsø, *Må jeg sælge mig selv og mit barn?*, in *Politica* 51, 2019, nr. 2, pp. 243 ss.

plicito destinatario del divieto, può essere ritenuto responsabile del reato di cui al successivo § 29 – che punisce la violazione del § 13 – non solo quando sia a conoscenza dell'accordo di surrogazione, ma anche quando avrebbe potuto rendersi conto della sua esistenza usando la dovuta diligenza, in base alla norma codicistica (§ 19 c.p.)<sup>42</sup> secondo cui i reati inseriti al di fuori del codice penale, nella legislazione complementare, sono puniti anche a titolo di negligenza («*uagtsomhed*»), salvo che la legge disponga altrimenti<sup>43</sup>.

La specifica ipotesi della maternità surrogata “totale” o “gestazionale” risulta poi contrastata, anche se solo indirettamente, dal generale disposto dell'art. 5 della stessa legge<sup>44</sup>, secondo cui se l'ovocita non proviene dalla donna che partorerà il bambino, e gli spermatozoi non provengono dal suo *partner*, la riproduzione assistita può essere applicata solo quando l'utilizzo di entrambi i gameti esterni sia giustificato da esigenze mediche e gli stessi vengano donati in forma non anonima<sup>45</sup>: dato che la legge fa chiaramente riferimento alla salute della diretta ricorrente alle tecniche, e quindi, nel caso di specie, della madre surrogata, è evidente che l'utilizzo di un ovocita a lei estraneo non sia ammissibile nell'ambito di una procedura procreativa finalizzata a rimediare ai problemi di infertilità di una terza donna, ossia della committente la gravidanza.

La violazione dei suddetti divieti, in base al § 29<sup>46</sup>, è punita con la multa o con la reclusione fino a quattro mesi, con espressa esclusione della punibilità – evidentemente a titolo di concorso nel reato del sanitario – del donatore di spermatozoi, della donatrice di ovociti, e della donna o della coppia che abbia prestato il suo consenso alla P.M.A., facendovi ricorso. Nonostante quest'ultima clausola non menzioni espressamente i soggetti coinvolti nell'accordo di surrogazione, la madre surrogata non dovrebbe essere punibile in quanto diretta beneficiaria delle tecniche, avendo a tal fine prestato il suo formale consenso. Per quanto riguarda gli aspiranti genitori, in base alla *littera legis* può ritenersi che gli stessi non siano punibili per l'eventuale prestazione dei propri gameti per la fecondazione della madre surrogata, in violazione del § 5. Tuttavia non essendo stata prevista alcuna esenzione di pena per chi commissioni la gravidanza, si può ritenere che quando i genitori di intenzione concorrono con il medico – per lo più nella veste di istigatori – nella violazione di cui al § 13, siano punibili in base al combinato disposto del § 29 della Legge sulla P.M.A. e del § 23 c.p., tenendosi ulteriormente conto che il terzo comma della disposizione da ultimo menzionata consente (trattandosi di un reato sanzionato con la reclusione non superiore a quattro mesi) l'esclusione della punibilità di chi, tra l'altro, si sia limitato a rafforzare un altrui proposito criminoso già autonomamente formatosi: si pensi all'ipotesi in cui sia stata l'aspirante madre surrogata a rivolgersi individualmente al medico.

Per quanto concerne l'*Adoptionsloven*, il primo comma del § 33 prevede che non si possa prestare o ricevere un aiuto allo scopo di mettere in contatto una donna e un terzo che vuole che la donna partorisca un bambino nel suo interesse<sup>47</sup>; il secondo comma vieta la pubblicizzazione finalizzata a consentire la messa in contatto di cui al comma 1<sup>48</sup>. Il § 34 punisce la violazione dei predetti divieti con la multa o con la reclusione fino a quattro mesi, ma in questo caso – a differenza di quanto stabilito in Germania dal § 14-b dell'*AdVermiG* per il reato di *Ersatzmuttervermittlung* – la legge non ha escluso la responsabilità né dell'aspirante gestante né del genitore di intenzione che richiedano, anche tramite pubblicizzazione della propria disponibilità, l'aiuto del mediatore per mettersi in contatto con la rispettiva controparte dell'accordo. Questa omissione solleva dubbi di coerenza sistematica alla luce dell'opposta scelta del legislatore di non punire direttamente le condotte contrattuali dei soggetti direttamente coinvolti, e di prevedere una clausola di non punibilità per i reati indicati nel § 29 della legge sulla P.M.A.

42 Bekendtgørelse af straffeloven, LBK nr 1851 af 20/09/2021, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2021/1851>.

43 Si veda B. von Eyben, *Begrebet grov uagtsomhed på forskellige retsområder, Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.-20. august 1993*, Bind 2, Copenhagen, Udgivet af den Danske Styrelse, 1993, pp. 599 ss., 603, che si soffermò sulle eccezioni in materia fiscale e tributaria, in cui la legge aveva previsto la punibilità dei reati per dolo o per grave negligenza («*forsætlige og groft uagtsomme overtrædelser*»).

44 Cfr. Det Etske Råd, Udtalelse om surrogatmoderskab i Danmark, 24-01-2023, in *Nationalt Center for Etik*, <https://nationalt-centerforetik.dk/Media/638103312611594795/Udtalelse,%20surrogatmoderskab%20250123.pdf>.

45 Letteralmente: «*Stammer ægcellen ikke fra den kvinde, der skal føde barnet, og stammer sæden ikke fra hendes partner, må der kun etableres assisteret reproduktion, hvor brug af både doneret sæd og doneret ægcelle er sundhedsfagligt begrundet og enten sæden eller ægcellen er doneret i ikkeanonym form*».

46 La clausola sanzionatoria di cui al § 29 fa rinvio alla violazione di una serie di divieti, tra cui quelli previsti dai §§ 5 e 13.

47 Letteralmente: «*Hjælp må ikke ydes eller modtages med henblik på at opnå forbindelse mellem en kvinde og en anden, der ønsker, at kvinden skal føde et barn til denne*».

48 Letteralmente: «*Annoncering må ikke foretages med henblik på at opnå en forbindelse, som nævnt i stk. 1*».



Anche in queste ipotesi normative, così come rilevato per l'ordinamento tedesco, l'incriminazione della mediazione nella maternità surrogata prescinde dall'applicazione di trattamenti medici, potendo profilarsi, in assenza di confini tracciati dalla norma, anche nella gestazione naturalmente iniziata nell'interesse altrui.

Tutte le norme incriminatrici formulate in materia sono poste a protezione della salute psicofisica della gestante<sup>49</sup>, perseguendo anche lo scopo di salvaguardare le relazioni legali di genitorialità<sup>50</sup>, fondate, per quanto riguarda la posizione materna, sull'evento del parto. Solo in via eventuale è tutelata la dignità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo, nei casi in cui si tratti di contratti facilitati da una mediazione a fini di lucro, poiché le norme non contemplano tale finalità nella costruzione delle fattispecie, nonostante i dibattiti nella dottrina danese si siano focalizzati soprattutto sull'illiceità della commercializzazione della maternità surrogata<sup>51</sup>.

#### 4. La Svizzera: la base costituzionale dei divieti in materia di surrogazione di maternità e i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione assistita

Particolarmente rigoroso è l'approccio dell'ordinamento svizzero sulla maternità surrogata, tanto che l'art. 119, comma 2, d) della Costituzione<sup>52</sup>, nell'ambito dei principi strumentali alla tutela della dignità umana, della personalità e della famiglia, e in linea con l'intento di protezione dell'essere umano dagli abusi della medicina riproduttiva (comma 1), stabilisce espressamente che la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità surrogata sono inammissibili<sup>53</sup>: si tratta dell'unico ordinamento, tra quelli analizzati in questa sede, in cui il divieto della pratica in esame è stato addirittura elevato a norma della Legge costituzionale.

In materia, rilevano le previsioni della Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica del 1998 (LPAM), per come successivamente riformata<sup>54</sup>. È interessante notare come le tecniche siano applicabili soltanto a favore delle coppie (art. 1, comma 2), e come la fecondazione eterologa con il dono di spermatozoi possa essere attuata solo a beneficio di quelle coniugate (art. 3, comma 3); l'ovodonazione, invece, risulta assolutamente vietata (art. 4). Grazie alla riforma del diritto di famiglia entrata in vigore nel 2022, con cui sono stati anche introdotti i matrimoni *same-sex*, si è consentito alle coppie di donne sposate di ricorrere alla fecondazione assistita mediante l'apporto genetico di un donatore anonimo, con acquisizione della genitorialità anche da parte di colei che non abbia partorito il bambino così concepito (art. 255a c.c.)<sup>55</sup>, mentre restano escluse dalla P.M.A. le donne *singles*, gli uomini *singles* e le

49 Cfr. F.H. Pedersen, *Forældremyndighed i forbindelse med økonomisk kompenseret surrogatmoderskab*, in *Tidsskrift for Familie- og Arveret*, 2017, 2, p. 80.

50 Cfr. S. Mohr, L. Koch, *Transforming social contracts*, cit., p. 90.

51 *Ibidem*.

52 Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Stato 13 febbraio 2022), in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/it>.

53 Secondo M. Levy, *Art. 119. Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich*, in *Projet imaginaire de révision de la Constitution fédérale en hommage au Prof. Luzius Mader*, S. Weerts, C. Rossat-Favre, C. Guy-Ecabert, A. Benoît, A. Flückiger (eds.), Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2018, pp. 199 ss., il divieto collocato nella Costituzione svizzera persegue non solo lo scopo di evitare lo sfruttamento dei minori nati da madri surrogate, e delle stesse donne, ma anche quello di riaffermare un modello familiare tradizionale, conformemente ai limiti imposti dall'art. 14 alle coppie dello stesso sesso, in relazione al matrimonio e alla creazione di una famiglia. Sostiene che l'art. 119 miri a tutelare l'istituzione familiare, come prerequisito necessario per la realizzazione del diritto individuale a formare una famiglia e alla protezione della propria vita familiare, D. Picocchi, *Kommentar zu Art. 119 BV*, in *Fortpflanzungsmedizingesetz*, A. Büchler, B. Rütsche (hrsgg.), Bern, Stämpfli Verlag, 2020, p. 118, § 42. Ritengono che la dignità sia il bene giuridico tutelato dai divieti formulati nell'art. 119 della Costituzione, R. Reusser, R.J. Schweizer, *Art. 119. Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich*, in *St. Galler BV-Kommentar*, B. Ehrenzeller, P. Egli, P. Hettich, P. Hongler, B. Schindler, S.G. Schmid, R.J. Schweizer (hrsgg.), 2. Aufl., Zürich-St. Gallen-Genf, Dike-Schulthess, 2023, pp. 3175 ss.

54 Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione, LPAM) del 18 dicembre 1998 (Stato 1° luglio 2023), in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/en>.

55 Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (Stato 1° settembre 2023), in *Confederazione svizzera*, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/it](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/it), per come modificato dalla Legge Federale del 18 dicembre 2020 (Matrimonio per tutti),

coppie di uomini, anche se coniugati. La preclusione nei confronti di queste ultime due categorie, anche in questo ordinamento, è legata al divieto della surrogazione di maternità, a cui un uomo privo di una *partner* sarebbe fisiologicamente costretto a ricorrere.

#### 4.1. La repressione penale dell'intervento medico e della mediazione anche non lucrativa nella maternità surrogata

L'art. 2, comma 1, k), LPAM definisce la madre surrogata come una donna che sia disposta a rimanere incinta attraverso le tecniche di riproduzione assistita, a condurre a termine la gravidanza e a consegnare definitivamente il bambino a terzi dopo il parto: così come si è riscontrato nell'*ESchG* dell'ordinamento tedesco, nessun riferimento è stato fatto a un eventuale accordo con un soggetto committente, essendo sufficiente l'intenzione della donna di sottoporsi ai trattamenti nell'interesse di terzi, anche quando questi vengano individuati in un momento successivo all'avvio della gravidanza.

La pratica è vietata, insieme alla donazione di ovociti e di embrioni, dall'art. 4. Optando per una strategia repressiva indiretta del fenomeno, simile alle scelte di politica criminale adottate nell'ordinamento tedesco e in quello danese, l'art. 31 sanziona, con una pena detentiva fino a tre anni o con una pena pecuniaria, chiunque applica una tecnica di riproduzione assistita su una madre surrogata (primo comma) e chi fa da mediatore per la maternità surrogata (secondo comma). In entrambi i casi, si avrà punibilità solo se l'autore del fatto sia a conoscenza della volontà della donna di condurre la gravidanza nell'altrui interesse, non essendo stata prevista dalla legge la responsabilità a titolo di colpa (art. 12 c.p.)<sup>56</sup>.

L'implicito rinvio alla definizione data nell'art. 2, oltre che la stessa collocazione sistematica delle norme in materia, implica che anche il campo applicativo del delitto di mediazione debba essere circoscritto alla sola maternità surrogata attuata attraverso le tecniche mediche, con esclusione della mediazione nella gestazione per altri iniziata attraverso le vie naturali, invece punita secondo le normative degli ordinamenti finora analizzati.

L'intenzione del legislatore è stata quella di tutelare le donne e i minori contro i pericoli di sfruttamento sottesi a questa pratica<sup>57</sup>, sebbene, in assenza di riferimenti normativi al lucro conseguito o soltanto perseguito dagli autori dei fatti di reato, siano punibili anche le condotte realizzate a fini puramente altruistici (si pensi a un parente o a un amico della coppia, o della donna, che metta gratuitamente in comunicazione le due parti): si addivene, in tal modo, a una tutela oltranzista della dignità umana, indipendente da una mercificazione, diretta o indiretta, della gestante o del concepito, alla stregua di quanto avviene nell'ordinamento danese, in cui pure è punita la mediazione *tout court*. In tal senso, anche il Consiglio federale svizzero ha rilevato che «*Il ne peut donc pas résulter de manière générale de l'art. 7 en relation avec l'art. 119 al. 2 CF que chaque cas de maternité de substitution porte atteinte à la dignité de la mère porteuse ou de l'enfant*»<sup>58</sup>.

Nonostante il soggetto attivo sia, nella prima fattispecie, il sanitario (in quanto soggetto che "applica" i trattamenti), e, nella seconda, il mediatore, può ritenersi che i committenti possano essere responsabili a titolo di istigazione o di complicità (artt. 24 e 25 c.p.) nei reati menzionati<sup>59</sup>: a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, e parzialmente in quello danese, infatti, la legge svizzera non presenta clausole di non punibilità *ad hoc*. Ricorrendo all'interpretazione sistematica, può ritenersi che, invece, il legislatore non abbia voluto in alcun modo consentire la punibilità della madre surrogata, in quanto essa è menzionata in entrambe le norme incriminatrici come concorrente necessario del reato senza che, tuttavia, sia stato fatto riferimento a una sua condotta da punire, a differenza di quanto avven-

in vigore dal 1° luglio 2022, in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/2687/it/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-2687-it-pdf-a.pdf>.

56 Codice penale svizzero del 21 dicembre 1973 (Stato 1° settembre 2023), in *Confederazione svizzera*, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/it](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/it).

57 Cfr. Schweizerischen Bundesrates, Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (*Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG*), n. 96.058, 26 giugno 1996, § 324.203, *Leihmutterchaft* (Art. 31), in *10 Bundesblatt 148. Jahrgang. Bd. III*, 1996-382, p. 279.

58 *Confédération suisse, Maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat Fehr (12.3917) et expertise de l'Office fédéral de la Justice du 15 mai 2013*, in *Confédération suisse*, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2013-11-29.html>, § 3.5., p. 40.

59 Si veda N. Bertschi, *Leihmutterchaft. Theorie, Praxis und rechtliche. Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, p. 25.

nuto nell'art. 118 c.p. sull'interruzione di gravidanza<sup>60</sup>: si tratterebbe, seguendo questa linea esegetica, di un'opzione di politica criminale ispirata al paternalismo indiretto, come d'altronde si evince dal Messaggio del Consiglio federale svizzero relativo alla legge sulla P.M.A., che conferma la non punibilità della madre surrogata per il delitto di cui all'art. 31<sup>61</sup>.

Va, infine, segnalato che la maternità legale spetta alla partoriente, ex art. 252, comma 1, del codice civile, e che il committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione potrà riconoscere il figlio in base al secondo comma della medesima disposizione. L'eventuale *partner* dello stesso potrà procedere all'adozione del figlio del congiunto secondo l'art. 264c c.c., rimedio ormai fruibile (in seguito alla riforma del 2018) anche dal *partner* registrato di una coppia *same-sex*, come recentemente ribadito dalla Corte Edu<sup>62</sup>.

## 5. L'Olanda: la maternità surrogata come fenomeno normativamente regolato

Nell'ordinamento olandese la maternità surrogata attraverso procreazione medicalmente assistita risulta consentita a certe condizioni, sebbene l'accordo tra le parti non sia suscettibile di esecuzione giudiziale e non rilevi sul piano dell'attribuzione dello *status* genitoriale in capo al minore così concepito.

La prima apertura si è avuta con il parere del Ministro della salute, del welfare e dello sport, del 1997<sup>63</sup>, con cui si è autorizzata l'attuazione della fecondazione *in vitro* finalizzata alla surrogazione di maternità, a condizione che la madre di intenzione presenti una patologia che le impedisca di avviare e proseguire con successo una gravidanza, che tutti i soggetti coinvolti siano stati adeguatamente informati e che la madre surrogata abbia già avuto almeno un figlio. Immediatamente successiva è stata l'emanazione, da parte del governo olandese, del *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie*<sup>64</sup>, secondo cui l'applicazione della fecondazione *in vitro* in combinazione con la maternità surrogata deve avvenire in conformità alla *Richtlijn* dell'Associazione Olandese di Ostetricia e Ginecologia (NVOG). Nelle linee guida del 1999, tra l'altro, si ammetteva la maternità surrogata con fecondazione *in vitro* (I.V.F.) soltanto mediante l'utilizzo dei gameti di entrambi i *partners* committenti (cd. *'hoog-technologisch' draagmoederschap*), con esclusione, tra l'altro, delle coppie *same-sex*<sup>65</sup>. Con la revisione delle linee guida nel 2016<sup>66</sup>, e soprattutto in seguito all'adozione del *Modelreglement Embryowet* nel 2018<sup>67</sup>, redatto dalla stessa NVOG insieme all'Associazione per l'Embriologia clinica (KLEM), la suddetta condizione di appartenenza ge-

60 *Ibidem*, spec. nota 129. Secondo l'art. 118 c.p., «1. Chiunque interrompe una gravidanza con il consenso della gestante, istiga una gestante ad interrompere la gravidanza o le presta aiuto nel farlo, senza che le condizioni dell'articolo 119 siano adempiute, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. Chiunque interrompe una gravidanza senza il consenso della gestante è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.

3. La gestante che interrompe la gravidanza da sola o con l'aiuto di un terzo o partecipa altrimenti a interromperla dopo la dodicesima settimana dall'inizio dell'ultima mestruazione, senza che le condizioni dell'articolo 119 capoverso 1 siano adempiute, è punita con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

4. Nei casi di cui ai capoversi 1 e 3, l'azione penale si prescrive in tre anni».

61 Schweizerischen Bundesrates, *Botschaft*, cit., p. 279.

62 Si veda Corte Edu, 22 novembre 2022, *D.B. and others v. Switzerland*, ric. nn. 58817/15-58252/15.

63 Rijksbegroting van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor het jaar 1997. Brief minister inzake de aanbevelingen van de Gezondheidsraad over ideëel draagmoederschap, Rijswijk, 14 februari 1997, in *Sdu NDFR*, <https://www.ndfr.nl/content/kst-25000-XVI-51>.

64 La prima versione risale al 1998, in *Overheid.nl*, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-1998-95-p14-SC13948.pdf>. La versione attualmente in vigore è quella del 2016, per come successivamente riformata, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038113/2018-08-01>.

65 Cfr. L. Pluym, *Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands Recht*, in *Familie e Recht*, mei 2015, nr. 27-28.

66 NVOG-standpunt Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's en draagmoederschap, June 2016, in *NVOG*, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2018/02/Geassisteerde-voortplanting-met-gedoneerde-gameten-en-gedoneerde-embryo%E2%80%99-1.0-08-07-2016.pdf>.

67 Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie (NVOG) - Vereniging voor Klinische Embryologie (KLEM), *Modelreglement Embryowet*, 27 augustus 2018, in *NVOG*, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2018/08/Modelreglement-Embryowet-NVOG-en-KLEM-definitief-augustus-2018.pdf>.

netica totale dell'embrione alla coppia committente è venuta meno, ed è stata prevista e regolamentata anche la surrogazione di maternità con I.V.F. per le coppie *same-sex*, per lo più composte da uomini<sup>68</sup>, oltre che per le coppie *opposite-sex* in cui soltanto uno dei *partners* fornisca il proprio gamete per la fecondazione. È previsto, inoltre, che, in casi eccezionali, possa ammettersi la maternità surrogata anche in assenza di un qualunque legame genetico dei committenti con il minore. La cd. maternità surrogata tradizionale, in cui la gestante risulta essere anche madre genetica del minore (cd. '*laag-technologisch draagmoederschap*'), resta esclusa dalla disciplina della procreazione medicalmente assistita, in quanto si tratta di un fenomeno realizzabile anche attraverso le vie naturali<sup>69</sup>.

Per quanto riguarda il contrasto alla mercificazione del corpo femminile, oltre alle fattispecie penali che esamineremo nel prosieguo, è interessante notare che già le prime norme emanate in materia dalle associazioni professionali competenti, consentivano l'intervento medico solo in assenza del pagamento di un corrispettivo alla gestante e dell'intermediazione di terzi a fini commerciali. Il *Modelreglement* del 2018 ha, infine, consentito agli aspiranti genitori di rimborsare alla madre surrogata le spese effettivamente sostenute per sottoporsi alla procedura<sup>70</sup>.

Mancano istituti civilistici *ad hoc*, finalizzati all'acquisizione della genitorialità da parte dei committenti la gravidanza nel proprio interesse: la madre legale del nato è colei che lo ha partorito (art. 1:198 del codice civile<sup>71</sup>) e la paternità spetta al marito della donna o a colui che abbia riconosciuto il minore, come il committente che abbia un legame genetico con lo stesso (art. 1:199 c.c.); in quest'ultimo caso, il *partner* o la *partner* del padre genetico, potrà, con il consenso della madre gestazionale, adire l'autorità giudiziaria per richiedere l'adozione del bambino (art. 1:227 ss. c.c.). La coppia potrà ricorrere all'adozione congiunta quando nessuno dei due suoi componenti abbia un legame genetico con il minore.

Il ricorso al diritto penale risulta limitato alla repressione dei soggetti che pubblicizzano la disponibilità dei genitori di intenzione o della madre surrogata o che, in una fase successiva, si interpongono, nelle vesti di professionisti o imprenditori, nella conclusione dell'accordo tra gli stessi. Il committente e la surrogata, invece, non sono considerati responsabili per il fatto di stipulare l'accordo, nemmeno se a titolo oneroso, salva la loro punibilità nel caso di pubblicizzazione della propria disponibilità.

### 5.1. La repressione della pubblicizzazione e della mediazione professionale e imprenditoriale nella surrogazione di maternità mediante trattamenti medici o in via naturale

Il prospettato quadro sintetico della strategia repressiva adottata dà già l'idea che il legislatore abbia inteso prevenire la conclusione degli accordi di surrogazione, incriminando soltanto quei soggetti estranei che si interpongono nell'accordo tra le parti a titolo professionale e con un conseguente, pur non esplicitato, scopo di lucro. Il fenomeno, nella sua dimensione contrattualistica, è stato invece collocato nella sfera privata e intangibile dell'individuo fisicamente od emotivamente coinvolto nelle questioni relative alla procreazione e alla genitorialità.

Va, anzitutto, prestata attenzione alla definizione resa dal terzo comma dell'art. 151-b del codice penale<sup>72</sup>, secondo cui è considerata madre surrogata la donna rimasta incinta con l'intenzione di dare alla luce un bambino nell'interesse di un'altra persona che desidera acquisirne la potestà genitoriale o comunque prendersene cura ed educarlo in modo permanente<sup>73</sup>. Appare subito chiaro, per la genericità della formulazione della norma, che il fenomeno della maternità surrogata possa prendere forma non solo nel contesto dei trattamenti di procreazione medicalmente assistita – per cui, comunque, è stata prevista una specifica regolamentazione del fenomeno – ma anche nell'ambito delle gestazioni iniziate naturalmente. Ciò che invece emerge *ictu oculi* dalla definizione legislativa, con conseguente limitazione

68 Solo rispetto alla coppia *same-sex* al maschile, infatti, si rende fisiologicamente sempre necessario l'ausilio della madre surrogata per la gestazione, mentre, nel caso delle coppie di donne, questa pratica potrebbe essere necessaria solo quando entrambe soffrano di un'anomalia o della mancanza dell'utero.

69 Cfr. I. Curry-Sumner, M. Vonk, *Surrogacy in the Netherlands*, in *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013, pp. 280 ss.

70 Sul problema della quantificazione delle spese rimborsabili e del *discrimen* rispetto alla vera e propria mercificazione, si vedano J. Blazier, R. Janssens, *Regulating the International Surrogacy Market: the Ethics of Commercial Surrogacy in the Netherlands and India*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2020, 23, pp. 621 ss.

71 Burgerlijk Wetboek Boek 1, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2023-07-01>.

72 Wetboek van Strafrecht, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2023-09-01>.

73 Letteralmente: «*Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen*».



del campo applicativo dei reati connessi a questa pratica e con notevoli problemi sul piano probatorio<sup>74</sup>, è che la volontà della donna di condurre la gravidanza nell'interesse altrui debba avere condizionato l'inizio stesso della gestazione, e quindi essere preesistente alla stessa, dato che la norma definisce la madre surrogata come una donna "rimasta incinta con l'intenzione" («*die zwanger is geworden met het voornemen*») di portare avanti la gravidanza a beneficio dei genitori di intenzione. Si tratta di un tratto comune agli ordinamenti già analizzati e a quelli che saranno successivamente esaminati, in cui, anche dove non compare un'espressa menzione della previa intenzione della gestante su commissione, c'è comunque un costante riferimento all'accordo intervenuto tra le parti prima dell'avvio della gravidanza. Si pensi, in particolare, alla Germania, ove la definizione contenuta nell'*ESchG* richiede la volontà della donna di rivestire il ruolo di gestante su commissione (così come avviene nella legge svizzera), mentre quella formulata nell'*AdVermiG*, oltre a riferirsi alla previa intenzione della donna, contempla pure la necessità di un previo accordo tra le parti (accordo a cui, invece, si fa esclusivo riferimento nella legge danese).

Dal punto di vista delle incriminazioni a tal fine previste, ricomprese tra i reati contro l'ordine pubblico, lo stesso art. 151-b, al primo comma, punisce con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 22.500 euro (cd. multa di quarta categoria, ex art. 23, comma 4, c.p.) chiunque, nell'esercizio di una professione o di un'impresa, volontariamente determina o agevola le trattative o gli accordi, diretti o indiretti, tra una madre surrogata (dunque già incinta) o una donna intenzionata a diventare tale (cioè non ancora incinta), e un'altra persona intenzionata a realizzare gli scopi cui al comma 3<sup>75</sup>. Il secondo comma, inoltre, punisce con la stessa pena sia il soggetto che pubblicamente offre servizi consistenti nell'avvio o nella promozione di trattative o di accordi di cui al primo comma (lett. a.), sia la persona che pubblicizza l'intenzione di una donna di diventare madre surrogata o la sua attuale disponibilità come tale, o che pubblicizza la ricerca di una donna intenzionata a diventare una madre surrogata o già disponibile in quanto tale (lett. b.)<sup>76</sup>.

Come è evidente, le fattispecie formulate nel primo comma e nella lett. a. del secondo comma puniscono soltanto i soggetti terzi che si interpongono, come mediatori, nell'accordo tra la madre surrogata e i committenti la gravidanza; tale accordo, invece, è escluso dall'incriminazione, per cui suole dirsi che la norma mira a punire la mediazione professionale e commerciale nella surrogazione di maternità, e non la surrogazione in sé, anche quando si realizzi a titolo oneroso<sup>77</sup>. A tal riguardo si ritiene che la *ratio* di queste figure di reato sia disincentivare la surrogazione di maternità attraverso l'autonoma repressione del contributo dato da terzi alla conclusione del patto tra le parti<sup>78</sup>.

Nessuna delle norme fa espresso riferimento a uno scopo lucrativo o a un carattere oggettivamente economico dell'opera di mediazione, che si può presumere esclusivamente sulla base delle qualifiche

74 Cfr. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 1990-1991, 21 968, *Aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap*, Memorie Vain Toelichting, § 3, in *Overheid.nl*, [https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033110/1/pdf/SGD\\_19901991\\_0006544.pdf](https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033110/1/pdf/SGD_19901991_0006544.pdf). Si consideri, tuttavia, che, sul piano degli interventi repressivi esplicitamente mirati a colpire i mediatori nella stipulazione dell'accordo, l'art. 151-c incrimina chiunque, nell'esercizio di una professione o nella conduzione di un'impresa, determina o agevola volontariamente trattative, dirette o indirette, tra una donna e un'altra persona a cui la prima sia intenzionata a trasferire permanentemente la responsabilità delle cure e dell'educazione del minore. In questo caso, l'assenza di un qualunque riferimento alla maternità surrogata o di un rinvio formale alla definizione di cui all'art. 151-b, terzo comma, disvela che la fattispecie possa applicarsi a colui che faccia da mediatore nell'accordo di cessione del bambino a terzi nel caso di semplici gravidanze indesiderate o, comunque, anche in quelle ipotesi in cui il sospetto che la donna coinvolta sia una madre surrogata, non sia sorretto dalla prova che la volontà di condurre la gravidanza a beneficio di terzi fosse preesistente e determinante rispetto all'avvio della stessa gestazione.

75 Letteralmente: «*Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie*».

76 Letteralmente: «*Met dezelfde straf wordt gestraft:*  
*a. degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;*  
*b. degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht*».

77 Cfr. K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama, M. Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen (Surrogacy and illegal placement of children)*, Utrecht, Utrecht Centre for European research into Family Law, 2011, p. 34, ove si sottolinea che, per questa ragione, la maternità surrogata commerciale risulta impunita.

78 Id., *ivi*, p. 37. Conf. M.J. Vonk, *Maternity for another: a Double Dutch approach*, in *Collection Colloques Société de législation compare*, Paris, Société de législation compare, 2011, p. 1.

soggettive necessariamente rivestite dai soggetti attivi dei reati: dovrà trattarsi, cioè, di un soggetto che agisca nell'esercizio di una professione o di un'impresa (primo comma), o che, a tal fine, offra il suo servizio pubblicamente (secondo comma, lett. a.).

Sulla base dei precedenti rilievi sugli intenti repressivi delle forme di mercificazione "esterna" della maternità surrogata – cioè da parte di soggetti non coinvolti direttamente nella pratica – sembra poco coerente che la lett. b. del secondo comma dell'art. 151-b configuri la pubblicizzazione della surrogazione di maternità, che potrebbe avvenire attraverso giornali, riviste o siti web, come reato comune. La norma, infatti, non richiede la sussistenza di alcuna particolare qualifica professionale o aziendale in capo a chi pubblicizzi la disponibilità della madre surrogata o dei genitori di intenzione, tanto che si ritiene che soggetto attivo possa essere, oltre a un terzo, anche la stessa surrogata o l'aspirante genitore che faccia pubblicizzazione della propria disponibilità<sup>79</sup>, sebbene si tratti di un esito poco coerente con la scelta di non incriminare la stipulazione dell'accordo tra le stesse parti. Sarebbe stato ragionevole inserire, anche in questo caso, un riferimento al ruolo professionale o imprenditoriale del soggetto attivo del reato, in modo non solo da garantire l'impunità dei soggetti direttamente coinvolti, secondo esigenze di non contraddizione delle norme in materia, ma anche da reprimere le sole forme di agevolazione commerciale del fenomeno, secondo quelle che furono le linee direttrici della legge del 16 settembre 1993, che introdusse nel codice penale l'art. 151-b<sup>80</sup>.

## 5.2. La specifica ipotesi della maternità surrogata attuata mediante P.M.A. in vitro (cd. *Hoogtechnologisch draagmoederschap*): disciplina normativa e ambito di liceità dell'intervento sanitario

Abbiamo già osservato come le condizioni che consentono l'esecuzione delle tecniche di fecondazione assistita finalizzata alla maternità surrogata, sono contenute nelle linee guida della *NVOG* e nel *Modelreglement Embryowet* del 2018, tra cui figura il divieto di retribuire la madre surrogata con una somma di denaro che superi il ragionevole rimborso delle spese affrontate, il pieno consenso della gestante e del suo eventuale *partner*, la necessità – derogabile in casi eccezionali e con l'autorizzazione del Consiglio per la protezione dei minori (*Raad voor de Kinderbescherming* – *RDVK*) – che almeno uno dei due *partners* committenti abbia un legame genetico con il nascituro.

L'insussistenza delle suddette condizioni imporrebbe l'astensione del medico dall'applicare le metodiche sull'aspirante madre surrogata e, in ogni caso, potrebbe costituire un ostacolo all'adozione del minore da parte dei soggetti committenti la gravidanza. Non sono state, tuttavia, previste specifiche sanzioni penali per il medico che esegua le tecniche in violazione dei requisiti indicati nelle linee guida e nel regolamento.

In ogni caso, il sanitario non sarà penalmente responsabile per avere agevolato l'accordo di surrogazione di maternità, *ex art. 151-b c.p.*, purché abbia accettato di eseguire i trattamenti in una struttura sanitaria dotata di apposita licenza, come richiesto dall'art. 2 della Legge sulle procedure mediche speciali (*Wet op bijzondere medische verrichtingen*)<sup>81</sup>, a cui fa rinvio l'Appendice 2 del summenzionato *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie* del 2016. La presenza della licenza funge, in tal senso, da causa di giustificazione della mediazione professionale in ambito sanitario, coerentemente con l'intenzione del legislatore di escludere dal campo applicativo dei reati in materia il personale medico che operi nell'ambito del legittimo esercizio sue funzioni<sup>82</sup>. L'eventuale esecuzione del trattamento fuori da tali strutture autorizzate, dunque, potrà comportare per il sanitario non soltanto l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria non superiore a 33.500 euro, prevista dall'art. 12 della Legge sulle procedure mediche speciali, ma anche l'integrazione del reato di cui all'art. 151-b c.p.

In conclusione, va rilevato che la pur sommaria regolamentazione della maternità surrogata attuata attraverso P.M.A., spiega la mancanza di una fattispecie che incrimini il medico che esegua le tecniche sulla donna, conoscendo le sue reali intenzioni: questo dato lascia emergere che la normativa olandese

79 Così Kamerstukken II 1990-1991, 21 968 nr. B, pp. 1-2.

80 In tale direzione, si è pronunciato il Consiglio di Stato in un suo parere sul disegno di legge: Advies Raad van State, Aan de Koningin 's-Gravenhage, 6 december 1990, in *Overheid.nl*, [https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033112/1/pdf/SGD\\_19901991\\_0006546.pdf](https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033112/1/pdf/SGD_19901991_0006546.pdf).

81 *Wet op bijzondere medische verrichtingen*, Geraadpleegd op 13-09-2023, Geldend van 01-07-2021 t/m heden, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0008974/2021-07-01>. Così K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama, M. Vonk, *Draagmoederschap*, cit., p. 39.

82 Cfr. M.J. Vonk, K. Boele-Woelki, A. Fuchs, *Surrogacy and same-sex couples in The Netherlands*, in *Legal recognition of same-sex relationships in Europe National, cross-border and European perspectives*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge-Ann-Twerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 124.

si colloca in una zona intermedia tra gli ordinamenti che puniscono anche l'intervento sanitario sulla gestante per altri (Germania, Danimarca, Svizzera), e quelli che, come vedremo, disciplinano compiutamente sia le condizioni della surrogazione di maternità, sanzionandone l'inosservanza, sia gli effetti civili in capo ai soggetti committenti.

## 6. La Francia: i requisiti di accesso all'assistenza medica alla procreazione dopo la riforma del 2021 e la perdurante limitazione per gli uomini singles e in coppia same-sex

L'art. 2141-1 del Codice di pubblica sanità francese definisce l'«*assistance médicale à la procréation*» come l'insieme di quelle pratiche cliniche e biologiche che consentono il concepimento *in vitro*, la conservazione dei gameti, dei tessuti germinali e degli embrioni, il trasferimento degli embrioni e l'inseminazione artificiale. Il legislatore, come già si evince dalla tecnica definitoria utilizzata nella disposizione, ha inteso regolare il fenomeno procreativo nella misura in cui esso venga attuato mediante assistenza medica: come affermato dal Consiglio di stato, «*si la loi régit cette pratique, c'est parce que des médecins interviennent dans le processus procréatif, ce que sa dénomination traduit: ce n'est pas la procréation (procréation médicalement assistée) qui est régie, mais seulement l'activité médicale (assistance médicale à la procréation)*»<sup>83</sup>.

Prima della riforma del 2021, l'art. 2141-2 del Codice di pubblica sanità (*Code de la santé publique, CSP*)<sup>84</sup> prevedeva che l'assistenza medica alla procreazione dovesse perseguire lo scopo di rimediare all'infertilità di una coppia formata da un uomo e da una donna<sup>85</sup> o di evitare la trasmissione di una malattia particolarmente grave al concepito o a uno dei due *partners* di sesso opposto, previa diagnosi dai medici. La legge n. 1017/2021<sup>86</sup>, dopo un lungo dibattito parlamentare, ha eliminato il riferimento alle cause patologiche dell'infertilità come condizione oggettiva di accesso alle tecniche, per cui la norma oggi si limita a stabilire che la P.M.A. è generalmente destinata a rispondere a un progetto genitoriale dei richiedenti («*l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental*»)<sup>87</sup>. L'obiettivo di ampliare le cause legittime di ricorso alle metodiche, fino a includere persino la sterilità "sociale" – ossia dovuta alla mancanza di un *partner* di sesso opposto – è stato raggiunto congiuntamente alla modifica dei requisiti soggettivi di accesso, che oggi individuano, come soggetti legittimati, le coppie formate da un uomo e una donna, le coppie formate da due donne e le donne *singles*<sup>88</sup>, ferma la necessità, con specifico riferimento alle coppie, che, al momento dell'inseminazione o del trasferimento dell'embrione, entrambi i *partners* siano vivi, risultino ancora legati da una comunione di vita o da vincolo coniugale, e che nessuno dei due abbia revocato il suo consenso. La riforma, a tale scopo, ha anche disciplinato i rapporti di genitorialità delle coppie di donne, stabilendo che, ferma l'assegnazione della maternità alla partoriente, in base all'art. 311-25 del codice civile<sup>89</sup>, l'attribuzione dello *status* materno anche alla

83 Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, in *Conseil d'Etat*, [https://www.conseil-etat.fr/content/download/152110/file/etude-bioethique\\_ok.pdf](https://www.conseil-etat.fr/content/download/152110/file/etude-bioethique_ok.pdf), p. 36.

84 Code de la santé publique, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006072665/2023-10-09/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2023-10-09/).

85 Si noti che, sebbene l'incapacità di procreare che legittima l'accesso alle tecniche procreative, possa attenersi anche a uno soltanto dei membri della coppia, la norma faceva uso dell'espressione collettiva «*infertilité d'un couple*»: secondo I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 466, va sottolineato che «*la stérilité se présente souvent comme "une affaire de couple" et que le fonctionnement de la fécondité touche chacun des deux partenaires*». Si esprime in tal senso, nell'ambito delle scienze psicologiche, F. Cahen, *L'enfant impossible*, in *Persp. psych.*, 1978, n. 4, p. 358 ss.

86 LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000043886073/2021-08-04/>.

87 Si veda P. Curier-Roche, *La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique: «évolution-révolution» ?*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, 5, pp. 769 ss.

88 In argomento, si veda L. de Saint Pern, *La filiation des enfants à l'égard des couples de femmes et des femmes seules*, in *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, 2020/1, n. 25, pp. 19 ss.; J. Bellaisch-Allart, *L'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) pour les couples de femmes et les femmes seules: témoignage d'un responsable d'un centre d'AMP, quelles conséquences en pratique?*, in *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, 2022/2, n. 32, pp. 18 ss.

89 Code civil, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/): «*Article 311-25: La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant*».

sua *partner* verrà a dipendere dal previo consenso fornito a un notaio ai fini dell'accesso alla P.M.A. con donazione di spermatozoi (art. 342-10 c.c.) e dal successivo riconoscimento congiunto del minore (art. 342-11 c.c.).

L'inquadramento della materia nell'ambito dell'esercizio dell'attività medica, spiega il ricorso al diritto penale come strumento volto a reprimere l'esecuzione di interventi di P.M.A. per finalità estranee a quelle espressamente contemplate. A tal fine, l'art. 511-24 c.p.<sup>90</sup> stabilisce che l'esecuzione delle attività di assistenza medica alla procreazione per scopi diversi da quelli stabiliti all'art. 2141-2 del Codice di pubblica sanità è punita con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a 75.000 euro. Il bene giuridico protetto, come si evince anche dalla collocazione sistematica della norma incriminatrice tra le violazioni in materia di pubblica sanità, è la salute dei ricorrenti, che vanno sottoposti all'assistenza sanitaria alla procreazione soltanto se questa presenti per loro un'obiettiva utilità terapeutica, *lato sensu* intesa<sup>91</sup>, trattandosi di un'attività rischiosa, come può generalmente dirsi per qualunque trattamento medico. Si tratta di un reato "proprio", poiché realizzabile dal personale medico abilitato ad effettuare gli interventi di P.M.A. («*Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres...*»)<sup>92</sup>. Risulta comunque punibile la complicità, secondo il dettato dell'art. 121-7 c.p., di chi collabori materialmente con l'autore degli interventi procreativi vietati, oppure ne faciliti la preparazione o l'esecuzione (si pensi soprattutto al personale paramedico coinvolto); nonché di chiunque induca il personale medico a compiere gli interventi proibiti attraverso il ricorso alla minaccia, a un ordine, a un abuso di autorità o di potere (ad esempio, nel caso dei soggetti rivestiti di cariche superiori di carattere prettamente dirigenziale), oppure tramite dono o promessa (come potrebbe avvenire da parte dei soggetti beneficiari dell'intervento)<sup>93</sup>.

Resta precluso il ricorso alle tecniche da parte di uomini *singles* o in coppia *same-sex*, non solo perché queste categorie soggettive non sono contemplate tra quelle legittimate dall'art. 2141-2 CSP – e potrebbero pertanto essere punite come complici nel delitto di cui all'art. 511-24 c.p. – ma anche perché la maternità surrogata, di cui l'uomo privo di una *partner* necessiterebbe per la realizzazione della sua aspirazione genitoriale, è generalmente vietata, pur non essendo direttamente sanzionata.

### 6.1. Il divieto di procreazione e di gestazione per altri

L'ordinamento francese non ammette la maternità surrogata, né a titolo oneroso né a titolo gratuito: l'art. 16-7 del codice civile, introdotto con la legge n. 653/1994<sup>94</sup>, stabilisce che qualsiasi accordo finalizzato alla procreazione o alla gestazione per conto di terzi è nullo. La norma delinea una distinzione di principio tra «*procréation*» e «*gestation*» per conto altrui, pur in assenza di una puntuale definizione legislativa di entrambi i fenomeni. Il Consiglio di Stato francese ha ritenuto che la prima espressione identifichi la situazione della donna che si offra di portare in grembo, per conto di terzi, un embrione concepito con il suo stesso ovocita, e che la seconda riguardi l'ipotesi in cui la gestante sia geneticamente estranea al nato, che potrebbe essere stato quindi concepito con il gamete della donna committente o

90 Code pénal, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/).

91 Difatti, l'accesso alle tecniche di P.M.A., pur non costituendo un rimedio curativo delle diverse cause di sterilità, rappresenta un «*méthode de procréation alternative*»: I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, cit., p. 425. Cfr. anche J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, coll. *Connaissance du droit*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 85; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, p. 216, secondo cui l'evoluzione sociale ha portato a un ampliamento dell'attività medica lecita, in quanto l'interesse terapeutico *stricto sensu* inteso come curativo di un'infermità fisica è stato soppiantato da un generale "interesse medico" al benessere psichico. Invece, critico sulla funzione terapeutica dell'assistenza medica alla procreazione, evidentemente a causa di una personale concezione restrittiva del concetto di salute, è C. Neirinck, *L'anonymat du don de gamètes*, in *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat?*, P. Jouannet, R. Mieusset (sous la direction de), Paris, Springer, 2010, p. 258, secondo cui «*L'assistance médicale à la procréation est un palliatif à la stérilité; elle n'est ni un soin, ni un traitement*».

92 Così Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, Par M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, Sénateurs, n. 409, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 février 2016, in *Sénat*, <https://www.senat.fr/rap/r15-409/r15-409.html>, pp. 19-20.

93 La pena prevista per i complici, ai sensi dell'art. 121-6 c.p., sarà la stessa che la fattispecie commina direttamente per l'autore del reato, secondo una disciplina che conferma la preferenza legislativa verso il modello unitario del concorso di persone.

94 LOI no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000549619>.



di una terza donatrice<sup>95</sup>. Nel silenzio della legge, può ritenersi che il divieto abbia ad oggetto anche la procreazione per conto di terzi originata da un concepimento naturale, cioè avvenuto al di fuori dell'assistenza medica alla procreazione<sup>96</sup>.

La predetta disposizione si fonda su alcuni principi generali stabiliti nel medesimo capitolo del codice civile, dedicato al «*respect du corps humain*»: l'art. 16-1, secondo cui ciascuno ha diritto al rispetto del proprio corpo (primo comma), il corpo umano è inviolabile (secondo comma), il corpo umano, i suoi elementi e i suoi prodotti non possono costituire oggetto di diritti patrimoniali (terzo comma); l'art. 16-5, che prevede che gli accordi volti a conferire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi e ai suoi prodotti sono nulli; e l'art. 16-9 che qualifica le precedenti disposizioni come «*d'ordre public*». Essa, inoltre, si ricollega alle norme civilistiche che hanno positivizzato il principio *mater semper certa est*, collegando l'assunzione dello *status* materno all'evento della gravidanza: il summenzionato art. 311-25 e l'art. 332, primo comma, c.c. secondo cui la maternità può essere contestata dimostrando che la donna non ha dato alla luce il bambino.

Come già riscontrato negli ordinamenti finora analizzati, non esistono previsioni normative che puniscano specificamente le condotte contrattuali delle parti direttamente interessate. È assente, inoltre, una fattispecie incriminatrice dell'assistenza medica alla procreazione o alla gestazione per altri, così come rilevato per l'ordinamento olandese. Tuttavia, gli ultimi segmenti della fase esecutiva dell'accordo di surrogazione, ossia la consegna del minore ai committenti e l'alterazione del suo stato civile, possono rientrare nel campo applicativo dei reati contro la filiazione previsti dalla sezione IV del Capitolo VII del Titolo II del Libro II del codice penale («*Des atteintes à la filiation*»), sebbene questi ultimi abbiano una portata generale e non siano specificamente diretti a reprimere il fenomeno in esame. Si pensi, in particolare, al primo comma dell'art. 227-12 c.p., che incrimina con la reclusione fino a sei mesi e con la multa fino a 7.500 euro, il fatto di provocare, sia per uno scopo di lucro, sia attraverso dono, promessa, minaccia o abuso di autorità, i genitori o uno di loro ad abbandonare il nato o il nascituro<sup>97</sup>; all'art. 227-13 che, al primo comma, punisce con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 45.000 euro la sostituzione volontaria, la simulazione o la dissimulazione che causino un pregiudizio allo stato civile di un bambino<sup>98</sup>; all'art. 227-12, terzo comma, che incrimina l'intermediazione tra la gestante e i genitori di intenzione, come sarà analizzato nel prosieguo.

Si tratta di fattispecie dotate di un vasto campo di operatività, in grado di coprire qualunque forma di incitamento dei genitori all'abbandono del minore, di simulazione di parto, o di interposizione tra le parti, a prescindere che il bambino sia stato concepito con le tecniche di procreazione assistita o in via naturale, e che la gravidanza sia stata avviata con lo specifico scopo di asservire gli altrui interessi all'acquisizione della genitorialità, o meno.

95 Così Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009, cit., p. 47; H. Gaumont-Prat, *Bioéthique et droit. L'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011, pp. 150-151.

96 Così Conseil d'Etat, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain? – Etude adoptée en assemblée générale*, 28 juin 2018, in *Conseil d'Etat*, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-queelles-options-pour-demain>, p. 76.

97 Letteralmente: «*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende*». La dottrina ha, da tempo, individuato nella fattispecie uno strumento di contrasto alla procreazione e alla gestazione per altri: così F. Dreifuss-Netter, *Atteintes à la filiation*, in *Juris-classeur pénal*, fasc. 1040, 2000, sub art. 227-12; L. Brunet, *La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui: les excès du droit*, in *La gestation pour autrui*, G. David, R. Henrion, P. Jouannet, C. Bergoignan-Esper (sous la direction de), Paris, Lavoisier, 2011, p. 114, nota 34; H. Bosse-Platière, *Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française*, in *Informations sociales*, 3, 2006, p. 93, S. Epelboin, *Un utérus en prêt: pour qui, pourquoi et comment?*, in *Physiologie, pathologie et thérapie de la reproduction chez l'humain*, C. Poncelet, C. Sifer (sous la direction de), Paris, Springer-Verlag France, 2011, p. 677. Favorevole all'applicabilità del delitto di istigazione all'abbandono di cui all'art. 227-12 CP si è mostrato anche il Sénat, Session ordinaire de 2007-2008, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires sociales (1) et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (2) par le groupe de travail (3) sur la maternité pour autrui*, n. 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, in *Sénat*, <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>, p. 16. In giurisprudenza, sulla base del previgente art. 353-1 c.p., che già prima della riforma del codice penale incriminava il delitto di incitamento all'abbandono di un nascituro, il Consiglio di Stato, nel 1988, aveva rigettato il ricorso esperito dall'associazione *Les Cicognes* – che si occupava di facilitare l'esecuzione di accordi di gestazione per conto di altri, pur non perseguendo fini di lucro – contro la sentenza del Tribunale amministrativo di Strasburgo, che aveva confermato la decisione del prefetto della Bas-Rhin di negare l'iscrizione dell'associazione nell'apposito registro pubblico: *Assemblée du Conseil d'Etat*, 22 janvier 1988, n. 80936, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007738485/>.

98 Letteralmente: «*La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende*».

## 6.2. Il delitto di intermediazione nell'accordo di procreazione e di gestazione per altri

La fattispecie maggiormente focalizzata sul fenomeno in esame è quella prevista dall'art. 227-12, comma 3, c.p., anch'essa collocata tra i delitti contro le relazioni familiari, che punisce, con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a 15.000 euro, il fatto di interpersi tra una persona o una coppia di soggetti che desideri accogliere un bambino e una donna che accetti di portarlo in grembo allo scopo di consegnarlo ai primi, prevedendo il raddoppio della pena qualora l'intermediazione costituisca una condotta abituale o sia realizzata per fini di lucro<sup>99</sup>. Il quarto comma commina le medesime pene per il tentativo.

Il reato di intermediazione nell'illecita consegna del minore a terzi sembra ritagliato sul fenomeno della procreazione e della gestazione per altri, poiché la norma fa espresso riferimento «*une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre*». Tuttavia, la condotta, per come tipizzata, potrebbe concretizzarsi anche nel contesto di una surrogazione di maternità attuata attraverso la gestazione naturale, in tal senso riconnettendosi implicitamente alla generica definizione di cui all'art. 16-7 c.c., riferibile, come già sottolineato, alla procreazione e alla gestazione per altri, sia in via naturale sia in via medica. È evidente dunque, la similitudine con l'ordinamento tedesco, quello danese e quello olandese, in cui l'incriminazione dell'intermediazione tra le parti dell'accordo di surrogazione ha pure assunto tratti applicativi tanto ampi.

La fattispecie punisce chiunque si intrometta nella stipulazione o nell'esecuzione dell'accordo tra i soggetti committenti e la gestante: la norma infatti, non fa espresso riferimento alla fase conclusiva della consegna come oggetto dell'interposizione tra le parti né, in generale, al momento in cui l'opera di intermediazione debba verificarsi<sup>100</sup>. Il delitto è suscettibile di essere integrato a prescindere da un intento di sfruttamento economico della gestante: come stabilito nell'ultima parte della disposizione, il fine di lucro eventualmente perseguito dall'intermediario varrà soltanto a integrare una circostanza aggravante. Soggetti attivi del delitto in esame possono essere tutti coloro che facciano da intermediari nell'accordo di gestazione per altri: dunque non soltanto coloro che svolgano professionalmente, o comunque abitualmente, un'opera di interposizione tra le parti, ma anche i medici, gli infermieri e chiunque altro, anche per scopi puramente solidaristici, si intrometta *una tantum* per aiutare un soggetto o una coppia di *partners*, in condizioni di sterilità, a concludere l'accordo con una donna disposta a portare avanti la gravidanza nel loro interesse. Non può condividersi, invece, l'orientamento di chi ha ritenuto che le coppie committenti siano punibili come complici degli intermediari<sup>101</sup>: in realtà, la stessa costruzione della fattispecie come reato a concorso necessario "improprio", cioè con esclusiva punibilità dell'intermediario, sembra lasciare desumere l'implicita volontà legislativa di escludere la punibilità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo di surrogazione per il loro contegno "passivo" di destinatari dell'intermediazione, tranne che il loro contributo non si risolva nella mera accettazione dell'opera di interposizione, bensì si sostanzia in un vero e proprio reclutamento dell'intermediario.

L'inquadramento sistematico della fattispecie tra i delitti contro la filiazione, consente di chiarire che la sua prospettiva di tutela è orientata verso lo stato civile del minore, e non verso il benessere psicofisico dello stesso o la dignità della gestante su commissione, interessi spesso chiamati in causa da correnti di pensiero a forte connotazione etica come argomenti contrari alla realizzazione della surrogazione di maternità<sup>102</sup>.

99 Letteralmente: «*Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double*».

100 Cfr. B.M. Knoppers, S. Le Bris, *Maternité de substitution*, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*, G. Hottois, J.-N. Missa (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, p. 583, secondo cui, rispetto agli intermediari, si potrebbe prospettare un concorso tra il delitto di interposizione nella gestazione per altri e quello di incitamento all'abbandono del minore.

101 Cfr. Circolare CRIM 95-2 F3, *Commentaire des dispositions pénales contenues dans les lois du 29 juillet 1994 relatives à la bioéthique*, 19 janvier 1995, p. 5; in dottrina, C. Byk, *La loi relative au respect du corps humain*, in *JCP*, 1994, I, 3788, p. 412; S. Jacopin, *Droit pénal spécial. Les atteintes aux personnes*, II ed., Paris, Hachette Livre, 2013, § 156 B. *Contra* L. Brunet, *La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui*, cit., pp. 113-114, che invece ritiene che con la fattispecie non si possa incriminare alcun soggetto diverso dall'intermediario: «*Ni la femme porteuse ni les parents d'intention ne sauraient donc tomber sous le coup de la loi pénale*».

102 Cfr. Avis du Comité Consultative National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Rapport n. 3, 23 octobre 1984; H. Letur, *État des pratiques du don d'ovocytes en France et en Europe*, in *Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la Reproduction*, 36, 2007, p. 736.

## 7. L’Austria: i divieti generali in materia di accesso alla P.M.A. e di donazione di gameti e l’assenza di una fattispecie incriminatrice della surrogazione di maternità

Rispetto agli ordinamenti analizzati, quello austriaco si distingue per l’assenza di una norma che definisca o vieti esplicitamente la maternità surrogata. Nell’ambito dell’assistenza medica alla procreazione, la sua illiceità rappresenta una conseguenza implicita di una serie di divieti più generali formulati all’interno del *Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)* del 1992<sup>103</sup>, per come successivamente riformato dal *Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz (FMedRÄG)* del 2015<sup>104</sup>. Altro importante tratto distintivo riguarda la natura esclusivamente amministrativa del complesso sanzionatorio applicato per le violazioni, con esclusione del ricorso allo strumento penale.

Guardando ai precetti rilevanti in materia, sebbene in via soltanto indiretta, il § 2 del *FMedRÄG* prevede che la procreazione medicalmente assistita è consentita soltanto nell’ambito di un rapporto di matrimonio, di unione civile registrata o di convivenza tra i ricorrenti, per cui gli interventi attuati a favore di una donna e di un estraneo che le abbia commissionato la gravidanza nel proprio interesse risultano contrari a questa previsione<sup>105</sup>.

Il § 3, comma 1, permette di utilizzare soltanto l’ovocita della donna e gli spermatozoi dell’uomo che facciano congiuntamente ricorso alla P.M.A., salvo casi eccezionali indicati nei successivi commi<sup>106</sup>, con la conseguente illiceità, tra l’altro, della dissociazione tra la maternità genetica, legata all’appartenenza dell’ovocita, e quella biologica, legata alla conduzione della gestazione, quand’anche si tratti di una disarticolazione conseguente a un accordo che la madre genetica e quella biologica abbiano stipulato affinché la seconda consegna alla prima il bambino dopo il parto<sup>107</sup>. Ne consegue il divieto della maternità surrogata “gestazionale”, ossia dell’ipotesi in cui l’ovocita utilizzato per la fecondazione della madre surrogata sia stato fornito dalla donna committente, non potendo questa ipotesi assurgere a eccezione ragionevole al divieto di ovodonazione, secondo la disciplina dettata dalla normativa.

La parziale deroga al divieto assoluto di donazione di gameti è stata introdotta dalla riforma del 2015, in seguito alla quale, tra l’altro, sono state legittimate a ricorrere alle tecniche anche le coppie di donne avvinte da un’unione civile registrata o comunque conviventi: oggi anche costoro possono quindi beneficiare della donazione di ovociti; donazione che può essere intesa come “interna” alla coppia, nell’ipotesi in cui una *partner* doni il proprio ovocita all’altra, che si sia offerta di avviare la gravidanza nell’interesse di entrambe. La novella ha pure disciplinato la genitorialità della *partner* della ricorrente alle tecniche, modificando il § 144 del codice civile (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*)<sup>108</sup> e dichiarando applicabili alla stessa, *mutatis mutandis*, le norme concernenti la figura paterna. Nessuna

103 Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG), in *Rechtsinformationssystem des Bundes*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046>.

104 Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015), in *Rechtsinformationssystem des Bundes*, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2015\\_I\\_35/BGBLA\\_2015\\_I\\_35.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_35/BGBLA_2015_I_35.html).

105 Così E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 2016, p. 274; Id., *Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014, D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit (hrsgg.), Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015, pp. 82, 94 ss. secondo cui, in queste ipotesi, è come se la gestante su commissione venisse ammessa agli interventi di P.M.A. come *single*, contrariamente a quanto stabilito dal § 2 *FMedG*.

106 In base al secondo comma del § 3, gli spermatozoi di un donatore possono eccezionalmente essere utilizzati se quelli del coniuge o del *partner* non siano idonei alla riproduzione assistita o se la P.M.A. debba essere effettuata nell’ambito di un’unione civile registrata o di una convivenza tra due donne (con la riforma del 2015 è stato consentito l’accesso alle tecniche anche alle coppie di donne conviventi o che abbiano contratto un’unione civile registrata, su cui si veda *infra*). Secondo il terzo comma del § 3, gli ovociti di una donatrice possono eccezionalmente essere utilizzati se quelli della ricorrente non siano idonei alla riproduzione assistita e se quest’ultima non ha ancora compiuto i 45 anni al momento dell’inizio del trattamento.

107 Si vedano E. Bernat, U. Straka, *Austria: A Legal Ban on Surrogate Mothers and Fathers*, in *University of Louisville Journ. of Family Law*, vol. 31, 1992-1993, p. 277; E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht*, cit., p. 73, nota 36.

108 *Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, in <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.



apertura, invece, ha riguardato l'accesso alle tecniche per le donne *singles* e per le coppie di uomini<sup>109</sup>, la cui condizione esigerebbe la donazione dell'ovocita, oltre che la prestazione gestazionale, da parte di una donna estranea.

In base al § 23, il medico che effettui gli interventi di procreazione assistita in violazione dei §§ 2 e 3 commette un illecito amministrativo ed è punito con una sanzione fino a 50.000 euro e, in caso di insolvenza, con la pena detentiva sostitutiva fino a quattordici giorni. Sebbene si tratti di una fattispecie illecita soggettivamente qualificata, qualunque *extraneus* presti volontariamente un contributo morale o materiale al medico per il compimento di tali fatti illeciti – anche qualora si tratti della madre surrogata, del genitore di intenzione o del donatore di gameti, in assenza di clausole di non punibilità come quelle previste nell'ordinamento tedesco e in quello danese – sarà egualmente punibile con la medesima sanzione prevista dal § 23, in base a quanto generalmente stabilito dal § 7 del *Verwaltungsstrafgesetz* del 1991<sup>110</sup>, in materia di concorso di persone negli illeciti amministrativi.

Ancora sul piano del contrasto indiretto alla maternità surrogata, il § 16 del *FMedRÄG* vieta la commercializzazione di ovociti o spermatozoi – in cui non rientra, per espressa previsione legislativa, il semplice rimborso delle spese sostenute dalla donatrice o dal donatore – (comma 1), l'intermediazione nella fornitura di gameti o tra un soggetto disposto a fare da donatore e l'aspirante beneficiaria, nonché la pubblicizzazione della fornitura di gameti o dell'intermediazione di terzi (comma 2). Tali norme mirano a contrastare la mercificazione dei gameti e l'intervento di soggetti terzi che ne facilitino la fornitura, in quest'ultimo caso a prescindere dalla percezione di un compenso da parte dell'intermediario, del pubblicizzatore o del donatore che fruisca dell'intervento dei primi.

Il divieto di commercializzazione non pare concretamente applicabile alla fornitura del gamete da parte della madre di intenzione (surrogazione di maternità "gestazionale" o "totale"), poiché non è ragionevole ipotizzare che la committente che doni il proprio ovocita alla madre surrogata, chieda, o comunque ottenga, un compenso per una prestazione realizzata nel proprio interesse. A una diversa conclusione dovrebbe giungersi se la gestante fornisca il proprio ovocita per l'applicazione delle tecniche a cui essa stessa si sottoporrà nell'altrui interesse (surrogazione di maternità "tradizionale" o "parziale"), percependo un corrispettivo per tale specifico contributo: in questo caso, potrà rinvenirsi un negozio giuridico retribuito avente ad oggetto la fornitura del gamete da utilizzare per la procreazione assistita, che la legge espressamente vieta a prescindere che la gravidanza venga indotta su una terza donna o sulla stessa madre genetica "a pagamento" («*Die Überlassung von Samen oder Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein*», § 16, comma 1).

Invece, con riguardo all'intermediazione nella fornitura di gameti («*Die Vermittlung... von Samen und Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung*», § 16, comma 2, n. 2) e nell'accordo tra la donatrice e la beneficiaria («*Die Vermittlung... von Personen, die bereit sind, Samen, Eizellen oder entwicklungsfähige Zellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zu überlassen oder in sich einbringen zu lassen*», § 16, comma 2, n. 3), si tratta di condotte realizzabili a prescindere dalla percezione di un compenso da parte degli stessi soggetti terzi o delle parti coinvolte nell'accordo, come già rilevato, e idonee a realizzarsi tanto nell'ambito della surrogazione di maternità "tradizionale" quanto di quella "gestazionale". Lo stesso vasto ambito operativo può riscontrarsi per il divieto di pubblicizzare la fornitura di gameti – applicabile anche all'aspirante madre surrogata che diffonda pubblicamente la disponibilità a fornire il proprio ovocita per la fecondazione – o l'intermediazione nella loro fornitura («*Ebenso ist jede Werbung für die Überlassung oder Vermittlung von Samen, Eizellen oder entwicklungsfähigen Zellen unzulässig*», § 16, comma 2, ultimo periodo).

Il § 22 punisce la violazione del § 16 con la sanzione amministrativa fino a 50.000 euro e, in caso di insolvenza, con la pena detentiva sostitutiva fino a quattordici giorni.

Va rimarcato che i divieti appena menzionati riguardano esclusivamente la compravendita, l'intermediazione e la pubblicizzazione della fornitura di gameti, e non si riferiscono alla prestazione gestazionale nell'interesse altrui, in sé considerata: non è espressamente proibito stipulare accordi di gestazione nell'interesse altrui, nemmeno a titolo oneroso, mediare in tali negoziazioni o pubblicizzare siffatte pratiche, sebbene si tratti di condotte direttamente collegate a quelle di cui al § 16 e, dunque, implicitamente precluse dalla legge.

A differenza di quanto riscontrato nell'ordinamento tedesco, in quello danese e in quello svizzero, non vi è, infine, un divieto di applicare i trattamenti per il medico che sia a conoscenza dell'intenzione

109 Cfr. E. Griessler, M. Hager, *Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2016, 3, p. 73; P. Brandão, *European policies on same-sex relationships, adoption and assisted reproduction*, in *International Journal of Reproduction, Contraception, Obstetrics and Gynecology*, 2022, 11(8), p. 2311.

110 *Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Verwaltungsstrafgesetz 1991*, in <https://www.ris.bka.gv.at/Geltende-Fassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005770>.



della ricorrente di cedere il minore a terzi dopo il parto, eventualmente sulla base di una preventiva pattuizione in tale direzione.

La mancanza di istituti che regolino l'attribuzione della genitorialità legale in capo ai committenti, da una parte, e l'assegnazione della maternità a colei che ha partorito il bambino, ai sensi del § 143 ABGB, dall'altra, lasciano emergere che la maternità surrogata è un fenomeno a cui l'ordinamento austriaco non riconosce effetti diretti sul piano civile. Rimane la facoltà di riconoscimento della paternità da parte del committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione (§§ 145 ss. ABGB), nonché la possibilità che la sua *partner* o il suo *partner* possano ricorrere all'istituto dell'adozione del figlio del congiunto<sup>111</sup>.

## 8. La Spagna: l'approccio liberale sulle condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. e il divieto non sanzionato della surrogazione di maternità

I diritti riproduttivi sono stati avvertiti dal legislatore spagnolo come meritevoli di tutela prima dell'avvento di molte altre normative europee in materia. La prima legge spagnola che ha generalmente regolamentato le tecniche di procreazione assistita è stata la n. 35/1988, del 22 novembre<sup>112</sup>, a cui seguirono la legge n. 45/2003, del 21 novembre<sup>113</sup>, finalizzata esclusivamente a disciplinare l'utilizzo dei preembrioni congelati in data anteriore alla sua entrata in vigore, e la legge n. 14/2006, del 26 maggio<sup>114</sup>, sulle tecniche di riproduzione umana assistita (LTRHA). Quest'ultima ha riformato organicamente la precedente legge del 1988, riscrivendone e rinumerandone parzialmente le norme, ed è stata ispirata da un marcato liberalismo in materia, evidenziato anche dall'introduzione di pochi limiti per il ricorso alle tecniche procreative.

L'ordinamento spagnolo non contempla alcuna delimitazione formale delle condizioni oggettive che consentono l'accesso alla P.M.A. L'art. 1 LTRHA stabilisce genericamente che obiettivo della stessa legge è la disciplina dell'applicazione delle tecniche di riproduzione umana assistita accreditate scientificamente e clinicamente indicate, nonché la regolazione della loro esecuzione nella prevenzione e nel trattamento delle malattie di origine genetica<sup>115</sup>. La norma, che non fa alcun formale riferimento all'obiettivo di superare le cause di sterilità dei soggetti richiedenti, va interpretata tenendo conto di quanto espresso nell'esposizione dei motivi II della stessa *Ley*, in cui si legge che vi è stata una significativa evoluzione nell'uso e nell'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita rispetto alla loro originaria funzione di superare i problemi di infertilità<sup>116</sup>.

È dunque chiaro che il sistema normativo in esame consente il ricorso alle metodiche procreative non solo ai soggetti affetti da patologie dell'apparato riproduttivo, ma anche a quelli che, pur biologicamente capaci di procreare, siano affetti da malattie virali sessualmente trasmissibili al *partner* o da

111 Si veda *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Leihmutterschaft im europäischen, cit.*, p. 27.

112 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>.

113 Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>.

114 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

115 Letteralmente: «1. Esta Ley tiene por objeto:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley».

116 Letteralmente: «Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo». Anche se il citato passaggio delle motivazioni della legge fa esplicitamente riferimento all'adozione delle tecniche diagnostiche per evitare la trasmissione di malattie genetiche alla prole, si evince, in linea generale, l'allargamento degli scopi per cui è consentito il ricorso alla P.M.A.

patologie genetiche ereditabili dal nascituro, o siano “socialmente” inidonei alla procreazione, per via dell’orientamento sessuale o della mancanza di un *partner* di sesso opposto.

Le predette aperture sono confermate dagli sparuti limiti soggettivi per l’accesso alle tecniche: l’art. 6 *LTRHA* stabilisce che l’unico soggetto formalmente beneficiario della P.M.A. è la donna che, «*con independencia de su estado civil y orientación sexual*», si sottoponga fisicamente alle tecniche, e che deve avere compiuto almeno diciotto anni, essere dotata della piena capacità di agire, e avere prestare il proprio consenso informato a tal fine. L’applicazione delle tecniche in assenza delle predette condizioni soggettive, comporterà a carico del medico procedente la responsabilità per il delitto previsto dall’art. 161 c.p.<sup>117</sup>, con cui viene punita l’esecuzione delle metodiche procreative in assenza del valido consenso della paziente<sup>118</sup>.

Il dettato dell’art. 6 non lascia dubbi circa la liceità dell’applicazione della P.M.A. su donne *singles* o in coppia *same-sex* attraverso il contributo di un donatore anonimo di spermatozoi, sintomo dell’apertura del legislatore spagnolo verso le tipologie di famiglia estranee agli schemi “tradizionali”. In questo senso, già alla fine dello scorso secolo, il *Tribunal constitucional* aveva invitato il legislatore ad estendere ai conviventi dello stesso sesso le prerogative spettanti alle coppie coniugate di sesso diverso<sup>119</sup>; fino a quando, con l’epocale riforma del 2005, è stato introdotto in Spagna l’istituto giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>120</sup> ed è stato a loro esteso il diritto all’adozione<sup>121</sup>. Proprio in relazione al ricorso alle tecniche di procreazione assistita, la legge ha apprestato una specifica disciplina della genitorialità delle coppie *same-sex* al femminile, attraverso cui assegnare la maternità legale non solo alla donna che si sia fisicamente sottoposta ai trattamenti, portando a termine la gestazione, ma anche alla sua coniuge che abbia validamente prestato il suo consenso a tal fine (art. 7, co. 3, *LTRHA*)<sup>122</sup>: ulteriore

117 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

118 In tal senso, S. Romeo Malanda, *Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes*, in *La Ley*, 1, 2003, p. 1533; C.M. Romeo Casabona, *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 84. Secondo l’art. 161 c.p., «1. Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal». Attraverso la sua previsione, il legislatore ha inteso anzitutto tutelare la libertà di autodeterminazione della gestante: così L. González Morán, *De la Bioética... al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas – Dykinson, 2006, p. 571. Tuttavia, in una prospettiva di pluri-offensività del delitto, avvalorata dalla considerazione della particolare gravità della sanzione comminata in via edittale, si può ravvisare anche una messa in pericolo dell’integrità psicofisica della donna: v. E. Farnós Amorós, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 77.

119 ATC 222/1994, 11 de Julio de 1994, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/58122183>, in cui fu affermato che il principio della diversità di sesso tra i coniugi che fino ad allora fondava il matrimonio nell’ordinamento spagnolo «no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento europeo». Successivamente, si veda STS 320/2011, 12 de Mayo de 2011, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/homosexual-hijo-relacionarse-allegados-280758303>, secondo cui «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales». Conf. STS 740/2013, 5 de Diciembre de 2013, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/matrimonio-personas-mismo-sexo-filiacion-481798374>.

120 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>, che ha modificato l’art. 44 del *Código Civil*. Sull’impatto sociale della riforma dell’ordinamento spagnolo in materia di matrimoni tra persone *same-sex*, si vedano M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, Ipsoa, 2005, pp. 106 ss.; L. Imarisio, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012, pp. 91 ss.

121 Nel preambolo della Ley 13/2005, si afferma che «Di conseguenza, gli effetti del matrimonio, mantenuti nella loro integrità rispettando la configurazione oggettiva dell’istituzione, saranno unici in tutti gli ambiti indipendentemente dal sesso delle parti; tra gli altri, tanto quelli riferiti a diritti e prestazioni sociali quanto la possibilità di prendere parte alle procedure di adozione». Di conseguenza, vanno interpretati in senso evolutivo gli artt. 175 ss. c.c. che regolano il procedimento di adozione.

122 Nonostante l’introduzione della doppia maternità legale, una carenza del sistema normativo spagnolo è riscontrabile nei confronti delle coppie di fatto composte da due donne, in quanto in questa ipotesi non sussiste una disposizione che consenta alla compagna della donna sottopostasi alla P.M.A. di assumere automaticamente la genitorialità del nato: cfr. M.S. de la Fuente Núñez de Castro, *Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal*, in *InDret – Rev. para el análisis del derecho*, 1, 2015, p. 13. Per rimediare parzialmente alla lacuna legislativa e addivenire al riconoscimento della genitorialità anche in capo

conferma del fatto che non è solo l'eventuale presenza di una condizione patologica di sterilità o di una malattia ereditaria in capo all'aspirante madre, a consentirle di beneficiare del procedimento di P.M.A., bensì anche il semplice desiderio di procreare senza la congiunzione fisica con un uomo<sup>123</sup>.

Le summenzionate aperture dell'ordinamento non riguardano, almeno all'apparenza, gli uomini *singles* o parte di coppie *same-sex*, poiché la presenza del divieto di concludere accordi di gestazione per altri escluderebbe questi soggetti dall'accesso alle tecniche procreative, per via del loro fisiologico bisogno di beneficiare del contributo di una donna, esterna alla coppia, che possa portare avanti la gravidanza<sup>124</sup>. Tuttavia, la gestazione per altri, anche se *ex se* improduttiva di effetti civili, può consentire l'assunzione di paternità all'uomo committente che abbia fornito i propri gameti per la fecondazione (art. 10, co. 3, *LTRHA*) e non è di per sé sanzionata, né in via amministrativa né in via penale.

### 8.1. La mera nullità dell'accordo di surrogazione di maternità e l'assenza di fattispecie incriminatrici ad hoc

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, della *LTRHA*, è nullo l'accordo in base al quale si convenga che una donna, a titolo oneroso o gratuito, avvii una gravidanza con l'impegno di rinunciare successivamente al suo *status* di madre a favore dell'altro contraente o di un terzo<sup>125</sup>. La norma, tradizionalmente considerata come il principale presidio della *Ley* n. 14/2006 contro la gestazione per altri, non fa riferimento all'identità di genere del terzo contraente: da ciò è dato desumere che, nell'ordinamento spagnolo, la surrogazione di maternità non può produrre effetti né nell'ipotesi in cui il patto intervenga tra la madre surrogata e un'altra donna (*single* o facente parte di una coppia) impossibilitata a concepire un bambino, né nel caso in cui la gestante sostitutiva si accordi con un uomo *single* o in coppia *same-sex* per spogliarsi del ruolo materno e consentirgli di acquisire il ruolo genitoriale nei confronti del bambino partorito, anche nell'ipotesi in quest'ultimo ne sia il padre genetico<sup>126</sup>.

Per rafforzare tale previsione, il comma 2 ha stabilito che, anche nel caso in cui la gestazione venga commissionata a una madre surrogata, la maternità giuridica rimarrà legata all'evento del parto e, pertanto, non potrà essere contrattualmente trasferita all'eventuale donna committente<sup>127</sup>.

---

alla compagna della madre biologica, sarebbe possibile fare ricorso all'istituto della *stepchild adoption*, previsto, senza distinzioni di sesso, dall'art. 176, comma 2, 2<sup>a</sup>: cfr. E. Lamm, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, 2012, p. 85; o, in alternativa, applicare analogicamente alla *partner* l'art. 8, co. 2, *LTRHA*, che regola l'acquisizione della paternità in capo al compagno della ricorrente, in caso di fecondazione eterologa: così A. Diaz Martinez, *La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2007, n. 21, p. 88.

123 Sull'assenza di sostanziali limiti oggettivi e soggettivi all'applicazione della P.M.A. sulle donne richiedenti, si veda M. Díaz de Terán, *La incidencia de los avances biomédicos en la mujer. algunas reflexiones sobre la normativa española*, in *Cuadernos de bioética*, 2, 2015, p. 315, secondo cui «estamos ante la aplicación de unas técnicas que se llevan a cabo sobre la mujer que desea ser madre pero en las que no es requisito indispensable ni la esterilidad ni que tenga pareja». Conf. R. Junquera de Estéfani, *La reproducción asistida en España: su regulación*, in *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, R. Junquera de Estéfani, F.J. de la Torre Díaz (dir.), Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013, Cap. II, § 1.3.: «no hay ningún obstáculo para que aquella que es plenamente capaz para la fecundación por medio de relaciones sexuales acuda, sin embargo, a la reproducción asistida como vía alternativa. En este caso ya no existiría una finalidad terapéutica sino el ejercicio de un derecho por parte de la mujer de acudir a estas técnicas de reproducción asistida para tener descendencia, ya sea superando la infertilidad, ya sea como una alternativa real a la reproducción mediante un contacto sexual». In senso critico, si veda C.M. Diez Soto, *Artículo 5. Donantes y contratos de donación – Comentario jurídico*, in *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*, F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta, O. Monje Balsameda (dir.), Madrid, Dykinson, 2007, pp. 106-107, secondo cui la legge n. 14/2006, consentendo il ricorso alla P.M.A. anche alle donne *singles*, si pone in contraddizione con le finalità terapeutiche (di superamento della condizione di sterilità patologica) menzionate dall'art. 1 della precedente legge n. 35/1988, e determina la prevalenza del desiderio della procreazione, privo di fondamento costituzionale, rispetto al diritto di eguaglianza e di assistenza familiare, costituzionalmente garantiti anche a favore del nascituro.

124 Cfr. R. Junquera de Estéfani, *La reproducción asistida en España*, ult. loc. cit.

125 Letteralmente: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

126 Come rilevato da M. Navarro Michel, *Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España*, in *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n. 57, 2012, p. 105, nota 41, in questo secondo caso dovrebbe parlarsi più di "utero in affitto" che di surrogazione di maternità, in quanto la gestante non va a sostituire la figura materna, bensì a supplire alla sua assenza.

127 «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».



Le due norme sono finalizzate a disincentivare ogni tipo di patto di surrogazione di maternità stipulato prima dell'inizio della gravidanza<sup>128</sup>, a prescindere dall'eventuale spirito solidaristico che possa sorreggere la disponibilità della madre surrogata («con o sin precio») o – in assenza di indicazioni legislative – dalla derivazione genetica dei gameti utilizzati per la fecondazione<sup>129</sup>.

Nonostante la mancanza di un qualunque riferimento alle tecniche procreative, può ritenersi che la collocazione della disposizione nel corpo della normativa diretta a disciplinare la P.M.A., faccia desumere la sua inapplicabilità agli accordi di gestazione sostitutiva fondati sul concepimento in via naturale.

L'ampia accezione del fenomeno finora tracciata può essere fondata non soltanto sul tenore letterale dell'art. 10, co. 1, LTRHA<sup>130</sup>, ma anche sull'elaborazione giurisprudenziale in materia. Emblematica, in tal senso, è stata la definizione enucleata dall'*Audiencia provincial de Valencia* con la sentenza del 23 novembre 2011, secondo cui il patto di maternità surrogata consiste in un accordo, oneroso o gratuito, attraverso il quale una donna acconsente ad affrontare una gravidanza, attraverso tecniche di riproduzione assistita, fornendo o meno i propri ovociti, con l'impegno di consegnare il figlio così nato alla parte committente, che potrà essere una persona sola o una coppia, sposata o meno, che a sua volta abbia fornito o meno i propri gameti<sup>131</sup>. Recependo questa interpretazione dell'espressione, l'accordo di surrogazione dovrà considerarsi nullo, e quindi improduttivo di effetti giuridici diretti in capo al soggetto o ai soggetti committenti, anche se l'ovocita utilizzato per la fecondazione non provenga dalla madre surrogata, e finanche se siano stati utilizzati entrambi i gameti della coppia committente per il concepimento.

Se l'uomo committente abbia fornito i suoi spermatozoi nell'intervento di fecondazione artificiale, potrà comunque esercitare l'azione di reclamo della paternità, in base a quanto disposto dall'art. 10, co. 3, LTRHA<sup>132</sup>: questa norma non costituisce un'eccezione espressa alla nullità dell'accordo in oggetto, dato che l'assunzione legale dello *status* paterno verrebbe a dipendere non dal patto di surrogazione, bensì dalle regole generali del diritto di famiglia spagnolo, che ricollegano la paternità allo *ius sanguinis* (fatte salve le regole per la costituzione della filiazione legale a seguito di fecondazione eterologa, stabilite dall'art. 8, co. 1 e 2, LTRHA)<sup>133</sup>.

La prima fase di attuazione dell'accordo di maternità surrogata, ossia la sottoposizione alla P.M.A. della donna intenzionata a rivestire la funzione di gestante per altri, non integra alcuna delle infrazioni amministrative punite dalla legge spagnola sulla P.M.A., nemmeno l'art. 26, comma 2, c) 2.<sup>a</sup>, che eleva a infrazione amministrativa «la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2»<sup>134</sup>. Non è pensabile, infatti, che l'esecuzione della fecondazione assistita su una donna che vi si sottoponga per conto di terzi, integri una tecnica procreativa *ad hoc*, differente da quelle espressamente previste dalla legge: ciò potrebbe essere affermato sia sul piano soggettivo, in quanto la gestante su commissione risulterebbe essere la legittima beneficiaria degli interventi di P.M.A. per il solo fatto di essersi fisicamente sottoposta – e, quindi, a prescindere dalla presenza di accordi relativi alla futura consegna del bambino –, sia sul piano oggettivo, dato che le

128 Si veda M. Olaya Godoy, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 305: «si la cesión de la filiación materna se produjera tras el embarazo de la madre subrogada o tras el parto, no se trataría de un supuesto de gestación por sustitución, sino de una adopción irregular realizada en fraude de Ley».

129 Così L. Martínez Calcerrada, *La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*, Madrid, Torrejón de Ardoz, 1988, p. 303.

130 Sulla mancanza di precisione del concetto di surrogazione di maternità contenuto nell'art. 10, co. 1, LTRHA, si veda M. Olaya Godoy, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva*, cit., p. 303.

131 Audiencia Provincial de Valencia de 23-11-2011, no. 949/2011 826, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/344773338>. Letteralmente, la «gestación por sustitución [...] consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

132 «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

133 Secondo A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*, in *InDret – Rev. para el análisis del derecho*, 3, 2009, p. 5, la norma implica che, in questi casi, l'attribuzione di paternità non possa seguire le regole del riconoscimento, né tantomeno essere automatica o immediata, ma debba conseguire all'azione giudiziale di reclamo disciplinata dagli art. 131 ss. c.c.

134 Così M.P. Ferrer Vanrell, *Art. 10 – Comentario jurídico*, in *Comentarios científico-jurídicos*, cit., p. 161, in quanto la Ley 14/2006 «no lo menciona el Capítulo VIII de Infracciones e Sanciones». Invece, favorevole all'applicazione dell'infrazione amministrativa di cui all'art. 26, comma 2, c) 2.<sup>a</sup>, LTRHA, per sanzionare l'applicazione delle tecniche di P.M.A. sulla madre surrogata è A. Selma Penalva, *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, in *Bioderecho. es – Revista internacional de investigación en bioderecho*, 2014, 1, p. 4.



tecniche applicate sarebbero le stesse di quelle utilizzate nell'ambito dei normali procedimenti procreativi realizzati senza l'intervento di una madre surrogata, cioè l'inseminazione artificiale, il trasferimento intrauterino dei gameti o la fecondazione *in vitro* con successivo trasferimento dell'embrione.

Possiamo quindi concludere che, come osservato nell'ordinamento francese – comunque contrassegnato da limiti più stringenti sul piano dei generali requisiti soggettivi di accesso alle tecniche e da un maggiore ricorso al diritto penale contro il medico che agisca in violazione delle leggi in materia –, né l'accordo tra i committenti e la madre surrogata né l'applicazione delle metodiche procreative su quest'ultima rientrano nell'area del penalmente rilevante<sup>135</sup>, essendo piuttosto affetti dalla "sanzione" civilistica della nullità del patto, che non potrà *ex se* produrre effetti giuridici sullo statuto genitoriale dei soggetti coinvolti. Anche la disciplina civilistica, tuttavia, presenta un valore puramente simbolico: difatti, il vincolo genetico che eventualmente legghi il bambino all'uomo committente consentirà a quest'ultimo di esperire l'azione di reclamo di paternità, *ex art. 10, co. 3, LTRHA*, e conseguentemente alla sua *partner* di procedere all'adozione *ex art. 176, co. 2, 2°*, c.c.<sup>136</sup>, qualora la gestante abbia rinunciato legalmente al suo *status* materno al momento del parto<sup>137</sup>, *ex art. 45, n. 3, della Ley del Registro Civil (LRC)*<sup>138</sup>. In casi come questo, i commi 1 e 2 dell'art. 10 della *LTRHA* potranno essere funzionali soltanto a impedire che l'accordo tra i componenti della coppia committente e la madre surrogata possa essere fatto valere in giudizio contro quest'ultima, qualora cambi successivamente idea e si rifiuti di consegnare ai primi il bambino partorito<sup>139</sup>.

## 8.2. Gli effetti penali indiretti della maternità surrogata: la simulazione di parto, la consegna del minore a terzi, e l'intermediazione nello scambio illegale

Le uniche fattispecie incriminatrici applicabili in materia sono collocate tra i delitti contro le relazioni familiari – così come riscontrato nell'ordinamento francese – e non risultano specificamente dirette alla repressione della gestazione per altri, pur essendo idonee a punire i comportamenti realizzati successivamente al parto, nell'ultimo frangente della fase esecutiva del patto di surrogazione: la simulazione del parto, punita dall'art. 220, co. 1, c.p.<sup>140</sup>, nel caso in cui la madre di intenzione dichiari falsamente di avere partorito il minore per occultare il ricorso alla maternità surrogata; la consegna del bambino a un soggetto terzo con il fine di alterarne lo *status filiationis*, *ex art. 220, co. 2, c.p.*, laddove la cessione del minore sia finalizzata a fare acquisire artificialmente la genitorialità legale al committente o ai committenti la gravidanza<sup>141</sup>; la consegna, la ricezione e l'intermediazione nello scambio del minore, avvenuti in cambio della prestazione di una somma di denaro, attraverso l'elusione delle norme che ne regolano la custodia, l'affidamento e l'adozione, e con lo scopo di stabilire una relazione di fatto analoga

135 Cfr. E. Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Universitat de Barcelona, Barcelona 2013, p. 72. Così anche María Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo, *Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, 52, p. 77.

136 Cfr. J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, I ed., Madrid, Civitas, 1988, p. 180; J. Cerdà Subirachs, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN*, in *La Ley*, n. 4893, 2011, pp. 3 ss.

137 Quello appena enunciato rappresenta un rimedio molto discusso da quella parte della dottrina che vi scorge una frode alle norme spagnole contro la maternità surrogata: così A.J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012 p. 3 ss. In tale direzione, cfr. la posizione particolare di J.R. De Verda Y Beamonte, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, in *Diario La Ley*, n. 7501, 3.11.2010, p. 5, e di E. Lamm, *Gestación por sustitución*, cit., p. 76: secondo gli AA., per evitare le lungaggini e gli artifici connessi alla strumentalizzazione dell'istituto dell'adozione in casi del genere, sarebbe più ragionevole abrogare il divieto della maternità surrogata ed introdurre delle apposite regole sulla filiazione in capo alla coppia committente la gravidanza alla madre surrogata.

138 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>.

139 Cfr. E. Lamm, *Gestación por sustitución*, cit., p. 72, secondo cui, attraverso l'accordo di surrogazione, «*la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación*».

140 «*La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años*».

141 «*La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación*».

alla filiazione, ex art. 221 c.p.<sup>142</sup>, qualora la cessione indebita del minore da parte della madre surrogata, sia avvenuta dietro compenso. Quest'ultima fattispecie, in particolare, non è assimilabile a quelle che incriminano l'intermediazione nella gestazione per altri, negli altri ordinamenti analizzati, poiché deve realizzarsi nella fase della consegna, non rilevando che la gravidanza sia stata iniziata nell'interesse della stessa gestante o di altri, né che la cessione sia stata eseguita sulla base di un precedente accordo tra le parti.

La sussumibilità delle condotte esecutive del patto entro il campo applicativo di fattispecie volte a reprimere fenomeni illeciti di più ampia portata, di cui l'accordo di maternità surrogata rappresenta soltanto un eventuale, ma non necessario, presupposto, dimostra che l'ordinamento spagnolo non ha riconosciuto al fenomeno in esame un disvalore tale da essere contrastato attraverso una fattispecie incriminatrice *ad hoc* o un aggravamento di pena rispetto alla disciplina penale generalmente apprestata contro qualunque comportamento che, a prescindere dal contesto in cui sia realizzato, produca un'alterazione delle relazioni familiari del minore<sup>143</sup>.

## 9. Il Portogallo: il modello regolamentativo della gestazione sostitutiva mediante tecniche di P.M.A.

Rispetto agli altri ordinamenti analizzati, quello portoghese presenta una legislazione sbilanciata nel rapporto tra modello di regolamentazione della surrogazione di maternità – nominata, nel contesto normativo in esame, come “gestazione sostitutiva” («*gestação de substituição*») – e scelte di incriminazione: nonostante l'attuale legge in materia faccia discendere, a certe condizioni, degli effetti civili dall'accordo tra le parti, attribuendo la genitorialità del minore alla coppia committente, sono state previste norme che, oltre agli intermediari, incriminano la madre surrogata e i genitori di intenzione per la stipulazione del patto in violazione delle condizioni legislativamente previste. Proprio quest'ultima rappresenta la peculiarità della normativa sotto esame rispetto a quelle degli altri ordinamenti analizzati, che, pur essendo più rigoristiche sul piano del non riconoscimento della validità degli accordi di surrogazione, non ne prevedono l'incriminazione o addirittura esplicitamente precludono – come nel caso della Germania e della Danimarca – la punibilità del concorso della madre surrogata o dei genitori di intenzione nei reati realizzabili dai medici o dagli intermediari.

142 Art. 221 c.p.: «1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurren relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero».

143 Ritengono che le fattispecie indicate, più specificamente, tutelino lo stato civile del minore: M.R. Diego Díaz-Santos, *Los Delitos contra la familia*, Madrid, Montecorvo, 1973, pp. 311 ss.; E. Cortes Bechiarelli, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 48 ss.; C. De Frutos Gómez, *Delitos contra las relaciones familiares*, in *Delitos contra el honor y delitos contra las relaciones familiares*, J.E. Fernández Pinós, C. De Frutos Gómez (dir.), Barcelona, Bosch, 1998, pp. 213 ss.; C. Blanco Lozano, *Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal español*, in *Anuario de Justicia de Menores*, n. 4, 2004, p. 114; J.J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, V ed., Barcelona, Atelier, 2008, p. 334; F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, XVII ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 283; M.T. Castiñeira Palou, *Delitos contra las relaciones familiares*, in *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, J.M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués Vallès (coord.), II ed., Barcelona, Atelier, 2009, p. 166; M. del Mar Carrasco Andrino, *Protección penal de la filiación*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, p. 06:10. In senso parzialmente difforme, ritiene che queste fattispecie proteggano il diritto del minore di conoscere le proprie origini, C. Villacampa Estiarte, *La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 5, 2001, p. 67.

144 La Lei n. 32/2006 faceva uso dell'espressione “maternità sostitutiva” (*maternidade de substituição*), dato che non riconosceva la validità degli accordi di surrogazione, per cui la madre legale del minore sarebbe rimasta comunque la gestante. La sostituzione del termine “maternità” con “gestazione” si è avuta con la Lei 25/2016 – ed è stata poi confermata nella Lei n. 90/2021 – in seguito all'introduzione di una disciplina legale che consente ai beneficiari, e quindi anche alla madre di intenzione, di acquisire la genitorialità legale del minore. Tutte le leggi succedutesi in materia sono reperibili in PGDL – *Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=).

### 9.1. Le condizioni legali per la stipulazione degli accordi di gestazione sostitutiva: effetti sul piano civile e penale

L'attuale *Lei n. 90/2021* ("*Procriação medicamente assistida*"), dopo una lunga serie di riforme normative e di sentenze del *Tribunal constitucional*<sup>145</sup>, ha sancito l'ammissibilità degli accordi di gestazione sostitutiva – definita, all'art. 8, comma 1, come qualsiasi situazione in cui una donna sia disposta («*se disponha*») a condurre una gravidanza per conto di un terzo e a consegnargli il bambino dopo il parto, rinunciando ai diritti e ai doveri della maternità<sup>146</sup> – se conformi a una serie di condizioni formali, procedurali e sostanziali previste dallo stesso art. 8<sup>147</sup>: il ricorso a questa pratica può avvenire eccezionalmente in favore di una donna priva dell'utero o affetta da una patologia dello stesso o da un'altra situazione clinica che impedisca in via assoluta e definitiva la gravidanza (comma 2); la fecondazione deve avvenire facendo uso dei gameti di almeno uno dei due beneficiari e senza l'apporto genetico della gestante (comma 4); deve esservi l'autorizzazione del Consiglio Nazionale per la procreazione medicalmente assistita (comma 5); i beneficiari non devono avere prestato un corrispettivo economico alla gestante, salvo che si tratti del rimborso delle spese di assistenza sanitaria da quella sostenute (comma 7); non deve esservi un rapporto pregresso di subordinazione economica tra le parti coinvolte nel patto (comma 8); occorre il consenso informato dei beneficiari, che possono revocarlo fino all'inizio delle tecniche di P.M.A., e della madre surrogata, che può revocarlo fino alla registrazione anagrafica del bambino (comma 10).

Anche se la definizione di cui al primo comma non collega espressamente la gestazione sostitutiva a una gravidanza avviata mediante le tecniche di fecondazione assistita, le successive previsioni, nonché la collocazione sistematica delle norme in materia all'interno della legge sulla P.M.A., consentono di escludere – anche ai fini dell'individuazione del campo applicativo dei reati di cui al successivo art. 39<sup>148</sup> – che il fenomeno possa verificarsi nell'ambito di gravidanze iniziate naturalmente nell'interesse di terzi.

Oltre all'evidente scopo di ostacolare la mercificazione della pratica, è chiaro l'intento del legislatore di contrastare la genitorialità delle coppie *same-sex* al maschile, sortendo evidenti esiti discriminatori alla luce dell'introduzione, ad opera della *Lei n. 9/2010* del 31 maggio<sup>149</sup>, del matrimonio tra persone dello stesso sesso: oltre all'art. 8, comma 2, che prevede una condizione patologica necessariamente sussistente in capo a una madre "di intenzione", l'art. 6, più generalmente, contempla come uniche beneficiarie delle tecniche procreative le coppie di sesso diverso, le coppie *same-sex* al femminile (in entrambi i casi, sia se unite dal matrimonio sia se conviventi in condizioni analoghe al coniugio) e le donne *singles* a prescindere dal loro stato civile o dal loro orientamento sessuale<sup>150</sup>.

Ai sensi dell'art. 8, comma 9, il bambino nato in seguito al ricorso alla gestazione sostitutiva è considerato figlio dei beneficiari. Non è più prevista – a differenza di quanto avveniva sotto il regime della *Lei n. 25/2016* – la nullità del contratto stipulato in violazione delle suddette condizioni e di quelle altre stabilite nell'art. 8<sup>151</sup>, per evitare che la rigidità del regime civilistico possa nuocere al benessere e alla

145 Per una disamina degli interventi normativi e delle sentenze in materia, si vedano M. do Céu Patrão Neves, *Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview of the legal, regulatory, and ethical issues*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, 56, pp. 55 ss.; C. Dias, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões em torno dos novos artigos 22.º e ss. da lei da procriação medicamente assistida (na redação dada pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro)*, in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie, A.S.P. Oliveira, P. Jerónimo* (eds.), vol. I, Braga, UMinho Editora, 2022, pp. 315 ss.

146 Letteralmente: «*Entende-se por "gestação de substituição" qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*».

147 Classifica i criteri secondo questa triade, A. Gonçalo Dias Pereira, *Filhos de pai anónimo no século XXI!*, in *Debatendo a procriação medicamente assistida. Publicação correspondente a actas do seminário internacional "Debatendo a procriação medicamente assistida"* – Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, L. Neto, R. Teixeira Pedro (Resp.), Porto, Faculdade de Direito – Universidade do Porto, 2017, p. 46.

148 La definizione di cui all'art. 8, comma 1, concorre a determinare e a delimitare il fatto tipico dei reati previsti dall'art. 39: così *Tribunal Constitucional*, *Acórdão n. 225/2018, Processo n. 95/17, § 8*, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

149 *Lei n. 9/2010*, de 31 de Maio, *Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*, in *PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&so_miolo=).

150 L'apertura alle coppie di donne e alle donne *singles* si è avuta solo con la *Lei n. 17/2016* del 20 giugno, nel rispetto del «*princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA*»: così *Decreto Regulamentar n. 6/2016*, de 29 de Dezembro, *Regulamenta a procriação médica assistida*, in *PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2632&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2632&tabela=leis&ficha=1&pagina=1).

151 Il silenzio legislativo è stato interpretato come espressivo dell'irrelevanza dell'invalidità dell'accordo ai fini dell'attribuzione della genitorialità alla donna o alla coppia beneficiaria, da *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)*,



certezza dello stato civile del minore “incolpevole”<sup>152</sup>. Tuttavia, come emergerà nel prosieguo, è punita la conclusione di accordi al di fuori dei casi previsti dai commi 2, 4, 5, 7 e 8 della legge, facendo intendere che il legislatore abbia inteso fare ricadere unicamente sul diritto penale il compito di sanzionare i contratti di gestazione sostitutiva stipulati *contra legem*<sup>153</sup>, con il rischio, da una parte, di violare il principio di sussidiarietà ed *extrema ratio*<sup>154</sup>, e, dall'altra, di favorire l'autore del reato nel conseguimento del risultato dei suoi atti illeciti<sup>155</sup>.

## 9.2. I reati previsti in materia: l'esecuzione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito *contra legem*

Incrementando le fattispecie originariamente previste dalla *Lei* n. 32/2006 e superando il livellamento punitivo ivi adottato<sup>156</sup>, l'attuale art. 39 – riallineandosi alle corrispondenti previsioni dalla *Lei* n. 25/2016 – ha previsto, nei suoi primi commi, quattro distinte figure di reato-contratto a soggettività qualificata, aventi tutte ad oggetto il «concretizar contratos de gestação de substituição»<sup>157</sup>. Si tratta di fattispecie che si differenziano in base al carattere oneroso (commi 1 e 2) o gratuito (commi 3 e 4) dell'accordo, in quest'ultimo caso rilevando anche la violazione delle condizioni previste dai commi 2, 4, 5, 7 e 8; con un'ulteriore diversificazione a seconda che soggetto attivo sia il beneficiario (commi 1 e 3), per cui sono

*Declaração interpretativa (n. 1 do artigo 30 da Lei n. 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis nn. 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto), in Assembleia da República, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a684452554d765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e68627938314e6a49345a6a566c4d4330794e6d52684c545135597a59744f4746684e5330324f544a694d7a526c4d544e69597a4d756347526d&fich=5628f5e0-26da-49c6-8aa5-692b34e13bc3.pdf&Inline=true>.*

152 Si veda *Tribunal Constitucional, Acórdão n. 225/2018, cit.*, § 48.

153 Si noti, tuttavia, che ci sono altre condizioni legali previste dall'art. 8, che renderebbero comunque gli accordi di gestazione sostitutiva *contra legem*, ma la cui violazione non è penalmente sanzionata. Invece, nel regime civilistico previsto dalla *Lei* n. 25/2016, la nullità dell'accordo era conseguenza della violazione di una qualunque delle condizioni previste nell'art. 8: si veda M.R. Guimarães, *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2018, 44, p. 196.

154 Si vedano i dubbi già manifestati, sul punto, sotto la vigenza delle norme della *Lei* n. 32/2006, M. João Antunes, *Procriação Medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o direito penal?*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, M. da Costa Andrade, M. João Antunes, S. Aires de Sousa (coord.), vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 91; L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, 2010, p. 90. Anche sotto la vigenza della *Lei* n. 25/2016, in cui per la prima volta si sancì, contemporaneamente, la nullità degli accordi di surrogazione *contra legem* e la loro incriminazione, era stato evidenziato che la risposta civile poteva essere sufficiente sul piano preventivo, senza bisogno di ricorrere anche allo strumento penale in chiave afflittiva: così R. Teixeira Pedro, *Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade?*, in *Debate a procriação medicamente assistida*, cit., p. 165; A.L. Brandão Kullo, *A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 2018, vol. 150, ano 26, p. 349. La Corte costituzionale portoghese ha più volte affermato la rilevanza del principio di *ultima ratio* nel diritto penale: *Tribunal Constitucional, Acórdão n. 101/2009, Processo n. 963/06*, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>; *Tribunal Constitucional, Acórdão n. 99/02, Processo n. 482/01*, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020099.html>; *Tribunal Constitucional, Acórdão n. 108/1999, Processo n. 469/98*, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html>.

155 Così R. Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*, Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 252. Paventava questa conseguenza già il *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer n. 92/CNECV/2017 sobre o Projeto de Decreto Regulamentar referente à regulação da Lei n. 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à Gestação de Substituição*, in *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, <https://www.cnecv.pt>, p. 10.

156 La *Lei* n. 32/2006 vietava *in toto* gli accordi di maternità surrogata, sancendone la nullità e stabilendo che madre legale fosse la gestante su commissione (art. 8). Era prevista una figura di reato per chi stipulasse contratti di maternità surrogata a titolo oneroso e un'altra per chi ne facesse promozione (art. 39); per entrambe le fattispecie, le pene comminate consistevano nella reclusione fino a due anni o nella multa fino a 240 giorni (si veda la nota successiva).

157 «1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.

3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias».



comminate pene pecuniarie in alternativa a pene detentive (reclusione fino a due anni o multa fino a 240 giorni<sup>158</sup> per l'accordo a titolo oneroso, reclusione fino a un anno o multa fino a 120 giorni per l'accordo a titolo gratuito *contra legem*), o la gestante sostitutiva (commi 2 e 4), per la quale sono previste soltanto pene pecuniarie (multa fino a 240 giorni per l'accordo a titolo oneroso, multa fino a 120 giorni per l'accordo a titolo gratuito *contra legem*).

Dato che negli accordi a titolo gratuito *contra legem* non affiora una mercificazione, ma soltanto un ricorso alla pratica al di fuori del quadro normativamente disciplinato e consentito, può ritenersi – a dispetto di quanto affermato dalla dottrina maggioritaria<sup>159</sup> – che solo il reato di contrattazione a titolo oneroso offenda la dignità del minore e della gestante<sup>160</sup>: solo così si può spiegare il maggiore disvalore di queste ultime condotte e le più consistenti pene comminate per la loro realizzazione<sup>161</sup>, sebbene sia discutibile l'incriminazione, in prospettiva paternalistica diretta, della stessa madre surrogata<sup>162</sup>.

In relazione all'attuazione dell'accordo in assenza dell'autorizzazione del Comitato Nazionale per la procreazione medicalmente assistita, si potrebbe prospettare la tutela della funzione statale di gestione e regolamentazione esclusiva degli accordi di surrogazione maternità attuati mediante metodiche mediche<sup>163</sup> e, in via soltanto finale e indiretta, la protezione dell'integrità psicofisica dei soggetti coinvolti nel patto.

Densa di risvolti critici è, invece, la ricerca del bene giuridico protetto rispetto alla violazione della condizione inerente alla sussistenza di una patologia riproduttiva in capo alla donna beneficiaria. Anche se la norma pare orientata a contrastare il ricorso alla surrogazione nei casi in cui ciò non sia imposto da una stretta necessità clinica, a tutela della salute della donna sottoposta agli interventi procreativi nell'interesse altrui, tra le sue conseguenze applicative essa finisce per contemplare anche l'incriminazione dell'uomo *single* o in coppia con un altro uomo che stipuli un tale accordo, poiché l'art. 8, comma 2, è interamente costruito intorno alla figura della madre di intenzione affetta da una patologia

158 Alla multa si applica il criterio di commisurazione a tassi giornalieri previsto dall'art. 47 c.p. In particolare, il secondo comma prevede che ogni giorno di multa corrisponde ad un importo compreso tra 5 e 500 euro, che il tribunale determina in funzione della situazione economica e patrimoniale del condannato e delle sue spese personali.

159 Si vedano M. do Céu Patrão Neves, *Mudam-se os tempos, manda à vontade. O desejo e o direito a ter um filho*, in *Estudos de Direito da Bioética*, J. de Oliveira Ascensão (coord.), vol. III, Coimbra, Almedina, 2008, p. 137; J.C. Loureiro, *Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos para um roteiro em torno da maternidade de substituição*, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político Criminais, Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hunerfeld*, M. da Costa Andrade, J. de Faria Costa, A. Miranda Rodrigues, H. Moniz, S. Fidalgo (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1413; E. Chaby, *Direito de constituir família, filiação e adoção – Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, M.L. Amaral (org.), vol. II, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 353 ss.; M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, 2018, n° 3, pp. 1600 ss. Gli AA. rinvencono una violazione della dignità della gestante e del minore sia nella gestazione sostitutiva onerosa sia in quella altruistica *contra legem*, poiché in entrambi i casi si avrebbe uno sfruttamento della donna e del suo corpo.

160 In tal senso, *Tribunal Constitucional*, *Acórdão n. 225/2018*, cit., § 28, ha affermato che la maternità surrogata solidaristica non viola la dignità della donna, ma, se realizzata senza alcun condizionamento esterno, rappresenta una modalità di manifestazione della sua personalità. Sulla rarefazione del valore della dignità insito nella repressione della semplice strumentalizzazione del singolo per fini altrui, si vedano le critiche di J. Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 120 ss. In tale direzione, contrarie alla valorizzazione delle istanze di stampo etico di tutela della dignità, in queste ipotesi, sono V.L. Raposo, *The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 2017, 21(3), p. 235; D.S. Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 343.

161 Sottolineano la necessità dell'intervento penale rispetto ai fatti che determinano la mercantilizzazione del ventre della donna – cioè gli accordi di gestazione sostitutiva a titolo oneroso e l'intermediazione con percezione di un compenso – e, dunque, la maggiore gravità di queste fattispecie rispetto a quelle che reprimono accordi e contributi non lucrativi, V.L. Raposo, *The new Portuguese law on surrogacy*, cit., p. 232; A.L. Brandão Kullok, *A reprodução*, cit., p. 348. In giurisprudenza, così, *Tribunal Constitucional*, 101/2009, cit., § 6 l), secondo cui la «maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um “preço”, como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa».

162 Così M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1601.

163 Secondo S. Castro Menezes Mota, S. Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito à não discriminação e à verdade biológica dos nascidos por pma em Portugal e no Brasil*, in *Revista internacional consinter de direito*, 2021, p. 395, il Consiglio Nazionale per la procreazione medicalmente assistita è stato elevato dalla legge a «entidade reguladora dessa prática».

riproduttiva<sup>164</sup>. In questo caso, la tutela della salute della gestante non sembra essere stata oggetto di un ragionevole bilanciamento con i controinteressi in gioco, dato che anche la fisiologica incapacità di condurre una gravidanza, propria della figura maschile, determina un ostacolo assoluto alla procreazione e una conseguenziale violazione del diritto alla vita familiare<sup>165</sup>, tale da giustificare, quantomeno, una clausola di non punibilità per il committente *single* o in coppia *same-sex*<sup>166</sup>.

La condizione relativa alla necessaria estraneità genetica tra la gestante e il minore, con conseguente ammissibilità della sola maternità surrogata “totale” o “gestazionale”, infine, è posta a tutela del benessere psicofisico del minore, essendo finalizzata a ridurre al minimo necessario il legame dello stesso con la gestante sostitutiva, a causa dei potenziali rischi psicologici ed emotivi che questa relazione comporta<sup>167</sup>. Nella medesima direzione, il necessario legame di sangue tra il bambino e almeno uno dei beneficiari, è funzionale a garantire l’instaurazione e il consolidamento di un legame psichico e affettivo con il genitore “di intenzione”.

In relazione a ciascuna delle condotte incriminate dai primi quattro commi dell’art. 39, l’utilizzo del verbo «concretizar» ha fatto ritenere che le fattispecie incriminino non la semplice stipulazione – che avrebbe dovuto essere espressa con il termine “celebração”, a tal fine utilizzato nell’art. 8 e nei commi 5 e 6 dello stesso art. 39 – ma l’esecuzione del patto attraverso la partecipazione alle procedure di P.M.A. o, addirittura, attraverso la cessione e la speculare ricezione del minore<sup>168</sup>. Seguendo questa linea interpretativa – fondata anche sul principio di materialità, dato che la conclusione dell’accordo tra le parti potrebbe non essere seguita dal suo materiale adempimento, spesso a causa di un ripensamento della gestante – il momento consumativo dei reati-contratto previsti dall’art. 39 verrebbe posticipato, con conseguente circoscrizione del loro campo di applicazione<sup>169</sup>.

### 9.3. La promozione degli accordi illeciti e la percezione di un vantaggio economico connesso alla stipulazione o all’opera di promozione

La *Lei* n. 90/2021 ha ulteriormente introdotto due diverse fattispecie che incriminano le condotte di chi, pur non essendo parte del contratto illecito, ne promuova la stipulazione o tragga un guadagno da essa.

La prima fattispecie (art. 39, comma 5) punisce, con la reclusione fino a due anni, chi promuove, con qualunque mezzo, in particolare mediante invito diretto o per interposta persona o tramite annuncio pubblico, la stipula di accordi di gestazione sostitutiva in violazione dei commi 2, 4, 5, 7 e 8 dell’articolo 8<sup>170</sup>. Come nella maggior parte degli ordinamenti analizzati, anche in Portogallo è incriminata la promozione degli accordi illeciti, a prescindere dal perseguimento di uno scopo di lucro, dall’effettiva percezione di un compenso, o dallo svolgimento di tale attività in via professionale (come, invece, avviene in Olanda): si pensi all’ipotesi in cui un parente o un amico di una delle parti coinvolte ne pubblicizzi la disponibilità o faccia da mediatore tra esse per fini meramente solidaristici e senza effettivamente trarre alcun vantaggio economico per il proprio intervento. In tal senso, vi è in dottrina chi ritiene che in questo caso il bene giuridico protetto vada identificato nell’ordine pubblico, piuttosto che nella dignità della gestante e del minore<sup>171</sup>.

164 Mette in luce questo dato A.P. Guimarães, *Procriação medicamente assistida e homossexualidade na lei e na imprensa portuguesa*, in *Voces alternativas: investigación multidisciplinar en comunicación y cultura*, A.M. Ortega Pérez, V. García-Prieto (eds.), Sevilla, Egregius, 2017, p. 150. Ritene che un esito diverso sarebbe possibile solo attraverso un’interpretazione della norma contraria al suo dato testuale, R. Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida*, cit., p. 240.

165 Rileva l’irragionevolezza dell’esclusione delle coppie di uomini sposati, in base alla circostanza che elemento caratterizzante del matrimonio è la costituzione di una famiglia, A.P. Guimarães, *Procriação medicamente assistida*, cit., pp. 147 ss.

166 Cfr. M.M. Silva Pereira, *Uma gestação inconstitucional*, cit., p. 10.

167 V. Decreto Regulamentar n. 6/2017, de 31 de julho, *Regulamenta o acesso à gestação de substituição*, *Preâmbulo*, in PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=2728A0002&nid=2728&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2728A0002&nid=2728&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=).

168 In quest’ultimo senso, L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90. Contra M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1602, che invece ritiene che il termine “concretização” vada inteso come sinonimo di “celebração”, cioè come espressivo della stipulazione del contratto.

169 Così L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90.

170 Letteralmente: «5 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos».

171 Così M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., pp. 1602-1603.

La seconda fattispecie (art. 39, comma 6) punisce, con la reclusione fino a cinque anni, chiunque trae un vantaggio economico dalla conclusione di accordi di gestazione sostitutiva o dalla loro promozione con qualunque mezzo, in particolare mediante invito diretto o per interposta persona o tramite annuncio pubblico<sup>172</sup>. Si tratta di una scelta affine a quella adottata nell'ordinamento tedesco, in cui la percezione di un compenso da parte del mediatore comporta un aggravamento di pena del reato-base di «*Ersatzmuttervermittlung*»; con la differenza che, nella legislazione portoghese, il reato è configurato come fattispecie autonoma e annovera una platea più vasta di destinatari, tra cui figura anche colui che tragga un guadagno dall'attività di pubblicizzazione. La previsione di una pena nettamente più alta rispetto alla precedente figura di reato si spiega in ragione dell'intento legislativo di reprimere con particolare vigore la mercificazione del corpo della gestante e dello stesso minore, concretizzabile non solo nella corresponsione di un compenso alla madre surrogata da parte dei beneficiari, già punita dai reati-contratto di cui all'art. 39, commi 1 e 3, ma anche nell'acquisizione di vantaggi economici da parte di pubblicizzatori, mediatori, intermediari, medici o sanitari a vario titolo coinvolti, come terzi, negli accordi illeciti<sup>173</sup>.

Nonostante l'apparente scopo di reprimere l'opera di soggetti estranei all'accordo tra le parti, la struttura della fattispecie prevista dal quinto comma parrebbe consentire anche l'incriminazione della madre surrogata o dei beneficiari che promuovano la conclusione dell'accordo<sup>174</sup>, pubblicizzando la propria disponibilità, andando alla ricerca di una controparte o rivolgendosi a terzi affinché svolgano un'attività di mediazione. Nella fattispecie di cui al sesto comma, inoltre, che punisce chiunque, in qualsiasi circostanza, trae vantaggio economico dalla stipulazione di accordi di maternità sostitutiva, sembrerebbe sussumibile anche la condotta della gestante sostitutiva che percepisca un compenso per la conclusione dell'accordo. Tuttavia, secondo l'opinione di chi scrive, le figure di reato previste nei primi quattro commi esauriscono l'intento punitivo del legislatore nei confronti dei soggetti direttamente partecipanti all'accordo illecito, essendo ivi incriminate condotte contrattuali che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, presuppongono la ricerca di una controparte, e quindi la promozione dell'accordo, e comportano l'adempimento del patto a titolo oneroso, e quindi la percezione di un compenso da parte della madre surrogata. Se si aderisce a questa tesi, l'inferiore ammontare sanzionatorio previsto per i reati-contratto si spiegherebbe con la necessità di bilanciare le strategie repressive del legislatore con la considerazione dei particolari interessi personali di cui sono portatrici le parti in causa, che le rendono meritevoli di pene inferiori di quelle comminate dal quinto e dal sesto comma per gli intermediari o i soggetti terzi economicamente avvantaggiati dall'accordo.

Le questioni profilate, comunque, sono frutto di una chiara indeterminazione nella formulazione delle fattispecie e del regime legale dei contratti di surrogazione<sup>175</sup>, peraltro già lamentata dalla Corte costituzionale del 2018 rispetto alla previgente *Lei n. 25/2016*<sup>176</sup>.

## 10. La Grecia: la regolamentazione della maternità surrogata

L'ordinamento greco ha da tempo adottato una disciplina della surrogazione di maternità che si distingue da quella degli altri sistemi normativi per il suo approccio liberale, ma che, al contempo, si snoda lungo due opposte direzioni, similmente a quanto riscontrato per il Portogallo: da un lato, l'accordo tra le parti è regolamentato e deve rispettare una serie di condizioni normativamente poste per risultare produttivo degli effetti civili perseguiti dalle prime; dall'altro, si riscontra un ampio ricorso allo strumento penale, tale da consentire l'incriminazione persino della madre surrogata e dei beneficiari, oltre che degli intermediari, qualora non rispettino le predette condizioni.

172 Letteralmente: «6 - Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício econômico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos».

173 Cfr. D. Coutinho, *Breves considerações sobre o modelo português de gestação de substituição à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*, in *Liber Amicorum*, cit., p. 336.

174 *Ibidem*.

175 Cfr. D.S. Araújo Coutinho, *As Problemáticas*, cit., p. 623.

176 Cfr. *Tribunal Constitucional*, n. 225/2018, cit., §§ 51 ss.

Dal punto di vista degli effetti civili – ma anche sotto il profilo penale, sebbene in via mediata – l'art. 1458 del codice civile<sup>177</sup>, come modificato dalla Legge n. 3089/2002 sulla riproduzione umana medicalmente assistita<sup>178</sup>, rappresenta la disposizione cardine in materia. Essa definisce la maternità surrogata come il trasferimento nel corpo di una donna di un embrione (*rectius*, di un «*εγγονιμοποιημένων ωαρίων*», cioè di un ovocita fecondato) a quella geneticamente estraneo, con conseguente avvio della gravidanza, sulla base di un previo accordo tra la stessa e i soggetti intenzionati ad avere un figlio<sup>179</sup>. La norma subordina l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti a un'autorizzazione giudiziale precedente all'impianto dell'embrione. Questo provvedimento, a sua volta, potrà essere emesso a condizione che l'accordo tra le parti sia stato stipulato per iscritto, che non comporti la corresponsione di benefici economici, che sia provata l'incapacità della madre di intenzione di portare avanti una gravidanza e che l'ovocita utilizzato per la fecondazione non appartenga alla stessa madre surrogata.

Il riferimento alla necessaria derivazione genetica dell'ovocita da una donna diversa dalla gestante non soltanto rende evidente l'ammissibilità della sola surrogazione di maternità cd. "totale" o "gestazionale", ma chiarisce anche che la legislazione greca circoscrive il fenomeno, e le norme che lo regolano, alla sola maternità surrogata attuata con le tecniche di procreazione medicalmente assistita, con esclusione della gestazione per altri avviata tramite le vie naturali.

La condizione relativa all'infertilità della madre di intenzione implica il divieto della gestazione per conto di uomo singolo o in coppia *same-sex*, a cui è conseguentemente del tutto precluso il ricorso alle metodiche di P.M.A.<sup>180</sup>, sebbene allo stesso esito debba pervenirsi per le donne in coppia *same-sex*: nonostante l'art. 1455 c.c. preveda generalmente che la procreazione medicalmente assistita sia consentita soltanto per superare la condizione di incapacità di avere un figlio attraverso le vie naturali o per evitare la trasmissione di una grave malattia genetica al bambino, i continui riferimenti alla figura maschile contenuti negli artt. 1456 ss. lasciano emergere che, in generale, soltanto una donna, *single*, sposata con un uomo o con questo convivente, possa beneficiare dei trattamenti procreativi e della loro eventuale attuazione con il contributo di una madre surrogata. Dunque, nel caso di una coppia di donne, solo una di esse potrà formalmente ricorrere, come *single*, alla P.M.A. (con la donazione di spermatozoi o, eventualmente, anche con l'aiuto di una gestante su commissione); in tal senso, non è presente alcuna norma che disciplini il consenso della *partner* alla fecondazione e che, sulla base di questo, le conferisca lo *status* di seconda madre del minore<sup>181</sup>.

Il rispetto delle condizioni indicate nell'art. 1458 – per molti versi assimilabili a quelle presenti nella regolamentazione portoghese del fenomeno ed esposte alle medesime criticità<sup>182</sup> – sarà in grado di determinare l'assegnazione della maternità legale alla beneficiaria e di precludere un'azione di contestazione della maternità da parte della gestante, *ex art.* 1464 c.c. La loro violazione, di contro, determinerà l'attribuzione della genitorialità alla madre surrogata, oltre che l'integrazione di una specifica fattispecie di reato.

177 ΠΡΟΕΔΡΙΚΟ ΔΙΑΤΑΓΜΑ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 456 ΦΕΚ Α' 164/24.10.1984. ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΚΑΙ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΟΣ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣ, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/437467/p.d.-456-1984>.

178 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3089 ΦΕΚ Α 327/23.12.2002, *Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή*, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/175735/nomos-3089-2002>. Si veda la traduzione in inglese di Y. Kotsovolou Masry, *Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction*, in *Academia.edu*, [https://www.academia.edu/6918055/Greek\\_Law\\_3089\\_2002\\_On\\_Medically\\_Assisted\\_Human\\_Reproduction\\_text\\_of\\_law\\_trnsl\\_from\\_Greek\\_into\\_English](https://www.academia.edu/6918055/Greek_Law_3089_2002_On_Medically_Assisted_Human_Reproduction_text_of_law_trnsl_from_Greek_into_English).

179 Letteralmente: «*Η μεταφορά στο σώμα άλλης γυναίκας γονιμοποιημένων ωαρίων, ξένων προς την ιδίαν, και η κνοφορία από αυτήν επιτρέπεται με δικαστική άδεια που παρέχεται πριν από τη μεταφορά, εφόσον υπάρχει έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα κνοφορήσει, καθώς και του συζύγου της, αν αυτή είναι έγγαμη. Η δικαστική άδεια παρέχεται ύστερα από αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, εφόσον αποδεικνύεται ότι αυτή είναι ιατρικώς αδύνατο να κνοφορήσει και ότι η γυναίκα που προσφέρεται να κνοφορήσει είναι, εν όψει της κατάστασης της υγείας της, κατάλληλη για κνοφορία*». Per la traduzione in inglese del testo dell'art. 1458 c.c., si veda Y. Kotsovolou Masry, *Greek Law 3089/2002*, cit., p. 2.

180 Con esclusivo riguardo al divieto per gli uomini *singles* – dato che per le coppie *same-sex* il ricorso alla P.M.A. e alla surrogazione di maternità, così attuata, è egualmente precluso a prescindere che si tratti di una coppia di uomini o di una coppia di donne (su cui si veda *infra*) – sottolinea gli aspetti discriminatori alla luce del diritto delle donne *singles*, A. Nikolaos Koukoulis, *Medical Involvement in Procreation in Greek Law*, in *BioLaw Journal*, 2022, 3, p. 133.

181 *Id.*, *ivi*, pp. 133-134, che sottolinea l'irrazionalità degli esiti delle preclusioni normative per le coppie di donne: «*The same woman can declare to be an unmarried woman, although she lives in a consensual union, and can have a child through MAR*». Cfr. anche P. Voultos, C. Erato Zymvragou, N. Raikos, C. Chara Spiliopoulou, *Lesbians' experiences and attitudes towards parenthood in Greece*, in *Culture, Health & Sexuality*, 2019, 21(1), pp. 109 ss.

182 Si veda *supra*, §§ 9.1.-9.2



In aggiunta ai suindicati requisiti, la Legge n. 3305/2005<sup>183</sup> ha introdotto, all'art. 13 («Παρένθετη μητρότητα»), i.e. surrogazione di maternità), una prescrizione relativa ai necessari esami clinici sulla salute psicofisica della madre surrogata e una disciplina dei rimborsi legalmente consentiti alla stessa – il cui ammontare massimo è stabilito da un'autorità amministrativa indipendente –, che, se rispettata, escluderebbe la violazione del divieto di corrispondere benefici economici alla madre surrogata<sup>184</sup>. L'art. 17 della Legge n. 4272/2014<sup>185</sup>, inoltre, ha riformato l'art. 8 della Legge n. 3089/2002, consentendo l'applicazione degli artt. 1458 ss. c.c. se la committente e la madre surrogata hanno la loro residenza in Grecia o vi soggiornano temporaneamente, così aprendo anche al turismo procreativo delle donne straniere che ivi si rechino per ricorrere alla pratica<sup>186</sup>.

### 10.1. L'esteso ricorso allo strumento penale: l'incriminazione e l'equiparazione sanzionatoria dell'intermediazione commerciale professionale e della partecipazione alla procedura *contra legem*

Il successivo art. 26 della Legge n. 3305/2005, rubricato «Ποινικές κυρώσεις» (sanzioni penali), al comma 8 punisce, con la reclusione non inferiore a due anni e con la multa di almeno 1.500 euro, chiunque partecipa alla procedura volta ad avere un figlio attraverso la maternità surrogata in violazione di quanto previsto dall'art. 13 della stessa Legge, dall'art. 1458 c.c. e dall'art. 8 della Legge n. 3089/2002. Il mancato rispetto delle condizioni summenzionate, ivi compresa l'assenza dell'autorizzazione giudiziale, determina, quindi, la rilevanza penale del contributo dato dai soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella procedura di surrogazione di maternità. Analizzando il testo della norma, può dirsi che le parti direttamente interessate alla conclusione dell'accordo sono punite non per il fatto della sua stipulazione (per cui sarebbe stato necessario ricorrere all'espressione «*συμφωνία*», peraltro utilizzata nell'art. 1458 c.c.), ma per la partecipazione alla procedura diretta ad avere un figlio attraverso la maternità surrogata («*Όποιος μετέχει στη διαδικασία απόκτησης τέκνου μέσω παρένθετης μητρότητας*») in violazione delle condizioni legislative. Nella ricostruzione dei confini del fatto tipico di reato, la suddetta opzione normativa consente di punire qualunque forma di coinvolgimento nella pratica avviata *contra legem*: la volontaria sottoposizione alle tecniche della madre surrogata, l'applicazione delle stesse da parte del personale sanitario, e l'apporto, psicologico o materiale, dato dal committente all'avvio della gravidanza.

La seconda parte dell'art. 26, comma 8, commina la medesima pena per chi pubblicamente, o mediante diffusione di documenti, immagini o rappresentazioni, annuncia, mostra o pubblicizza l'acquisizione di un figlio da una madre surrogata, per chi fornisce servizi professionali di intermediazione in cambio di qualunque corrispettivo, o per chi, allo stesso modo, offre i propri o gli altrui servizi per raggiungere il medesimo scopo. Il riferimento alla prestazione di una terza donna («*την απόκτηση τέκνου μέσω τρίτης γυναίκας*») esclude che il reato di pubblicizzazione possa essere realizzato dalla stessa ma-

183 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3305 ΦΕΚ Α'17/27.1.2005, Εφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/164338/nomos-3305-2005>.

184 Si veda la traduzione in inglese dell'art. 13 di A.N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, September 1, 2010, in SSRN, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1689774](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689774), p. 3. Con particolare riguardo ai rimborsi ammissibili, si veda l'art. 13, comma 4: «*The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation:*

*a. The payment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed.*

*b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during the periods (and because) of insemination, pregnancy, delivery and childbed.*

*The amount of the expenses covered is going to be regulated by the National Independent Authority for Medically Assisted Reproduction».*

Sul tema dei rimborsi consentiti dalla legge greca per la madre surrogata, si veda A.N. Hatzis, *From soft to hard paternalism and back: The regulation of surrogate motherhood in Greece*, in *Portuguese Economic Journal*, 2009, 8, p. 218.

185 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 4272 ΦΕΚ Α 145/11.7.2014, Προσαρμογή στο εθνικό δίκαιο της Εκτελεστικής Οδηγίας 2012/25/ΕΕ της Επιτροπής της 9ης Οκτωβρίου 2012 για τη θέσπιση διαδικασιών ενημέρωσης σχετικά με την ανταλλαγή, μεταξύ των κρατών-μελών, ανθρώπινων οργάνων που προορίζονται για μεταμόσχευση - Ρυθμίσεις για την Ψυχική Υγεία και την Ιατρικώς Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή και λοιπές διατάξεις, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/97577/nomos-4272-2014>.

186 La precedente versione dell'articolo, invece, che richiedeva che sia la madre surrogata sia la donna committente fossero residenti in Grecia, era, al contrario finalizzata a contrastare il turismo procreativo in ingresso: cfr. P. Agallopoulou, *Basic concepts of Greek civil law. Part Two: Medically Assisted Human Reproduction and Kinship. Chapter A: Medically Assisted Human Reproduction. Par. Iv: Special Conditions for Medically Assisted Human Reproduction in the Case of Use of a Surrogate Mother*, Athens-Berne-Bruxelles, Sakkoulas-Stämpfli-Bruylant, 2005, p. 458.

dre surrogata, il cui unico contributo punibile è identificabile nella partecipazione alla procedura *contra legem*. Oltre all'incriminazione dell'intermediario professionale («όποιος... παρέχει κατ'επάγγελμα μεσιτικές υπηρεσίες με οποιοδήποτε αντάλλαγμα») – così come avviene in Olanda – la disposizione, con la sua clausola di chiusura («όποιος... προσφέρει με τον ίδιο τρόπο υπηρεσίες δικές του ή άλλου για την επίτευξη του σκοπού αυτού»), consente di incriminare il medico che offra il suo servizio attuando il trasferimento dell'embrione, a meno che si ritenga – nel rispetto del principio del *ne bis in idem* (art. 57 del codice di procedura penale)<sup>187</sup> – che lo stesso sia punibile soltanto come partecipe alla procedura di surrogazione, in base alla prima parte della disposizione.

Eventuali questioni esegetiche sulla sussumibilità dell'apporto di un soggetto nel campo applicativo dell'una o dell'altra fattispecie incriminatrice, perdono di rilevanza alla luce dell'eguale trattamento sanzionatorio previsto per tutte le figure di reato delineate; tanto che, in dottrina, si rileva che l'art. 26 non fa distinzioni, ai fini punitivi, tra la madre surrogata, l'intermediario e i genitori di intenzione<sup>188</sup>. Si potrebbe aggiungere, guardando al complesso delle condotte incriminate, che la legge penale non distingue, sul piano della comminatoria edittale della pena, nemmeno tra commercializzazione della maternità surrogata, anche a titolo professionale, e gestazione sostitutiva attuata a titolo gratuito, ma in violazione dei requisiti previsti dalla legge. Tali rilievi sollevano diversi dubbi e criticità in ordine all'opportunità stessa dell'intervento penale nei confronti della madre surrogata e della coppia committente che partecipino alla procedura senza prevedere alcun corrispettivo, e, in subordine, alla ragionevolezza dell'entità della pena comminata nei loro confronti, tenendo conto dell'identico ammontare previsto per le altre, ben più gravi, figure di reato, contrassegnate dalla corresponsione di un compenso alla gestante, dall'intervento di pubblicizzazione da parte di un soggetto terzo o, addirittura, dalla prestazione professionale di un servizio di intermediazione a fini di lucro.

## 11. Il Regno Unito: la disciplina flessibile dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e l'apertura dell'HFEA 2008 agli uomini e alle donne singles e in coppia same-sex

Il Regno Unito, da quasi quarant'anni, ha preso atto dell'impatto delle nuove tecnologie procreative sulla società e ha conseguentemente predisposto un sistema amministrativo di autorizzazioni all'uso dei gameti e degli embrioni umani nei procedimenti di P.M.A., presidiato dal ricorso al diritto penale in caso di inosservanza da parte dei sanitari, e corredato da disposizioni che disciplinano gli effetti civili del ricorso alle metodiche.

La prima normativa in materia è stata il *Surrogacy Arrangements Act (SAA)*<sup>189</sup> che, nel 1985, ha disciplinato gli accordi di maternità surrogata e le loro conseguenze penali secondo una prospettiva applicativa ampia, idonea a ricomprendere sia la surrogazione in senso tradizionale, realizzabile anche attraverso le vie naturali, sia la surrogazione gestazionale<sup>190</sup>. La necessità di stabilire gli effetti che accordi di tal guisa avrebbero sortito sullo statuto genitoriale dei soggetti fisicamente ed emotivamente coinvolti, unita all'esigenza di regolamentare i presupposti applicativi e le implicazioni civili e penali degli interventi di fecondazione assistita generalmente intesi, portarono all'emanazione dello *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 (*HFEA 1990*)<sup>191</sup>, prima legge in materia di P.M.A., e dello *Human Fertilization and Embryology Act* del 2008 (*HFEA 2008*)<sup>192</sup>, con cui è stata modificata gran parte dell'impianto normati-

187 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 4620 Τεύχος Α' 96/11.06.2019, *Κύρωση του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας*, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/530491/nomos-4620-2019>.

188 Così A.N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, cit., p. 5.

189 Surrogacy Arrangements Act 1985, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

190 Così S.R. Latham, *The United Kingdom Revisits Its Surrogacy Law*, in *The Hastings Center Report*, 2020, vol. 50, issue 1, p. 6.

191 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

192 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54/2019-01-03>.

vo originario, aprendo alle libertà civili in materia non solo, generalmente, di procreazione assistita ma anche, specificamente, di maternità surrogata<sup>193</sup>.

La legge non fa alcun riferimento agli scopi per i quali possono essere apprestati i trattamenti procreativi, che la sez. 2(1) dell'*HFEA 1990* definisce semplicemente come servizi medici, chirurgici od ostetrici forniti al pubblico o a una parte di esso allo scopo di aiutare le donne a restare incinte<sup>194</sup>. Ne discende una piena libertà di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, evidentemente anche per obiettivi diversi dalla risoluzione funzionale dei problemi di infertilità o dal concepimento di figli non affetti da malattie cromosomiche ereditate dai genitori<sup>195</sup>.

Il silenzio del legislatore sulle condizioni oggettive di carattere patologico a cui subordinare il legittimo accesso alle tecniche, va ricollegato anche alla scelta di non stabilire dei limiti soggettivi di ricorribilità alla P.M.A., nel senso che anche le donne *singles*, gli uomini *singles*, o le coppie *same-sex*, sia maschili sia femminili, possono beneficiare delle tecniche procreative, anche quando biologicamente fertili, al fine di superare, attraverso il dono di gameti, di embrioni o l'aiuto di una madre surrogata, la fisiologica impossibilità di procreare senza un *partner* di sesso opposto. La legge, in tal senso, si è limitata a fare continui riferimenti alla figura della donna che si sottoponga alle tecniche procreative, senza attribuire rilevanza – almeno nella fase dell'accesso ai trattamenti – alla circostanza che la decisione sia stata presa da sola o congiuntamente a un *partner*, nell'interesse proprio o altrui.

L'unico limite soggettivo è di carattere generale, prescindendo dall'identità sessuale e dallo stato civile dei ricorrenti: si tratta del previo accertamento, da parte del medico procedente, dell'idoneità genitoriale di chiunque voglia accedere alle tecniche procreative (sez. 13(5))<sup>196</sup>. Nonostante occorra perfezionare l'attuale disciplina, in modo che in futuro il medico possa essere adeguatamente supportato nel suo giudizio preventivo da psicologi e assistenti sociali<sup>197</sup>, si tratta di una procedura apprezzabile per la sua neutralità e per la sua forza antidiscriminatoria, oltre che funzionale rispetto alla garanzia del futuro benessere del bambino. Andrebbe, pertanto, elevata ad esempio ideale da quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui esistono preclusioni soggettive assolute ma in cui, invece, non sono previsti adeguati controlli preventivi sulla capacità genitoriale degli aspiranti ricorrenti alle tecniche che rispondano alle condizioni legalmente fissate. A tal fine, si dovrebbe riflettere anche sull'opportunità di punire l'applicazione dei trattamenti in assenza o in violazione di tale giudizio prognostico, aspetto su cui l'attuale legislazione del Regno Unito non è intervenuta.

In definitiva, il legislatore britannico ha dimostrato di prendere atto delle diverse sfaccettature dell'istituzione familiare nella società odierna, rifiutando la stessa concepibilità di un modello "tradizionale" di famiglia e regolamentando, invece, le diverse realtà affettive ormai affermatesi da tempo nel tessuto sociale. Questa "rivoluzione copernicana" del modo comune di intendere il concetto di famiglia,

193 Le previsioni dell'*HFEA* del 1990 sono state, nel tempo, oggetto di diversi interventi di riforma, attraverso cui si è proceduto ad armonizzare le norme sulla procreazione assistita con le nuove disposizioni adottate nell'ambito del diritto di famiglia, a recepire le direttive europee in materia, e ad adattare le disposizioni vigenti alle nuove scoperte in campo biotecnologico. Oltre al citato *HFEAct 2008* – imponente provvedimento di riforma organica che spicca su tutti gli altri atti normativi di modifica dell'originario *HFEAct 1990* – vanno menzionati lo *Human Fertilization and Embriology (Disclosure of Informations) Act* del 1992; lo *Human Fertilization and Embriology (Deceased Fathers) Act* del 2003; le *Human Fertilization and Embriology (Quality and Safety) Regulations* del 2007; le *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations* del 2010; le *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations* del 2015; lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order* del 2018.

194 Letteralmente: «*“treatment services” means medical, surgical or obstetric services provided to the public or a section of the public for the purpose of assisting women to carry children*».

195 In tal senso, T. Glennon, *UK and US Perspectives on the Regulation of Gamete Donation*, in *Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*, M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 90.

196 Sez. 13(5): «*A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth*». La riforma del 2008, influenzata dall'adozione, nel 2004, del già citato *Civil Partnership Act*, ha novellato la sez. 13(5) eliminando il riferimento alla *gender-word* "padre" e sostituendolo con l'espressione neutra "supporto genitoriale": così facendo, sono state messe a tacere le controversie sorte sull'applicabilità alle donne *singles* e alle coppie *same-sex* al femminile, nella misura in cui esse siano ritenute in grado di fornire un adeguato sostegno genitoriale al bambino. Sull'impatto della riforma del 2008 sulle coppie *same-sex* al femminile, si veda N. Gamble, *Jumping to inclusion*, in *Family Law Journal*, December 2008/January 2009, pp. 9 ss.

197 Critica circa la generica previsione della sez. 13(5) dell'*HFEA* è E. Jackson, *Conception and the Irrelevance of the Welfare Principle*, in *The Modern Law Review*, 2002, pp. 176 ss., che sottolinea le difficoltà che qualunque medico incontrerebbe nell'effettuare un giudizio sul futuro benessere del bambino – compito più adatto agli assistenti sociali coinvolti nell'istituto dell'adozione – e che rileva l'inconcepibilità di una valutazione fondata sul presupposto che non venire al mondo sia meglio che nascere in una famiglia inidonea a crescere un figlio.



ha determinato l'adozione del *Civil Partnership Act* nel 2004<sup>198</sup>, del *Marriage (Same Sex Couples) Act* nel 2013<sup>199</sup>, e dell'*HFEA* del 2008, con cui non soltanto l'applicazione di metodiche procreative in favore di *singles* o coppie dello stesso sesso è stata generalmente ammessa, ma è stata introdotta anche una serie di norme appositamente volte a disciplinare l'acquisizione della genitorialità in questi casi particolari: oltre alla sez. 33, che assegna generalmente la maternità legale alla donna che ha portato in grembo un bambino come conseguenza della sua sottoposizione alle metodiche procreative (non facendo sorgere alcuna particolare questione nel caso in cui la ricorrente sia una donna *single*), e alle sezioni 35 e ss., che regolano l'acquisizione dello *status* paterno del *partner* della ricorrente, gli artt. 42 ss. disciplinano il procedimento di assegnazione della maternità legale alla *partner* della gestante e gli artt. 54 ss. stabiliscono una particolare disciplina per l'attribuzione della genitorialità, in via giudiziale, alla coppia, anche *same-sex*, o al *single* che abbia fatto ricorso alla maternità surrogata.

### 11.1. La regolamentazione della surrogazione di maternità

Il *Surrogacy Arrangement Act* 1985 definisce, alla sez. 1(2), la madre surrogata come la donna che porta in grembo un bambino in esecuzione di un accordo stipulato prima dell'inizio della gestazione e finalizzato alla consegna del bambino a un'altra persona o ad altre persone che si assumeranno, ove possibile, la responsabilità genitoriale<sup>200</sup>; alla sez. 1(3), l'accordo di surrogazione è definito come quello in base al quale la madre surrogata si impegna a concepire un bambino<sup>201</sup>. Anche in questo ordinamento, come nella quasi totalità di quelli finora analizzati (fatta eccezione per la legge svizzera e per l'*ESchG* in Germania), il riferimento al previo accordo risulta pregnante ai fini della caratterizzazione normativa del fenomeno. Inoltre, in assenza di indicazioni restrittive del legislatore, la definizione della maternità surrogata assume contorni ampi, tali da abbracciare anche la sua realizzazione al di fuori del ricorso all'assistenza medica alla procreazione.

Guardando alla disciplina normativa apprestata, emerge che la pratica è generalmente riconosciuta come legittima nella sua dimensione contrattuale tra le parti direttamente coinvolte. Gli unici limiti imposti riguardano le condizioni necessarie per l'emissione dei provvedimenti giudiziali di attribuzione della genitorialità alla coppia o al singolo genitore di intenzione (cd. *parental orders*, regolati dalle sezioni 54, 54A e 55 dell'*HFEA* del 2008), dato che il patto in sé non è suscettibile di essere direttamente esecutivo (sez. 1A). La violazione di tali condizioni – tra le quali spicca la necessità di un legame genetico del minore con almeno uno dei committenti (sez. 54(1)(b)) o con il singolo committente (sez. 54A(1)(b)), nonché la mancata corresponsione di un corrispettivo alla madre surrogata (sezioni 54(8) e 54A(7)) – non integra una fattispecie di reato, ma potrà impedire l'attribuzione giudiziale della genitorialità al committente o ai committenti<sup>202</sup>, per cui la madre del bambino resterà colei che lo ha concepito ed il secondo eventuale genitore sarà il *partner* legato alla prima da un vincolo coniugale, di *civil partnership* o da un rapporto di convivenza. È interessante anche rilevare come i *parental orders* possano essere emessi soltanto nell'ipotesi della surrogazione di maternità attuata attraverso l'applicazione di interventi di P.M.A., come risulta dal presupposto legale, indicato sia nel § 54 sia nel § 54A, per cui «*the child has been*

198 Civil Partnership Act 2004, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>.

199 Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted/data.htm>.

200 Letteralmente: «“*Surrogate mother*” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement  
a) made before she began to carry the child, and  
b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and parental responsibility being met (so far as practicable) by, another person or other persons».

201 Letteralmente: «An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother».

202 Così E. Jackson, *UK Law and International Commercial Surrogacy: 'the very antithesis of sensible'* in *Journal of Medical Law and Ethics*, 2016, 4 (3), p. 200. Va comunque rilevato che, in seguito all'entrata in vigore dello *Human Fertilization and Embriology (Parental Orders) Regulations* nel 2010, con cui la sez. 1 dell'*Adoption and Children Act* 2002 è stata estesa anche alla disciplina dei *parental orders*, la considerazione del benessere del bambino costituisce una priorità per l'emissione del provvedimento giudiziale di attribuzione di genitorialità, tale da soverchiare la mancanza di una delle condizioni richieste dalle sezioni 54 e 54A dell'*HFEA* 2008. Con riferimento a ipotesi in cui i giudici hanno emesso i *parental orders* pur in presenza di una somma di denaro pagata alla madre surrogata dalla coppia committente, si vedano *Re X & Y (Foreign Surrogacy)* (2008), EWHC 3030; *Re C (Application by Mr and Mrs X)*, (2002), EWHC 157; *Re L (A Minor)* (2010), EWHC 3146 (Fam.). Con riferimento a ipotesi in cui l'emissione del provvedimento non ha tenuto conto della mancanza del domicilio britannico in capo alla coppia ricorrente (condizione ulteriormente richiesta dalla sez. 54(4)(b) e, per il *single* committente, dalla sez. 54A(3)(b)), si veda *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007), EWHC 2814.



carried by a woman who is not the applicant, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination».

Non è prevista un'apposita licenza dell'*Authority* per potersi procedere legalmente all'inseminazione artificiale o alla creazione dell'embrione e al suo impianto nell'utero della madre surrogata<sup>203</sup>. Già nella *Brazier Review* del 1998 era stata rigettata la proposta di riforma, sollecitata dalla *British Fertility Society*, in base alla quale la surrogazione di maternità avrebbe dovuto essere realizzata all'interno di strutture sanitarie dotate di una licenza *ad hoc* da parte dell'*Authority*, poiché «*the nature of the regulation required for surrogacy agencies is outside the HFEA's remit and expertise*» (para. 6.18.), e la surrogazione costituisce una «*practice involving social and ethical questions of a different kind and order to other forms of assisted conception*» (para. 7.9.)<sup>204</sup>. La ragione della scelta astensionistica del legislatore è dunque facilmente comprensibile: la gestazione per altri costituisce un accordo tra privati<sup>205</sup>, dato che formalmente la beneficiaria dei trattamenti procreativi resterà colei che si sia fisicamente sottoposta a essi. Il fatto che la legge contempra quest'ultima come ricorrente alle tecniche fa sì che il medico debba soltanto garantire la loro legittima e corretta applicazione sul corpo di costei, non avendo il dovere di interessarsi agli effetti civili perseguiti dalla donna e dagli eventuali soggetti committenti la gravidanza, che saranno oggetto di un'apposita decisione dell'autorità giudiziale. In definitiva, è sufficiente che il medico precedente sia titolare della licenza necessaria per l'esecuzione dei trattamenti ai sensi delle sezioni 3(1)(a) e (b) e 4(1)(b), così come occorre generalmente per l'applicazione di qualunque tecnica procreativa<sup>206</sup>. Al di fuori della generale pena comminata per chi applichi le tecniche di P.M.A. senza apposita licenza, nessuna sanzione penale *ad hoc* è dunque prevista per i medici che eseguano gli accordi di surrogazione di maternità.

Gli unici reati previsti in materia di surrogazione di maternità sono quelli di intermediazione commerciale e di pubblicizzazione, in tal modo intendendosi apprestare tutela, contro ogni indebito sfruttamento da parte di terzi, alla dignità di colei che si offra di "prestare" il proprio utero per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui<sup>207</sup>. Così come generalmente rilevato rispetto alla definizione legislativa del fenomeno, che funge da norma integratrice delle fattispecie incriminatrici, l'intervento penale copre le diverse forme tipizzate di agevolazione degli accordi di maternità surrogata a prescindere che si fondino sul ricorso alla P.M.A. o sul concepimento naturale, alla stregua di quanto riscontrato per l'incriminazione delle attività di intermediazione nell'*AdVermiG* tedesco, nell'*Adoptionsloven* danese, nella legislazione olandese e in quella francese.

## 11.2. Le fattispecie incriminatrici dell'intermediazione negli accordi di surrogazione di maternità su base commerciale e la non punibilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo e degli enti no-profit

La sez. 2(1) del SAA contiene una norma a più fattispecie, ciascuna delle quali è ricollegata a una fase diversa della stipula del contratto di surrogazione. È vietato, ove avvenga su base commerciale, avviare una trattativa finalizzata alla stipula di un accordo di surrogazione, prendere parte a una trattativa finalizzata alla stipula di un accordo di surrogazione, proporre o acconsentire a trattative per la stipula di un accordo di surrogazione, raccogliere informazioni allo scopo di utilizzarle per la stipula o per la negoziazione di un accordo di surrogazione. È altresì vietata l'istigazione a realizzare una delle suddette

203 Cfr. E. Jackson, *Commentary on Re N (A Child)*, in *Feminist Judgements: from Theory to Practice*, R. Hunter, C. McGlynn, E. Rackley (eds.), Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, p. 83.

204 M. Brazier, A. Campbell, S. Golombok, *Surrogacy – Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*, Report of the Review Team Cm 4068, London, HMSO, 1998.

205 Si vedano K. Horsey, S. Sheldon, *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*, in *Medical Law Review*, 2012, 20, p. 72, secondo cui «For such 'informal' arrangements, there are no rules governing access to treatment [...]; there is no formal data collection regarding the incidence of births; and no legal requirement for the provision of counselling».

206 Cfr. E. Jackson, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 841.

207 Sulla necessità di incriminare le diverse forme di mercificazione del corpo, in quanto offensive della dignità umana, si veda P. Allridge, *The Public, the Private and the Significance of Payments*, in *Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law*, P. Allridge, C. Brants (eds.), Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 79 ss. Con particolare riferimento alla surrogazione di maternità si vedano, in tal senso, anche R.J. Arneson, *Commodification and Commercial Surrogacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21, p. 132; S. Wilkinson, *The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy*, in *Bioethics*, 2003, 17, p. 169; P.R. Ferguson, C. McDiarmid, *Scots Criminal Law: A Critical Analysis. Chapter 1: Philosophical Underpinnings*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2014, nota 47. *Contra* J.G. Raymond, *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, New York, Harper Collins, 1993, pp. 193 ss., che considera violata la dignità della donna da qualunque forma di sfruttamento fisico legato alle tecniche riproduttive, a prescindere dalla connotazione economica di tale strumentalizzazione.

condotte<sup>208</sup>. Ai sensi della sez. 4(1)(a), la pena prevista per il compimento di questi reati è la reclusione per un periodo non superiore a tre mesi e/o una multa corrispondente al livello 5 (*Statutory Maximum*).

Dal tenore letterale della disposizione risulta chiaramente che il legislatore ha inteso reprimere con particolare vigore gli accordi finalizzati ad attuare la surrogazione di maternità, anticipando la soglia di punibilità alla fase dell'inizio delle negoziazioni, a prescindere cioè dall'effettiva conclusione del contratto tra le parti: viene incriminato non soltanto chi avvii o partecipi alle trattative, ma persino chi si offra o accetti di parteciparvi, chi raccolga dati sensibili utili a tale scopo, e chi istighi altri ad eseguire una di tali condotte.

Particolarmente rilevante è la causa di non punibilità prevista dalla sezione 2(2), che esclude la responsabilità della madre surrogata o della coppia committente che abbiano compiuto una delle condotte previste dalla sez. 2(1) o ne abbiano causato il compimento<sup>209</sup>, così designando gli intermediari e i terzi istigatori come unici possibili autori dei reati previsti nella sottosezione 1. Il legislatore ha così evitato di punire, e quindi di stigmatizzare, i soggetti direttamente coinvolti nell'accordo, dimostrando di aver opportunamente tenuto conto, da una parte, del coinvolgimento emotivo del soggetto committente la gravidanza, e, dall'altra, della libertà della gestante di utilizzare il proprio utero per portare avanti la gravidanza nell'interesse di terze persone, anche quando si tratti di un atto lucrativo e non solidaristico. Tuttavia, come già anticipato, la mercificazione dell'utero della madre surrogata potrà impedire alla coppia committente di ottenere il *parental order* necessario per il riconoscimento dello statuto genitoriale (per violazione della sez. 54(8) dell'*HFEA* del 2008).

La sez. 2(5) prevede, poi, un'ipotesi autonoma di responsabilità dell'ente («*body of persons*») laddove un soggetto che agisca per suo conto partecipi alla negoziazione o faciliti la conclusione degli accordi di surrogazione, si tratti di attività commesse nell'interesse dell'ente, e quest'ultimo abbia conseguentemente ricevuto un pagamento. La sottosezione 7 prevede, inoltre, la responsabilità addizionale delle persone fisiche partecipanti all'attività gestionale o di controllo dell'ente, salvo che non sapessero o non avessero ragione di sospettare che si trattasse di attività svolte nel suo interesse.

Le sezioni 2(2A) e 2(2B) hanno infine escluso la responsabilità degli enti senza scopo di lucro per l'avvio delle negoziazioni o per la raccolta di informazioni correlate all'accordo, nonché la responsabilità di qualunque persona determini tali enti al compimento di queste attività, qualora il pagamento ricevuto o perseguito risulti ragionevole, ossia non superiore ai costi sostenuti dall'ente *no-profit* per l'esecuzione dell'atto (sez. 2(2C)).

### 11.2.1. Il rinvio alle definizioni legislative di “accordo di surrogazione” e di “base commerciale”

Poste queste necessarie premesse, va rilevato che la sez. 2(1) ha tipizzato le condotte (*actus reus*) delle quattro fattispecie alternativamente previste attraverso l'implicito rinvio alle definizioni legislative di “accordo di surrogazione” e di “base commerciale”, presenti, rispettivamente, nella già menzionata sez. 1(3) e nella successiva sez. 2(3). A sua volta, attraverso un discutibile meccanismo di rinvio “a catena” in grado di complicare l'individuazione del campo applicativo delle fattispecie in esame, la sezione 1(3) richiama la sez. 1(2), in cui si trova specificata la nozione di “madre surrogata”, mentre la sez. 2(3) – come vedremo – fa esplicito riferimento alla sez. 2(4), per circoscrivere ulteriormente il concetto di “base commerciale”.

Il rinvio ultimo alla definizione legislativa della “maternità surrogata” (sez. 1(2)), consente di asserire che i reati qui esaminati siano integrabili soltanto laddove l'intermediazione illecita abbia ad oggetto un accordo concluso prima dell'inizio della procreazione medicalmente assistita (lett. (a) della disposizione), e finalizzato alla successiva consegna del bambino al singolo o alla coppia committente (lett. (b))<sup>210</sup>: in tal senso, risultano estranee ai reati in materia di surrogazione di maternità, sia l'intermediazione nella stipulazione di un accordo successivo all'inizio della gravidanza, che presuppone che

208 Letteralmente: «No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is  
a) initiate any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,  
aa) take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,  
b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or  
c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements;  
and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis».

209 Letteralmente: «A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection  
a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or  
b) for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done».

210 Così N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 275.

il procedimento di fecondazione sia stato iniziato dalla gestante spontaneamente e senza l'influenza di soggetti committenti, sia l'intermediazione in un accordo avente ad oggetto soltanto la sottoposizione di una donna a dei trattamenti procreativi, ove non si convenga la successiva riconsegna del bambino.

Con riguardo al secondo richiamo normativo contenuto nella sez. 2(1), va ricordato che le condotte sono incriminate soltanto nella misura in cui vengono realizzate "su base commerciale", in tal modo escludendo la punibilità di chiunque prenda parte alle negoziazioni soltanto per scopi solidaristici. La definizione della «*commercial basis*» è affidata alla sez. 2(3), secondo cui un soggetto compie un atto su base commerciale se un qualunque pagamento sia stato in qualsiasi momento ricevuto da lui o da un'altra persona per quell'atto, ovvero se agisce affinché un pagamento sia ricevuto da lui o da un'altra persona per la conclusione, la negoziazione o l'agevolazione di un accordo di surrogazione<sup>211</sup>. La clausola finale della disposizione prevede che il "pagamento" non include la prestazione di denaro destinata alla madre surrogata o alla potenziale madre surrogata<sup>212</sup>: affinché si verifichi una mediazione su base commerciale, occorre cioè che il corrispettivo sia ricevuto o perseguito dallo stesso mediatore o da un altro soggetto terzo, non rilevando il pagamento ricevuto o pattuito dalla stessa madre surrogata nel caso in cui la mediazione avvenga a titolo gratuito o, comunque, lo stesso mediatore si limiti a ricevere il denaro nell'interesse della donna e a farglielo pervenire senza conseguire alcun personale tornaconto.

Il dettato della sez. 2(3) consente di distinguere, da una parte, l'intermediazione su base commerciale a vantaggio proprio, dall'intermediazione su base commerciale a vantaggio altrui; e, dall'altra parte, l'intermediazione su base commerciale effettiva, dall'intermediazione su base commerciale finalistica.

Con riguardo alla prima distinzione, si pensi che il requisito della base commerciale viene a essere integrato non soltanto nell'ipotesi del conseguimento, o della ricerca, di un ricavo patrimoniale da parte del soggetto agente, ma anche in quella in cui sia un terzo ad avere beneficiato, o a dovere beneficiare – secondo le intenzioni dello stesso soggetto agente – del pagamento per l'atto. La conseguenza è che a rispondere di tali reati sarà sempre l'autore delle condotte, anche quando questi abbia agito senza un personale tornaconto, mentre il terzo beneficiario non sarà punibile per il fatto di aver ricevuto un pagamento come controprestazione dell'atto eseguito da parte di un altro soggetto, risultando responsabile soltanto nella misura in cui abbia istigato quest'ultimo al compimento del reato o se abbia direttamente dato un suo contributo alla contrattazione.

Con riferimento alla seconda distinzione, si ha intermediazione su base commerciale effettiva (sez. 2(3)(a)) quando un pagamento per l'atto sia stato ricevuto dallo stesso soggetto agente o da un terzo «*at any time*», e quindi sia prima che dopo il compimento di una delle condotte incriminate dalla sottosezione 1. Invece, si ha intermediazione su base commerciale finalistica (sez. 2(3)(b)) quando, pur non essendo stata effettivamente ricevuta una retribuzione per l'atto, il suo compimento sia stato comunque finalizzato a far ricevere un pagamento a sé o ad altri. In questo secondo caso, poiché la tipizzazione del fine di lucro perseguito (*specific intent*) va a connotare l'offensività delle condotte "neutre" di negoziazione della surrogazione – non a caso di per sé non vietate né sanzionate –, la prova di esso, pur attenendo fisiologicamente alla *mens rea*<sup>213</sup>, verrà ad assumere particolare pregnanza già sul piano della configurabilità dello stesso *actus reus*<sup>214</sup>.

211 Letteralmente: «*For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if*  
*a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or*  
*b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement*».

212 Letteralmente: «*In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother*».

213 Per un'esaustiva disamina delle principali teorie formulate per distinguere i *basic intent crimes* dagli *specific intent crimes*, si vedano M. Molan, D. Bloy, D. Lanser, *Modern Criminal Law*, London-Sidney-Portland, Routhledge-Cavendish Publishing, 2003, pp. 67 ss.; M. Jefferson, *Criminal Law*, 9<sup>th</sup> ed., Edinburgh, Pearson, 2009, pp. 309 ss.; T. Storey, A. Lidbury, *Criminal Law*, London-New York, Routledge, 2011, pp. 227 ss.

214 Nei casi in cui una condotta di per sé lecita trae il suo disvalore dal fine che la sorregge, lo *specific intent* andrebbe a connotare il reato come *mental crime*, «sì che dal riferimento a questa componente psichica non si può prescindere per qualificare come illecita (*actus reus*) la condotta obiettivamente considerata»: S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, Cedam, 2002, p. 239. Sulla funzione offensivizzante dello *specific intent* all'interno dei *mental crimes*, nella dottrina britannica si vedano A.C.E. Lynch, *The mental element in the actus reus*, in *Law Quarterly Review*, 1982, pp. 109 ss.; D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, XIV ed, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 52. In ogni caso, come rilevato dagli autori, la frammentazione del reato nei due elementi costitutivi dell'*actus reus* e della *mens rea*, valida e funzionale sotto il profilo dogmatico, viene trascurata nella pratica giudiziale. Probabilmente per questo motivo, la dottrina britannica, pur avendo analizzato la categoria dei *mental crimes*, non si è soffermata sulla questione della estrinsecazione esteriore dello *specific intent* sul piano della condotta materiale.



### 11.2.2. La clausola che esclude l'esistenza di un'intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui

La nozione di base commerciale è stata circoscritta dalla sez. 2(4) del SAA, in cui viene specificato che colui che venga processato per avere eseguito una delle condotte incriminate nella sottosezione 1 non debba essere trattato come se avesse agito "su base commerciale", a causa del pagamento ricevuto da una terza persona per quell'atto, se venga provato: nel caso in cui il pagamento sia stato percepito dal terzo prima del compimento dell'atto, che il soggetto agente non ne fosse a conoscenza o non avesse motivo di sospettarlo; in ogni altro caso, che egli abbia agito non perseguendo lo scopo che un pagamento fosse ricevuto per il compimento di quell'atto<sup>215</sup>. Dalla sua formulazione si evince che la norma è applicabile soltanto nelle ipotesi di intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui prevista dalla lett. (a) della sez. 2(3).

La circostanza che il legislatore abbia specificato che, in presenza delle risultanze probatorie indicate, l'intermediario «*is not to be treated as doing an act on a commercial basis*», chiarisce che la funzione dogmatica svolta dalla previsione di cui alla sez. 2(4) è quella di apporre un limite negativo al fatto di reato, in base alla distinzione tra «*failure of proof defenses*» e «*general defenses*» propugnata da Robinson, secondo cui «*general defenses differ conceptually from failure of proof defenses in that the former bar conviction even if all elements of the offense are satisfied, whereas the latter prevent conviction by negating a required element of the offense*»<sup>216</sup>: la prestazione economica a beneficio altrui non può integrare la *commercial basis* – che, a sua volta, costituisce un elemento essenziale dell'*actus reus* e dell'offesa penalmente rilevante a quello ricollegata (*harm*) – se non sia sorretta dalla rappresentazione e dalla volontà del soggetto che compia l'attività di intermediazione vietata; con conseguente esclusione del legame funzionale tra il compimento dell'atto e il pagamento per lo stesso. La prova a carico dell'imputato non integra una "*reversal of the burden of proof*" – non elide, cioè, l'onere probatorio gravante in capo all'accusa – ma può spiegarsi proprio attraverso l'inquadramento della clausola tra le "*failure of proof defenses*": «*whether the defendant will be obliged to present evidence on the issue will depend [...] on whether the prosecutor is able to persuade the jury, on the evidence presented in its case-in-chief, that the require element is satisfied*»<sup>217</sup>.

### 11.3. I reati di pubblicizzazione della surrogazione di maternità

Un'ultima annotazione riguarda le fattispecie che incriminano la pubblicizzazione della surrogazione di maternità, formulate nella sezione 3 del SAA. Oggetto materiale delle condotte, per espressa previsione della sezione 3(1), è qualsiasi annuncio inerente alla disponibilità a stipulare un accordo di maternità surrogata o a negoziare o facilitare la conclusione di un tale accordo, o concernente la ricerca di una madre surrogata o di un genitore di intenzione<sup>218</sup>.

Va segnalato che il legislatore ha previsto distinte figure di reato, sulla base della diversità del contributo prestato alla pubblicizzazione dell'annuncio e del contesto in cui esso sia avvenuto. Per ciascuna di esse, la pena prevista è la multa corrispondente al massimo statutario (sez. 4(1)(b)).

La sez. 3(2) stabilisce che laddove un giornale o un periodico contenente la pubblicizzazione della surrogazione di maternità è pubblicato nel Regno Unito, il proprietario («*proprietor*»), l'editore («*editor*») e il responsabile della pubblicazione («*publisher*») rispondono penalmente dell'annuncio<sup>219</sup>. In questo caso, sembra che il legislatore abbia optato per l'attribuzione di una responsabilità di posizione in capo

215 Letteralmente: «*In proceedings against a person for an offence under subsection (1) above, he is not to be treated as doing an act on a commercial basis by reason of any payment received by another in respect of the act if it is proved that*

a) *in a case where the payment was received before he did the act, he did not do the act knowing or having reasonable cause to suspect that any payment had been received in respect of the act; and*

b) *in any other case, he did not do the act with a view to any payment being received in respect of it*».

216 P.H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in *Columbia Law Review*, 1982, vol. 2, n. 2, p. 205 ss., che distingue tra elementi negativi del fatto («*failure of proof defenses*»), «*offence modifications*», «*general defences*» – in cui sono annoverati «*justifications*» ed «*excuses*» – e «*nonexculpatory public policy defenses*» (pp. 200 ss.).

217 Id., *ivi*, p. 205.

218 Letteralmente: «*This section applies to any advertisement containing an indication (however expressed)*

a) *that any person is or may be willing to enter into a surrogacy arrangement or to negotiate or facilitate the making of a surrogacy arrangement, or*

b) *that any person is looking for a woman willing to become a surrogate mother or for persons wanting a woman to carry a child as a surrogate mother*».

219 Letteralmente: «*Where a newspaper or periodical containing an advertisement to which this section applies is published in the United Kingdom, any proprietor, editor or publisher of the newspaper or periodical is guilty of an offence*».



a quei soggetti titolari di un obbligo giuridico di controllare i contenuti di un giornale o di un periodico ed, eventualmente, di impedirne la pubblicazione, a prescindere dall'effettiva rappresentazione del contenuto illecito dell'annuncio (*strict liability*): indicativo, in tal senso, risulta il silenzio della disposizione circa l'elemento psicologico della "knowledge", a fronte di alcune delle successive fattispecie in materia pubblicitaria, in cui, come si vedrà, è stata specificata la necessità della rappresentazione dell'illecito contenuto pubblicato.

Una responsabilità propriamente colpevole grava, invece, su chiunque causi la trasmissione nel Regno Unito degli annunci illeciti in esame attraverso una rete di comunicazione elettronica (sez. 3(3))<sup>220</sup>, essendo in questo caso richiesta espressamente la conoscenza del relativo contenuto illecito («*knowing it to contain such an indication*»). La medesima clausola di "knowledge" e il medesimo modello di responsabilità colpevole sono stati previsti per chi diffonda gli annunci nel Regno Unito, o ne causi la diffusione, al di fuori dai casi in cui essi siano contenuti in giornali o periodici pubblicati all'estero oppure siano stati diffusi attraverso una rete di comunicazione elettronica (sez. 3(5))<sup>221</sup>.

Infine, la sez. 3(4) punisce chiunque pubblici tali annunci, o ne cagioni la pubblicazione, nel Regno Unito, al di fuori dai casi in cui ciò avvenga mediante i quotidiani, i periodici o la rete di comunicazione elettronica<sup>222</sup>. Anche se non espressamente diretta a reprimere una specifica condotta di pubblicazione, avendo quasi una valenza sussidiaria, questa fattispecie ben si presta all'incriminazione di chi pubblicizzi la surrogazione di maternità attraverso internet<sup>223</sup>, sia che si tratti dell'utente che direttamente inserisca *on-line* l'inserzione vietata, sia che si tratti del *service provider* che ne causi la pubblicazione, prospettandosi, in quest'ultimo caso, un'ulteriore ipotesi di *strict liability*, in assenza di un qualunque riferimento alla conoscenza del contenuto illecito.

In assenza di un esplicito riferimento a scopi di lucro perseguiti o a guadagni conseguiti dai soggetti attivi dei reati di pubblicizzazione, può ritenersi che il legislatore abbia inteso apprestare una tutela anticipata della personalità individuale dei soggetti coinvolti nel patto – rispetto a quella assicurata tramite l'incriminazione dell'intermediazione negli accordi su base commerciale –, giustificata dalla diffusività dei messaggi pubblicitari trasmessi attraverso i moderni mezzi di comunicazione e dalla loro conseguente idoneità a fomentare forme di sfruttamento locupletativo dei soggetti coinvolti<sup>224</sup>. Questo arretramento della soglia di rilevanza penale spiega la mancata previsione della pena della reclusione, a fronte invece della comminatoria congiunta, o alternativa, della pena e della multa per i reati di intermediazione su base commerciale nella surrogazione di maternità.

Si ricordi, poi, che la sez. 4(3) prevede, in linea generale, cioè per tutte le fattispecie incriminatrici stabilite all'interno del SAA – e, dunque, non solo per quelle di pubblicizzazione –, che le persone giuridiche (*body corporate*) sono responsabili se il reato è stato commesso con il consenso, la connivenza, o per negligenza, di uno dei soggetti svolgenti funzioni apicali all'interno dell'ente («*any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or any person who was purporting to act in any such capacity*»). In questo caso, del reato risponderanno anche le suddette persone fisiche.

Infine, va segnalata la clausola di non punibilità che la sez. 3(1A) ha previsto a favore degli enti senza scopo di lucro, per gli annunci pubblicati in relazione allo svolgimento di quelle attività di intermediazione di cui alla sez. 2(1), a loro volta escluse dalla responsabilità penale dell'ente *no-profit* a norma della sez. 2(2A)<sup>225</sup>.

220 Letteralmente: «Where an advertisement to which this section applies is conveyed by means of an electronic communications network so as to be seen or heard (or both) in the United Kingdom, any person who in the United Kingdom causes it to be so conveyed knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence».

221 Letteralmente: «A person who distributes or causes to be distributed in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical published outside the United Kingdom or an advertisement conveyed by means of an electronic communications network) knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence».

222 Letteralmente: «A person who publishes or causes to be published in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical or conveyed by means of an electronic communications network) is guilty of an offence».

223 Rileva l'ineffettività dell'incriminazione, N. Gamble, *A Better Legal Framework for United Kingdom Surrogacy?*, cit., p. 141, che sottolinea quanto sia facile reperire su internet annunci di madri surrogate o di genitori di intenzione del Regno Unito.

224 Tuttavia, a favore di una depenalizzazione della pubblicizzazione della surrogazione di maternità, si schiera E. Jackson, *UK Law and International Commercial Surrogacy*, cit., p. 205, secondo cui «Decriminalising advertising might help to raise awareness of surrogacy and 'normalising' it by publicising accounts of surrogacy arrangements that have worked well might also help».

225 Cfr. M. Wells-Greco, *United Kingdom – Chapter 23*, in *International Surrogacy Arrangements*, cit., p. 381.

Di contro – e questo è l’aspetto più rilevante – non vi è alcuna espressa esenzione di punibilità della madre surrogata né del committente o dei committenti per i reati di pubblicizzazione: nonostante l’omissione possa spiegarsi in virtù della struttura soggettiva qualificata di alcune delle fattispecie di reato previste dalla sez. 3 e del contesto professionale in cui esse sembrano tipicamente trovare applicazione, non può comunque escludersi l’eventualità di un’incriminazione delle parti direttamente coinvolte per avere pubblicato su internet un annuncio relativo alla propria disponibilità a stipulare accordi di surrogazione o alla ricerca dell’altro contraente, ai sensi della sezione 3(4)<sup>226</sup>. Di questa conclusione si trova conferma nelle linee guida sulla maternità surrogata del Dipartimento della salute del Governo del Regno Unito, ove si afferma che «*It is a criminal offence to advertise that you are looking for a surrogate or willing to act as a surrogate*»<sup>227</sup>. Si tratta, comunque, di un esito poco coerente con l’evidente intenzione del legislatore di sottrarre le parti dell’accordo a una qualunque sanzione per la sua stipulazione, per cui non esiste alcuna fattispecie incriminatrice, o per il contributo prestatato all’intermediario su base commerciale, per cui è stata prevista un’apposita clausola di non punibilità. In questo senso, già nel Warnock Report del 1985, che precedette l’introduzione del SAA e ne fondò l’impianto prescrittivo, si dichiarò che «*We do not envisage that this legislation would render private persons entering into surrogacy arrangements liable to criminal prosecution, as we are anxious to avoid children being born to mothers subject to the taint of criminality*»<sup>228</sup>.

## 12. Gli Stati Uniti: L’evoluzione liberale e il ridotto ricorso al diritto penale in materia di maternità surrogata

Il sistema giuridico statunitense non ha disciplinato la surrogazione di maternità attraverso una legge federale, ma ciascuno Stato presenta la propria legislazione in materia.

In alcuni Stati, come il Nebraska<sup>229</sup>, l’Indiana<sup>230</sup>, l’Arizona<sup>231</sup>, la maternità surrogata è generalmente proibita, sebbene non punita. In queste ipotesi, la legge prevede unicamente il divieto e la non esecutività dell’accordo *contra legem*, ferma la possibilità che la genitorialità venga comunque riconosciuta in capo alla coppia committente in via giudiziale, sulla base del *best interest of the child*, o attraverso il ricorso all’adozione del minore.

La maggior parte degli Stati, dopo un’iniziale riluttanza a permettere questo tipo di pratiche, dovuto al clamore suscitato dal noto caso Baby M.<sup>232</sup>, ha consentito e disciplinato, o semplicemente non

226 In tal senso, ritiene che il reato di pubblicizzazione possa essere realizzato sia dal genitore di intenzione, sia dalla madre surrogata, sia da un terzo, N. Gamble, *A Better Legal Framework for United Kingdom Surrogacy?*, in *Regulating Reproductive Donations*, S. Golombok, R. Scott, J.B. Appleby, M. Richards, S. Wilkinson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 141.

227 UK Department of Health & Social Care, *Guidance: The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, 23 July 2021, in GOV.UK, <https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>.

228 M. Warnock, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1985, § 8.19. Proprio facendo riferimento al *Warnock Report*, ritengono che le parti dell’accordo non siano destinatarie di sanzioni penali K. Horsey, *Not withered on the vine: The need for surrogacy law reform*, in *Journal of Medical Law and Ethics*, 2016, vol. 4, n. 3, p. 184; A. Stuhmcke, *New wine in old bottles and old wine in new bottles: The Judicial response to international commercial surrogacy in the UK and Australia*, in *Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology*, K. Horsey (ed.), London-New York, Routledge, 2015, p. 206.

229 Nebraska Revised Statutes Chapter 25, Article 21, *Actions and Proceedings in Particular Cases, (u) Surrogate Parenthood Contracts*, NE REV ST § 25-21,200, in *Casetext*, <https://casetext.com/statute/revised-statutes-of-nebraska/chapter-25-courts-civil-procedure/article-21-actions-and-proceedings-in-particular-cases/surrogate-parenthood-contracts/section-25-21200-contract-void-and-unenforceable-definition>.

230 Indiana Code, Title 31, *Family Law and Juvenile Law*, Article 20, *Family Law: Human Reproduction*, Chapter 1, *Surrogate Agreements*, §§ 31-20-1-1 ss., in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/indiana/2006/title31/ar20/ch1.html>.

231 Arizona Revised Statutes, Title 25, *Marital and Domestic Relations*, § 25-218, *Surrogate parentage contracts; prohibition; custody; definition*, in *Arizona State Legislature*, <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/25/00218.htm>.

232 Nel caso *Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988), in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>, la decisione della Suprema Corte del New Jersey di non riconoscere la genitorialità in capo

ha vietato, gli accordi di maternità surrogata, anche a titolo oneroso, spesso prevedendo dei limiti ragionevoli al compenso da corrispondere alla gestante, attraverso cui garantire che la donna si limiti a ricevere un rimborso delle spese sostenute o un risarcimento dei danni subiti per il servizio offerto alla coppia committente<sup>233</sup>. La conseguenza dell'eventuale violazione di tali limiti, in molti casi, è la mera inefficacia del contratto: nel Kentucky, ad esempio, è presente un divieto di corrispondere un compenso alla madre surrogata, ma le conseguenze previste per la violazione sono soltanto di natura civile, dato che questo tipo di accordi risultano vietati e insuscettibili di esecuzione, fermo il potere delle corti di pronunciarsi a favore dell'instaurazione del rapporto di genitorialità in capo ai beneficiari sulla base del migliore interesse del minore<sup>234</sup>. Diversamente accade nel Michigan e nella Louisiana, unici Paesi in cui sono previste specifiche fattispecie incriminatrici dei contratti di surrogazione di maternità a titolo oneroso. Invece, nel Kansas, dove non è stata introdotta alcuna disciplina della maternità surrogata, la giurisprudenza ha, in passato, affermato che il pagamento di una somma di denaro alla gestante, esorbitante il rimborso delle spese da lei affrontate, può integrare il più generale reato di pagamento per l'adozione del minore<sup>235</sup>.

Il legame genetico con la coppia o con il singolo committente costituisce il criterio principalmente adottato per assegnare la genitorialità del bambino partorito in seguito all'accordo di surrogazione<sup>236</sup>, a differenza di quanto può riscontrarsi in molte delle legislazioni dei Paesi europei, Italia compresa, in cui la maternità legale spetta comunque alla partoriente. In alcuni Stati si arriva a vietare (North Dakota)<sup>237</sup>, o addirittura a punire (Louisiana)<sup>238</sup>, gli accordi di maternità surrogata attuati mediante ricorso alla P.M.A. con l'uso dell'ovocita della stessa gestante, che in tal caso sarebbe considerata a tutti gli effetti la madre del minore. In questa direzione, vi sono poi Stati, come la Florida, in cui è previsto che l'accordo di surrogazione conferisca la genitorialità ai committenti soltanto se almeno uno dei due aspiranti genitori – che devono essere un uomo e una donna, con esclusione delle coppie *same-sex* – abbia fornito il proprio gamete per la fecondazione assistita<sup>239</sup>, e sia quindi geneticamente legato al minore, pur non richiedendosi che debba necessariamente trattarsi della madre intenzionale. Altrove è ulteriormente richiesto che entrambi i *partners*, oltre a essere sposati e di sesso diverso, abbiano contribuito con i propri gameti alla fecondazione della gestante: è ancora il caso della Louisiana, dove è prevista un'incriminazione degli accordi stipulati in violazione di tali requisiti<sup>240</sup>.

Sul piano dell'intervento penale in materia, nell'ultimo decennio si è assistito a una grossa riduzione degli Stati che incriminano, anche se solo parzialmente, la maternità surrogata. Già dal 2013 la

---

alla madre intenzionale era stata condizionata dal legame genetico detenuto dalla gestante con il minore, avendo quest'ultima fornito anche il proprio ovocita per la fecondazione (cd. maternità surrogata "tradizionale").

233 Si veda la prospettiva liberale di S.H. Snyder, *Reproductive Surrogacy in the United States of America*, in *Handbook of Gestational Surrogacy*, E. Scott Sills (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 278-279, secondo cui anche un eventuale compenso offerto alla gestante non costituisce una compravendita del minore né una mercificazione del corpo della donna, ma un ristoro per il "servizio" offerto ai committenti.

234 Si veda KY Rev. Stat., Ch. 199.590, *Prohibited acts and practices in adoption of children --Expenses paid by prospective adoptive parents to be submitted to court*, (4), in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/kentucky/2021/chapter-199/section-199-590/>.

235 Si veda Kansas Attorney General Opinion, September 11, 1996, No. 96-73, e la giurisprudenza ivi richiamata, in *Kansas Attorney General Opinions*, <https://ksag.washburnlaw.edu/opinions/1996/1996-073.htm>.

236 Oltre alla sentenza *Baby M*, sempre nella prospettiva della valorizzazione del legame di sangue con il minore, ma stavolta in un caso in cui l'ovocita era stato fornito dalla stessa madre intenzionale per la fecondazione della madre surrogata, nella sentenza *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874) (Cal. 1993), in *Casetext*, <https://casetext.com/case/johnson-v-calvert>, la Suprema Corte della California ha affermato che «A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own», concludendo che la madre legale del minore era la donna committente la gravidanza.

237 In North Dakota è previsto un divieto non sanzionato di maternità surrogata genetica (con ovocita della stessa gestante), anche a titolo gratuito, e la genitorialità del minore è attribuita alla surrogata e a suo marito, se parte del contratto; è invece consentito che la donna inizi la gravidanza con l'impianto di un embrione creato con entrambi i gameti della coppia committente, a cui verrà assegnata la genitorialità del bambino: N.D. Cent. Code, § 14-18-05, in *North Dakota Legislative Branch*, <https://www.ndlegis.gov/cencode/t14c18.pdf>.

238 Si veda *infra*, § 12.2.

239 Florida Statute, Ch. 742.13, *Definition*, e Ch. 742.15, *Gestational Surrogacy Contract*, para. 3 e), in *Official Internet Site of the Florida Legislature*, [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/0742ContentsIndex.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/0742ContentsIndex.html).

240 Si veda *infra*, § 12.2.



legislazione del Nevada, in cui precedentemente era incriminata la surrogazione di maternità dietro compenso alla gestante, è stata modificata, consentendo non solo la prestazione di un corrispettivo alla gestante in termini di risarcimento dei danni o di rimborso delle spese ragionevoli sostenute (il cui superamento andrebbe ad incidere soltanto sull'eseguibilità dell'accordo, *ex* NVR § 126.750, co. 5 c)<sup>241</sup>, ma anche il ricorso alla pratica da parte dei *singles*, delle coppie eterosessuali non sposate e delle coppie *same-sex* (NVR §§ 126.710 ss.)<sup>242</sup>. Anche il Distretto della Columbia, nel 2017, ha decriminalizzato la surrogazione di maternità a titolo oneroso, limitandosi a prevedere dei requisiti contrattuali il cui rispetto consente di rendere esecutivi gli accordi tra le parti in ordine all'attribuzione della genitorialità ai soggetti committenti la gravidanza<sup>243</sup>. Stesso esito per lo Stato di Washington, dove la sezione 26.26.250 del *Revised Code*, che incriminava come reato grave (*gross misdemeanor*) la maternità surrogata dietro compenso, nonché ogni accordo di surrogazione contrario alle previsioni contenute nella sez. 26.26.240 e ss., è stato abrogato dalle *Laws* 2018, ch. 6, § 907 (eff. Jan. 1, 2019)<sup>244</sup>. Lo Stato di New York, dopo un primo lungo periodo in cui aveva vietato e punito le parti dell'accordo di surrogazione a titolo oneroso e, con una pena ancora più grave, gli intermediari in tali accordi, ha riformato la legislazione in materia, decriminalizzando tali fatti e consentendo l'esecuzione degli accordi di gestazione per altri, a prescindere dal pagamento di un compenso alla madre surrogata<sup>245</sup>.

Sempre nella direzione di una riduzione del ricorso al diritto penale per fronteggiare il fenomeno della maternità surrogata, anche a titolo oneroso, si pensi poi a quei Paesi in cui, oltre a non essere stata prevista una specifica disciplina penale in materia, è espressamente esclusa la responsabilità, per il reato di commercio di minori, dei soggetti che abbiano preso in custodia il bambino in cambio di un compenso alla madre surrogata<sup>246</sup>, come l'Alabama<sup>247</sup> o l'Iowa<sup>248</sup>.

Quello che a breve potremo osservare è che in quei pochissimi Stati in cui sono ricollegate conseguenze penali alla surrogazione di maternità, si rinvencono fattispecie che incriminano anche fatti diversi dagli accordi a titolo oneroso, come il reclutamento di donne minorenni o fisicamente vulnerabili (Michigan) o, come prima anticipato, la surrogazione di maternità attuata mediante l'utilizzo dell'ovocita della stessa gestante su commissione (Louisiana). Si tratta di sistemi legislativi in cui la maternità surrogata è illecita solo se vengano violati i limiti normativamente imposti, e le parti direttamente coinvolte sono punite per le condotte contrattuali realizzate *contra legem*, alla stregua di quanto si è osservato, nell'esame degli ordinamenti europei, per il Portogallo e la Grecia. A differenza di questi ultimi,

241 Nevada Revised Statute, Chapter 126, *Parentage, as amended by Nevada Assembly Bill 421, A.B. 421* (NV LEGIS Chapter 213), 2013, in *Nevada Legislature – The People's Branch of Government*, <https://www.leg.state.nv.us/nrs/nrs-126.html>.

242 *Ibidem*.

243 Code of the District of Columbia, Title 16. *Particular Actions, Proceedings and Matters*, Chapter 4, *Collaborative Reproduction*, in *Council of the District of Columbia*, <https://code.dccouncil.gov/us/dc/council/code/titles/16/chapters/4>. Si veda B.R. Iannacci, *Why New York Should Legalize Surrogacy: A Comparison of Surrogacy Legislation in Other States with Current Proposed Surrogacy Legislation in New York*, in *Touro Law Review*, 2018, Vol. 34, No. 4, Article 17, pp. 1259 ss.

244 La pena comminata veniva individuata attraverso la generale clausola punitiva stabilita dal Wash. Rev. Code, Section 9.92.020 (reclusione fino a 364 giorni o multa fino a cinquemila dollari, o entrambe). Si vedano J. Casolo, C. Curry-Ledbetter, M. Edmonds, G. Field, K. O'Neill, M. Poncia, *Assisted Reproductive Technologies*, in *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 2019, vol. 20, no. 2, p. 334. Precedentemente alla riforma, si rinvia a S.F. Seavello, *Are You My Mother? A Judge's Decision in In Vitro Fertilization Surrogacy*, in *3 Hastings Women's Law Journ.* 211, 1992, p. 231, e, più di recente, P. Nicolas, *Straddling the Columbia: A Constitutional Law Professor's Musings on Circumventing Washington State's Criminal Prohibition on Compensated Surrogacy*, in *89 Wash. Law Rev.* 1235, 2014, p. 1238; T. Donaldson, *Whole Foods for the Whole Pregnancy: Regulating Surrogate Mother Behavior During Pregnancy*, in *23 Wm. & Mary J. Women & L.* 367, 2017, p. 368, nota 10. L'attuale normativa in materia si trova nel Wash. Rev. Code, Title 26, Chapter 26.26A, *Uniform Parentage Act*, Section 26.26A.700 ss., *Surrogacy agreement*, in *Washington State Legislature*, <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>.

245 New York Codes, Rules and Regulations, General Business Law, Section 1404 and Public Health Law, Vol. A-1a (Title 10), SubChapter H - Maternal and Child Health, Part 69 - Family Health, SubPart 69-11 - Surrogacy Programs and Assisted Reproduction Service Providers, in *New York State – New York Codes, Rules and Regulations*, <https://regs.health.ny.gov/volume-1a-title-10/content/subpart-69-11-surrogacy-programs-and-assisted-reproduction-service>. Si vedano V. Cendejas, *It's Complicated: Advocating for Uniformity in the Enforcement of Surrogacy Contracts*, *12 UC Irvine Law Review* 1385, 2022, pp. 1396 ss.; S. Kalantry, *Surrogacy in the United States: From Prohibition to Permission*, in <https://ssrn.com/abstract=4298612>, December 9, 2022.

246 Cfr. J. Casolo, C. Curry-Ledbetter, M. Edmonds, G. Field, K. O'Neill, M. Poncia, *Assisted Reproductive Technologies*, cit., p. 337.

247 Alabama Code, Title 26, *Infants and Incompetents*, § 26-10A-33, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/alabama/2009/Title26/Chapter10A/26-10A-33.html>.

248 Iowa Code, *Purchase or sale of individual*, § 710.11, in *The Iowa Legislature*, <https://www.legis.iowa.gov/docs/code/710.11.pdf>.



tuttavia, le leggi del Michigan e della Louisiana tollerano parzialmente, ma non regolano il fenomeno, come dimostra anche la mancanza di una disciplina degli effetti civili in capo ai committenti.

### 12.1. Le fattispecie di reato previste nel Michigan

Tra i pochi Stati che presentano una legislazione penale in materia, spicca il Michigan, in cui gli accordi di maternità surrogata non sono riconosciuti dalla legge, a prescindere dallo *status* e dall'orientamento sessuale dei genitori di intenzione e dalla presenza, o meno, di un legame genetico degli stessi con il minore<sup>249</sup>.

Il *Surrogate Parenting Act* del 1988 fornisce, anzitutto, una serie di definizioni rilevanti per le fattispecie incriminatrici previste: per “madre portante” («*surrogate carrier*») si intende la donna sottoposta all'impianto di un embrione a essa geneticamente estraneo (cd. procedura di «*surrogate gestation*»); per “madre surrogata” («*surrogate mother*») si intende la donna inseminata in via naturale o artificiale – con sussistenza, dunque, di un legame genetico con il bambino – sulla base di un previo accordo; il cd. “accordo di surrogazione di genitorialità” («*surrogate parentage contract*») indica il patto in base al quale una donna accetta di concepire un bambino attraverso l'inseminazione naturale o artificiale o attraverso una procedura di “gestazione surrogata”, e di rinunciare volontariamente ai suoi diritti genitoriali o di custodia sul bambino (MCL § 722.853)<sup>250</sup>.

Dalle summenzionate definizioni legislative emerge che il fenomeno assume rilevanza penale sia se verificato nel contesto di una gestazione iniziata con le vie naturali sia se realizzato nell'ambito dell'applicazione di trattamenti di procreazione medicalmente assistita, e, in quest'ultimo caso, sia se la gestante sia anche madre genetica del bambino sia se la stessa si sottoponga al trasferimento di un embrione creato con l'ovocita di un'altra.

La consapevole stipulazione di un accordo di surrogazione di genitorialità dietro prestazione di un compenso alla gestante, eccedente il valore del rimborso delle spese da quella sostenute (come si evince dall'implicito rinvio alla definizione di *compensation*, di cui al MCL § 722.853), costituisce un reato “minore” (*misdemeanor*), e la pena prevista per il contraente è la multa fino a 10.000 dollari o la reclusione fino a un anno, o entrambe (MCL § 722.859, secondo comma)<sup>251</sup>. La fattispecie punisce espressamente le parti del contratto, ossia il committente o i committenti e la madre portante o surrogata, con esclusione della minore non emancipata e della donna a cui sia stato diagnosticato un ritardo mentale, una malattia mentale o una disabilità nello sviluppo. È inoltre stabilito che l'induzione, l'organizzazione, il procacciamento o l'assistenza nella formazione di un contratto di genitorialità surrogata dietro compenso – eccetto i casi in cui tali condotte siano realizzate dalle stesse parti contraenti – integrano un reato “grave” (*felony*), punito con la multa fino a 50.000 dollari o con la reclusione fino a cinque anni, o con entrambe (MCL § 722.859, terzo comma)<sup>252</sup>.

La stipulazione di accordi di surrogazione a titolo gratuito non costituisce reato, salvo che la madre surrogata o portante sia una minore non emancipata oppure una donna affetta da ritardo mentale,

249 Cfr. C. VanWormer, *Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts*, in 61 *DePaul L. Rev.* 911, 2012, pp. 915 ss.; V. Cendejas, *It's Complicated*, cit., pp. 1394 ss.

250 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.853, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-853/>. Letteralmente: «(f) *Surrogate carrier means the female in whom an embryo is implanted in a surrogate gestation procedure.*

(g) *Surrogate gestation means the implantation in a female of an embryo not genetically related to that female and subsequent gestation of a child by that female.*

(h) *Surrogate mother means a female who is naturally or artificially inseminated and who subsequently gestates a child conceived through the insemination pursuant to a surrogate parentage contract.*

(i) *Surrogate parentage contract means a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination, or in which a female agrees to surrogate gestation, and to voluntarily relinquish her parental or custodial rights to the child. It is presumed that a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination by a person other than her husband, or in which a female agrees to surrogate gestation, includes a provision, whether or not express, that the female will relinquish her parental or custodial rights to the child».*

251 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.859, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-859/>. Letteralmente: «(2) *A participating party other than an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability who knowingly enters into a surrogate parentage contract for compensation is guilty of a misdemeanor punishable by a fine of not more than \$10,000.00 or imprisonment for not more than 1 year, or both».*

252 Letteralmente: «(3) *A person other than a participating party who induces, arranges, procures, or otherwise assists in the formation of a surrogate parentage contract for compensation is guilty of a felony punishable by a fine of not more than \$50,000.00 or imprisonment for not more than 5 years, or both».*

malattia mentale o disabilità nello sviluppo: in queste ipotesi, la stipulazione dell'accordo (da parte dei soggetti diversi dalla donna vulnerabile coinvolta), l'induzione, l'organizzazione, il procacciamento o l'assistenza nella formazione del contratto sono puniti, come *felony*, con la multa fino a 50.000 dollari o con la reclusione fino a cinque anni, o con entrambe (MCL § 722.857)<sup>253</sup>.

Per quanto la normativa sia talmente rigida da configurare il Michigan come il Paese più avverso alla maternità surrogata tra gli Stati Uniti d'America<sup>254</sup>, va riconosciuta la grande precisione nella descrizione del fatto tipico dei reati e anche una certa dose di ragionevolezza nelle scelte di incriminazione e nella dosimetria sanzionatoria.

La speciale tutela da conferire alle donne minorenni e disabili, che rischierebbero di subire una strumentalizzazione non sorretta da una loro libera scelta, giustifica l'autonoma incriminazione di cui al § 722.857, e la previsione di una pena particolarmente alta per tutti coloro che abbiano dato un contributo all'accordo illecito, anche se si tratti del genitore o dei genitori di intenzione. Tuttavia, la norma non è in grado di rispondere pienamente alle istanze di protezione delle figure femminili potenzialmente coinvolte in questa pratica senza essere realmente libere nella scelta, come le donne costrette ad accettare l'accordo attraverso il mezzo della violenza, della minaccia, dell'inganno o dell'approfittamento di una condizione di necessità economica<sup>255</sup>: sarebbe stato ragionevole, in tal senso, un ampliamento delle categorie soggettive identificate come vittime del reato.

Per quanto riguarda l'incriminazione dell'accordo dietro prestazione di un compenso, *ex* § 722.859, comma 2, il legislatore sembra avere tenuto conto del libero consenso delle parti come fattore in grado di giustificare sia la previsione di pene più basse, e quindi proporzionate, rispetto a quelle stabilite per il reato di cui al § 722.857, sia la punibilità anche della madre surrogata, con esclusione delle categorie vulnerabili menzionate come vittime da quest'ultima disposizione.

Un ulteriore appunto riguarda la nozione di *compensation*, rilevante per l'integrazione dei reati di cui al § 722.859. Sarebbe stato opportuno che il § 722.853 stabilisse che il compenso, per ritenersi tale, dovesse superare non solo il valore del rimborso delle spese sostenute dalla gestante per la gravidanza e per la fase *post-partum*, ma anche quello del risarcimento per il danno (in termini di danno emergente e di lucro cessante) subito dalla donna come conseguenza del "servizio" reso, non prospettandosi, in tal caso, una prestazione in grado di soverchiare il valore solidaristico del suo atto o di conferirvi un'espressione commerciale, tale da integrare una violazione della dignità della stessa<sup>256</sup>.

Va, infine, ricordato, che, nonostante l'incriminazione soltanto parziale di queste pratiche, nel Michigan la genitorialità di intenzione non è legalmente assegnata sulla sola base dell'accordo, nemmeno quando è lecito, dato che il contratto di surrogazione di genitorialità è, in ogni caso, nullo e insuscettibile di esecutività, in quanto contrario all'ordine pubblico (MCL § 722.855)<sup>257</sup>. Gli aspiranti beneficiari, quand'anche geneticamente legati al bambino partorito dalla madre "portante", potranno essere riconosciuti come genitori legali solo attraverso la supervisione giudiziale o, alternativamente, il ricorso all'istituto dell'adozione<sup>258</sup>.

253 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.857, in *Justia US Law*, in <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-857/>. Letteralmente: «(1) A person shall not enter into, induce, arrange, procure, or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract under which an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability is the surrogate mother or surrogate carrier.

(2) A person other than an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability who enters into, induces, arranges, procures, or otherwise assists in the formation of a contract described in subsection (1) is guilty of a felony punishable by a fine of not more than \$50,000.00 or imprisonment for not more than 5 years, or both».

254 Così C.P. Kindregan, M. McBrien, *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, Chicago, American Bar Association, 2006, p. 163.

255 Con particolare riguardo alla maternità surrogata a titolo oneroso, si veda il caso *Doe v. Attorney General*, 487 N.W.2d 484, 194 Mich. App. 432, in cui si è prospettato il pericolo che «Women in the lower economic strata could well become "breeding machines" for infertile couples of the upper economic brackets».

256 Cfr. S.H. Snyder, *Reproductive Surrogacy*, cit. pp. 278-279.

257 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.855, in *Justia US Law*, in <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-855/>.

258 Si veda V. Cendejas, *It's Complicated*, cit., p. 1395.

## 12.2. Le fattispecie di reato previste nella Louisiana

Nella Louisiana, in seguito alle modifiche dell'*House Bill* n. 1102 del 2016<sup>259</sup>, il LA Rev. Stat. § 9-2718.1<sup>260</sup>, distingue, anzitutto, tra maternità surrogata genetica («*genetic gestational carrier*») e maternità surrogata («*gestational carrier*»): la prima espressione individua la procedura attraverso cui una donna tenta di portare in grembo e di dare alla luce un bambino utilizzando il proprio gamete e quello di un aspirante genitore o di un donatore, quando vi sia un accordo per rinunciare alla custodia e a tutti i diritti e gli obblighi nei confronti del minore<sup>261</sup>; con la seconda espressione si intende la procedura mediante cui una donna tenta di portare in grembo e dare alla luce un bambino nato a seguito del trasferimento in utero di un embrione umano prodotto senza il suo contributo genetico<sup>262</sup>.

Secondo il LA Rev. Stat. § 14-286, «*Sale of minor children and other prohibited activities; penalties*»<sup>263</sup>, il contratto di maternità surrogata “genetica” è sempre illecito, sia se a titolo oneroso sia se a titolo gratuito, con conseguente punibilità delle condotte di stipulazione, induzione, organizzazione, procacciamento, pubblicizzazione, o assistenza nella contrattazione<sup>264</sup>: è quindi necessario, perché la pratica sia consentita, seppure a certe condizioni, che la madre surrogata non detenga un legame di sangue con il minore (D.(3)).

Il contratto di maternità surrogata senza il contributo genetico della gestante è illecito se risulta contrario alle prescrizioni previste dal § 9-2718 ss.<sup>265</sup>, con conseguente punibilità delle condotte di stipulazione, induzione, organizzazione, procacciamento, pubblicizzazione, assistenza, (D.(1))<sup>266</sup>. Tra le suddette condizioni va dato risalto: al divieto dell'accordo a titolo oneroso, salvo che il corrispettivo integri il rimborso delle spese o il risarcimento dei danni<sup>267</sup>; alla necessaria presenza di una coppia beneficiaria composta da un uomo e una donna sposati, con esclusione dei conviventi, dei *singles* e delle coppie *same-sex*; alla necessità che la coppia beneficiaria abbia fornito entrambi i suoi gameti per la fecondazione, con conseguente esclusione delle coppie in cui uno o entrambi i *partners* siano infertili; ai requisiti anagrafici della gestante, che deve avere un'età ricompresa tra i venticinque e i trentacinque anni; alla necessità che la stessa abbia precedentemente già partorito almeno un figlio. I beni giuridici protetti attraverso l'incriminazione delle condotte connesse alla contrattazione *contra legem*, sono molteplici: non solo la dignità della madre surrogata e la sua integrità psicofisica<sup>268</sup>, ma anche – in linea con una criticabile prospettiva conservatrice contraddistinta dal ricorso indiscriminato allo strumento penale – l'istituzione familiare tradizionale basata sui legami genetici tra genitori e figli<sup>269</sup>, per cui si reprime la manifestazione del fenomeno nell'ambito di famiglie omogenitoriali, monogenitoriali od eterogenitoriali in cui i due *partners* non siano avvinti da un rapporto coniugale o non siano entrambi legati geneticamente al minore.

259 In Louisiana State Legislature, <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=991459>.

260 In Louisiana State Legislature, <https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=1015740>.

261 Letteralmente: «“*Genetic gestational carrier*” means the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child using her own gametes and either the gametes of a person who intends to parent the child or donor gametes, when there is an agreement to relinquish the custody of and all rights and obligations to the child».

262 Letteralmente: «“*Gestational carrier*” means a woman who agrees to engage in a process by which she attempts to carry and give birth to a child born as a result of an in utero transfer of a human embryo to which she makes no genetic contribution».

263 In Louisiana State Legislature, <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=78394>.

264 Letteralmente: «It shall be unlawful for any person to enter into, induce, arrange, procure, knowingly advertise for, or otherwise assist in an agreement for genetic gestational carrier, with or without compensation, whether written or unwritten. For purposes of this Section, “genetic gestational carrier” and “compensation” shall have the same meaning as defined in R.S. 9:2718.1».

265 Su tali condizioni normative, successivamente alla riforma del 2016, si veda S.S. Varnado, *A Primer on Biological Filiation in Louisiana*, in *Loyola Law Review*, 2022, Vol. 69, pp. 243 ss.

266 Letteralmente: «It shall be unlawful for any person to enter into, induce, arrange, procure, knowingly advertise for, or otherwise assist in a gestational carrier contract, whether written or unwritten, that is not in compliance with the requirements provided for in R.S. 9:2718 et seq.».

267 Si tratta delle spese sanitarie, psicologiche, di viaggio, giudiziarie, connesse alla maternità surrogata e del risarcimento del danno subito dalla gestante per la perdita della retribuzione lavorativa relativa al periodo di riposo a letto.

268 Così, enfatizzando i rischi sanitari e psicologici a cui andrebbe incontro la madre surrogata nel sottoporsi ai trattamenti nell'interesse altrui, A.B. Carroll, *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents through Surrogacy*, in *Indiana Law Journal*, 2013, Vol. 88, Iss. 4, Art. 3, pp. 1200-1201.

269 Cfr. D.L. Hofman, “*Mama’s Baby, Daddy’s Maybe*”: a State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact, in *William Mitchell Law Review*, 2009, Vol. 35, Iss. 2, Article 13, p. 452.

È prevista, inoltre, l'incriminazione di chi, in quanto parte contrattuale o soggetto agente per conto di una delle parti, proceda o acconsenta a effettuare un esborso connesso al contratto di maternità surrogata, che oltrepassi il valore del rimborso delle spese sostenute dalla gestante, per come indicate dalla norma (D.(2))<sup>270</sup>.

Una fattispecie inedita, rispetto a quelle degli altri ordinamenti analizzati, è poi quella che incrimina chi corrisponde od offre denaro, beni, servizi, o qualunque altro oggetto economicamente valutabile, a una madre gestazionale affinché acconsenta a interrompere la gravidanza (D.(4))<sup>271</sup>.

Ciascuna delle precedenti figure di reato è punita con la multa fino a 50.000 dollari, con la reclusione fino a dieci anni, con o senza lavori forzati, o con la congiunta irrogazione di entrambe le sanzioni.

### 13. Il Canada: linee generali dell'intervento legislativo in materia di maternità surrogata

Nell'ordinamento canadese, l'*Assisted Human Reproduction Act (AHRA)* del 2004<sup>272</sup> definisce la madre surrogata come una donna che, al fine di consegnare il bambino partorito a un donatore o un'altra persona, porta avanti la gestazione di un embrione concepito con le procedure di riproduzione assistita e prodotto con i gameti di uno o di due donatori (art. 3)<sup>273</sup>.

Dalla definizione emergono tre aspetti essenziali. Anzitutto, non è richiesto che l'applicazione delle metodiche sulla madre surrogata e la cessione del bambino siano state precedute da una pattuizione tra le parti<sup>274</sup>, bastando che la donna si sia sottoposta alle tecniche con l'intenzione di assecondare le aspirazioni genitoriali di terzi, così come si è rilevato per l'ordinamento svizzero e per l'*ESchG* nell'ordinamento tedesco. Inoltre, l'esplicito riferimento al concepimento mediante P.M.A. («*conceived by means of an assisted reproduction procedure*») esclude che la definizione e le norme incriminatrici in materia si applichino all'ipotesi di una gestazione avviata naturalmente<sup>275</sup>. Infine, la specificazione relativa alla derivazione dei gameti da uno o da due donatori («*derived from the genes of a donor or donors*»), implica che il concetto di "madre surrogata" e le successive norme che vi fanno rinvio, vada riferito sia alla gestante geneticamente estranea al bambino sia a quella che abbia anche fornito il proprio ovocita per la fecondazione.

Così come per i diretti ricorrenti alle tecniche, la normativa non fa alcun riferimento allo *status* o all'orientamento sessuale dei beneficiari, per cui potrà trattarsi anche di un singolo o di una coppia *same-sex*. E del resto, tra i principi generali dell'*AHRA* si legge che «*persons who seek to undergo assisted*

270 Letteralmente: «No person who is a party to, or acting on behalf of the parties to a gestational carrier contract shall make or agree to make any disbursements in connection with the gestational carrier contract other than the following:

a) Payment of actual medical expenses, including hospital, testing, nursing, midwifery, pharmaceutical, travel, or other similar expenses, incurred by the gestational carrier for prenatal care and those medical and hospital expenses incurred incident to birth.

b) Payment of actual expenses incurred for mental health counseling services provided to the gestational carrier prior to the birth and up to six months after birth.

c) Payment of actual lost wages of the gestational carrier, not covered under a disability insurance policy, when bed rest has been prescribed for the gestational carrier for some maternal or fetal complication of pregnancy and the gestational carrier, who is employed, is unable to work during the prescribed period of bed rest.

d) Payment of actual travel costs related to the pregnancy and delivery, court costs, and attorney fees incurred by the gestational carrier».

271 Letteralmente: «It shall be unlawful for any person to give or offer payment of money, objects, services, or anything of monetary value to induce any gestational carrier, whether or not she is party to an enforceable or unenforceable agreement for genetic gestational carrier or gestational carrier contract, to consent to an abortion as defined in R.S. 40:1061.9».

272 Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2), in *Government of Canada – Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#h-6052>.

273 Letteralmente: «surrogate mother means a female person who — with the intention of surrendering the child at birth to a donor or another person — carries an embryo or foetus that was conceived by means of an assisted reproduction procedure and derived from the genes of a donor or donors».

274 Così G.E. Garzone, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws*, in *Language Culture Mediation (LCM Journal) – Research Perspectives on Bioethically-relevant Discourse*, K. Greco, P. Heyndericks (eds.), 2018, 5, 1, § 5.1.3.

275 Cfr. S. Carsley, *Regulating Reimbursements for Surrogate Mothers*, in *Alberta Law Review*, 2021, 58:4, p. 814, nota 17, secondo cui la surrogazione di maternità rappresenta un metodo di riproduzione assistita piuttosto che una tecnica riproduttiva.



reproduction procedures must not be discriminated against, including on the basis of their sexual orientation or marital status» (art. 2 (e)).

L'intervento penale in materia ha investito le manifestazioni commerciali di tale pratica, oltre che l'applicazione delle tecniche procreative su madri surrogate che non abbiano raggiunto una soglia anagrafica minima, fissata in ventuno anni: ciò in linea con i principi generali della legge, secondo cui «*trade in the reproductive capabilities of women and men and the exploitation of children, women and men for commercial ends raise health and ethical concerns that justify their prohibition*» (art. 2 (f)) e «*women more than men are directly and significantly affected by their application and the health and well-being of women must be protected in the application of these technologies*» (art. 2 (c)).

Fermi i predetti limiti, può dirsi che la maternità surrogata rappresenta un fenomeno generalmente accettato e finanche regolato in molti dei suoi aspetti all'interno dell'ordinamento canadese, sebbene la legge federale taccia sul rilevante piano degli effetti civili del contratto, lasciando autonomia alle leggi provinciali (art. 6 (5))<sup>276</sup>. Tra le varie province si riscontra un atteggiamento piuttosto liberale, tendente ad attribuire la genitorialità ai beneficiari della gestazione sulla base dell'accordo tra le parti (per esempio, nella Columbia Britannica<sup>277</sup>) o di un provvedimento giudiziario (per esempio, in Nuova Scozia<sup>278</sup>). La posizione più rigoristica, per lungo tempo, è stata assunta dal Québec, che ha ritenuto invalidi tali accordi in base all'art. 541 del codice civile (CCQ)<sup>279</sup>, pur con la possibilità della registrazione anagrafica, come padre, del beneficiario geneticamente legato al minore e dell'adozione del *partner* o della *partner* dell'uomo, ex art. 555 CCQ<sup>280</sup>. Grazie alla riforma del 6 giugno 2023, che si applicherà alle nascite derivanti da maternità surrogata a partire dal 6 marzo 2024, l'art. 541 CCQ è stato abrogato e sono stati regolati gli effetti civili in capo ai soggetti beneficiari della gravidanza<sup>281</sup>.

### 13.1. Le fattispecie incriminatrici: la repressione diretta e indiretta della maternità surrogata commerciale

L'*AHRA* contempla, anzitutto, tre fattispecie finalizzate a reprimere la commercializzazione della maternità surrogata.

L'art. 6 (1), «*Payment for surrogacy*», stabilisce che nessuno può pagare un corrispettivo a una donna affinché faccia da madre surrogata, offrirsi di pagare tale corrispettivo o pubblicizzare la propria disponibilità a farlo<sup>282</sup>. L'art. 6 (2), «*Acting as intermediary*», vieta a chiunque di accettare un corrispettivo per organizzare i servizi di una madre surrogata, di offrirsi di procedere a tale organizzazione dietro compenso o di pubblicizzare l'organizzazione di tali servizi<sup>283</sup>. L'art. 6 (3), «*Payment to intermediaries*», infine, statuisce che nessuno può pagare un compenso ad un'altra persona per organizzare i servizi di una madre surrogata, offrirsi di pagare tale compenso o pubblicizzarne il pagamento<sup>284</sup>.

L'art. 60 stabilisce che la violazione, tra l'altro, dell'art. 6, è punita con la multa non superiore a 500.000 dollari canadesi o con la reclusione fino a dieci anni, o con entrambe; in caso di *summary conviction*, è prevista una multa fino a 250.000 dollari o la reclusione fino a quattro anni, o entrambe.

276 «*This section does not affect the validity under provincial law of any agreement under which a person agrees to be a surrogate mother*».

277 Family Law Act, SBC 2011, chapter 25, art. 29, "Parentage if surrogacy arrangement", in British Columbia – BC Laws, [https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025\\_03](https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_03).

278 Birth Registration Regulations, NS Reg 390/2007, art. 5, "Surrogacy", in Nova Scotia, <https://novascotia.ca/just/regulations/regs/vis-birthreg.htm>.

279 In *Publications Québec*, <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/version/cs/CCQ-1991?code=se:541&history=20210906>.

280 Si veda S. Carsley, *Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood*, in *La Revue du Barreau Canadien*, 2018, vol. 96, pp. 129 ss.

281 *National Assembly of Québec, Bill 12(2023, chapter 13), An Act to reform family law with regard to filiation and to protect children born as a result of sexual assault and the victims of that assault as well as the rights of surrogates and of children born of a surrogacy project*, in *Les Publications du Québec*, [https://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers\\_client/lois\\_et\\_reglements/LoisAnnuelles/en/2023/2023C13A.PDF](https://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/lois_et_reglements/LoisAnnuelles/en/2023/2023C13A.PDF).

282 Letteralmente: «*No person shall pay consideration to a female person to be a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise that it will be paid*».

283 Letteralmente: «*No person shall accept consideration for arranging for the services of a surrogate mother, offer to make such an arrangement for consideration or advertise the arranging of such services*».

284 Letteralmente: «*No person shall pay consideration to another person to arrange for the services of a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise the payment of it*».

La prima fattispecie (art. 6 (1)) incrimina la mercificazione diretta della madre surrogata, ossia la retribuzione del servizio da quella offerto. La scelta del legislatore, tuttavia, è stata quella di punire soltanto chiunque corrisponda («pay»), offra («offer») o pubblicizzi («advertise») un pagamento («consideration») alla gestante, a prescindere – nel silenzio della norma – che si tratti del committente la gravidanza o che si tratti di un semplice intermediario che agisca per conto del primo. Non è stata, invece, prevista l'incriminazione della madre surrogata per la ricezione o la semplice accettazione del corrispettivo<sup>285</sup>. Quello che emerge è un modello normativo di paternalismo indiretto volto a tutelare la dignità della gestante per altri<sup>286</sup> a prescindere dalla sussistenza del suo libero consenso, ma senza per questo coinvolgerla – pur essendo controparte del contratto illecito – nell'area del penalmente rilevante.

L'incriminazione, accanto all'esecuzione del pagamento, anche della semplice offerta, e persino della pubblicizzazione della disponibilità, dimostra l'intenzione del legislatore di procedere a un arretramento della soglia di rilevanza penale del fenomeno, sino a coprire condotte sostanzialmente riconducibili al mero tentativo. Tuttavia, la previsione della medesima pena per ciascuno di questi diversi comportamenti lascia trasparire una scelta di politica criminale dai tratti irragionevoli, a cui solo il giudice potrà rimediare irrogando – all'interno della cornice edittale prevista – una pena proporzionata al disvalore del fatto contestato, in ossequio al principio di proporzionalità della pena inflitta, di cui all'art. 718.1 del codice penale canadese<sup>287</sup>, qualificato come «*Fundamental principle*» della sentenza di condanna («*Sentencing*»)<sup>288</sup>.

Con la previsione della seconda fattispecie (art. 6 (2)), che punisce l'intermediario a titolo oneroso, la mercificazione della maternità surrogata, e dunque la violazione della dignità della stessa, è stata contrastata solo indirettamente, impedendo che terzi facilitino la conclusione di tali contratti traendovi un vantaggio economico, anche se, per ipotesi, le parti in causa abbiano stipulato un accordo a titolo gratuito, cioè senza la previsione di una retribuzione per la gestante.

Riguardo alla pubblicizzazione dall'opera di intermediazione, sebbene il legislatore non abbia specificato che anche tale condotta debba essere finalizzata a percepire un corrispettivo, deve ritenersi, in base all'interpretazione sistematica della norma e secondo una considerazione assiologicamente convergente delle condotte ivi alternativamente incriminate, che anche colui che pubblicizzi il suo servizio debba perseguire un fine di lucro.

Anche in questo caso il legislatore ha irragionevolmente equiparato il disvalore di fatti collocati su traiettorie temporali differenti sul piano dell'offesa al bene giuridico, poiché la pena comminata è la stessa per la condotta propriamente esecutiva dell'organizzazione del servizio dietro corrispettivo e per quelle prodromiche dell'offerta dell'organizzazione e della sua pubblicizzazione.

La terza fattispecie (art. 6 (3)), infine, incrimina delle condotte speculari a quelle punite dall'art. 6 (2), ossia il pagamento del servizio di intermediazione o il tentativo (nelle forme, autonomamente tipizzate, dell'offerta e della pubblicizzazione del pagamento) di reclutamento di un intermediario a titolo oneroso. Si ripropongono, anche in questo caso, i medesimi dubbi relativi all'irragionevole sperequazione derivante dalla previsione di un identico trattamento punitivo per comportamenti che offendono il medesimo bene giuridico con un impatto offensivo diverso e progressivamente meno intenso quanto più gli stessi si allontanano dal momento del pagamento della retribuzione al soggetto terzo.

### 13.2. Il divieto della maternità surrogata per donne infraventunenni e le condotte incriminate

L'art. 6 (4) vieta a chiunque di consigliare («*counsel*») a una donna di, o di indurla a («*induce*»), diventare una madre surrogata, o di applicarle una procedura di assistenza medica a ciò finalizzata («*perform any medical procedure to assist*»), sapendo o avendo ragione di credere che si tratta di una infraventunenne<sup>289</sup>.

285 Così E. Nelson, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, Part 4, Chap. 9, Para III, A.

286 Nella sezione 2(b), il Parlamento canadese dichiara che «*the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research*».

287 Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), in *Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-718.1.html>.

288 «*A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender*». Sull'argomento si vedano M.-E. Sylvestre, *The (Re)Discovery of the Proportionality Principle in Sentencing in Ipeelee: Constitutionalization and the Emergence of Collective Responsibility*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2013, vol. 63, pp. 461 ss.; G.M. Vagliasindi, *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, Cedam, 2012, pp. 104 ss.

289 Letteralmente: «*No person shall counsel or induce a female person to become a surrogate mother, or perform any medical procedure to assist a female person to become a surrogate mother, knowing or having reason to believe that the female person is under 21 years of age*».

Anche questo reato è punito con le medesime ingenti sanzioni che l'art. 60 commina, generalmente, per tutte le fattispecie delineate nell'art. 6.

La disposizione sembra mirata a tutelare la libertà di scelta e la salute psicofisica delle donne particolarmente giovani, quand'anche maggiorenni infraventunenni, che potrebbero non essere ancora in grado di valutare i rischi psicofisici connessi alla decisione di sottoporsi a interventi medici finalizzati al concepimento di un bambino allo scopo di destinarlo alle cure di terze persone, anche se queste ultime siano geneticamente legate allo stesso. Tuttavia, secondo l'*Health Canada*, la norma sarebbe volta a ridurre il rischio che le giovani donne vengano sfruttate<sup>290</sup>, così attribuendole la medesima *ratio* di tutela dei reati in materia di commercializzazione della maternità surrogata, ma sostanzialmente inquadrandola come reato ostativo, dato che la dignità della gestante, secondo questa interpretazione, verrebbe tutelata in via indiretta e meramente eventuale.

La norma incrimina condotte alternative, accomunate dallo specifico soggetto passivo, ossia la madre surrogata infraventunenne: le prime due puniscono il contributo psichico da chiunque fornito alla madre surrogata nella decisione di divenire tale; la terza punisce il contributo materiale, e specificamente quello medico, all'attuazione del suo proposito, così sostanzialmente configurandosi come reato soggettivamente qualificato. In tutte e tre le ipotesi, la *littera legis* indica che la *mens rea* richiesta per l'integrazione dei reati non si esaurisce in quella forma di dolo incarnata dalla *knowledge*<sup>291</sup>, investendo anche l'ignoranza colposa dell'età della donna, che una persona ragionevole avrebbe evitato adottando le opportune cautele<sup>292</sup> («*knowing or having reason to believe that the female person is under 21 years of age*»).

### 13.3. Il divieto di rimborsare la madre surrogata per le spese sostenute al di fuori dai casi previsti dai regolamenti

Accanto al divieto di pagare un corrispettivo alla madre surrogata, l'*AHRA* ha vietato il rimborso delle spese sostenute dalla stessa, quando avvenuto in difformità a quanto previsto negli appositi regolamenti (art. 12 (1) (c)) e, in ogni caso, quando non sia stata fornita una ricevuta delle spese affrontate (art. 12 (2)). Si vieta, inoltre, di rimborsare alla gestante il mancato guadagno lavorativo dovuto alla gravidanza, a meno che vi sia una certificazione medica che attesti i rischi sanitari – per la salute della stessa donna, dell'embrione o del feto – inerenti alla prosecuzione dell'attività lavorativa, e si tratti di un rimborso avvenuto conformemente ai regolamenti (art. 12 (3)).

Per la violazione – tra l'altro – dell'art. 12, l'art. 61 commina la multa non superiore a 250.000 dollari canadesi o la reclusione fino a cinque anni, o entrambe; in caso di *summary conviction*, è prevista una multa fino a 100.000 dollari o la reclusione fino a due anni, o entrambe.

Come affermato nella giurisprudenza della Corte suprema, «*L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans une certaine mesure, en définissant la portée des interdictions qu'ils prévoient*»<sup>293</sup>. In altre parole, il divieto di rimborsi non consentiti dai regolamenti estende la tutela che già l'art. 6 apporta alla dignità della madre surrogata contro l'indebita mercificazione del suo corpo. La disposizione, al contempo, definisce non solo il *discrimen* "esterno" tra il rimborso illecito e la vera e propria commercializzazione del corpo femminile, più gravemente punita, ma anche quello "interno" tra il rimborso illecito e il rimborso consentito dalla legge attraverso il rinvio ai regolamenti attuativi.

Per lungo tempo è mancata una formale disciplina dei rimborsi consentiti, invero richiesta dalla sezione 12 ed essenziale per la sua stessa applicazione. I conseguenti dubbi in ordine all'entità della somma lecitamente rimborsabile e alle spese ammesse, hanno fatto ritenere che la norma non fosse da

290 Government of Canada, *Prohibitions Related to Surrogacy*, February 5, 2020 in <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-health-products/biologics-radiopharmaceuticals-genetic-therapies/legislation-guidelines/assisted-human-reproduction/prohibitions-related-surrogacy.html>.

291 Si veda, in generale sulla *knowledge* come forma di *mens rea* meno intensa dell'*intention*, K. Roach, *Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Toronto, Irwin Law mc, 2004, pp. 154 ss.

292 Id., *ivi*, p. 13.

293 Jugements de la Cour suprême, Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, en appel de Québec, § 290, in *Supreme Court of Canada*, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/7905/index.do>.

considerarsi in vigore fino all'emanazione dei regolamenti <sup>294</sup>. Solo con l'adozione delle *Reimbursement Regulations* del 2019 (SOR/2019-193), il vuoto normativo è stato colmato <sup>295</sup>.

## 14. Conclusioni in chiave comparata: quali prospettive per l'ordinamento italiano?

A fronte delle molteplici e articolate scelte di incriminazione adottate dagli ordinamenti analizzati, emerge con chiarezza come la strategia di politica criminale adottata dalla legge italiana appaia approssimativa, sul piano della tecnica di redazione delle fattispecie incriminatrici, ed eccentrica, su quello della selezione dei soggetti potenzialmente responsabili dei fatti di reato.

L'intera gamma dei reati in materia è contenuta in una breve formula normativa che, se interpretata in senso estensivo, potrebbe essere in grado di attrarre nella sfera della responsabilità penale qualunque condotta compiuta nell'ambito del fenomeno in esame: l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, prevede che «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Anche la legislazione italiana, come la maggior parte di quelle straniere analizzate, ha dunque fatto ricadere i fatti di maternità surrogata nell'area di intervento del diritto penale: fanno eccezione la Spagna e la maggior parte degli Stati Uniti, in cui non figurano specifiche fattispecie illecite in materia, l'Austria, in cui la pratica è contrastata indirettamente, attraverso l'applicazione delle più generali sanzioni amministrative previste per gli illeciti in materia di P.M.A., la Germania, rispetto al solo illecito amministrativo di pubblicizzazione.

Come si è potuto notare, tutti gli ordinamenti in cui sono incriminati i fatti connessi alla surrogazione di maternità, presentano delle precise definizioni della stessa, essenziali per stabilire quali fatti siano da considerarsi illeciti; addirittura in Germania vi sono due distinte definizioni del fenomeno, una rilevante per l'interpretazione delle fattispecie di reato in materia di procreazione medicalmente assistita, l'altra nell'ambito della normativa penale in materia di intermediazione nell'affidamento del minore. Invece, la prima evidente lacuna della legge italiana si fonda proprio sulla mancanza di una definizione legislativa della surrogazione di maternità, tale da compromettere l'esatta interpretazione delle condotte da incriminare, e da pregiudicare il rispetto del principio di tassatività/precisione<sup>296</sup>. L'omissione stride con la presa d'atto che l'espressione non integra un elemento puramente descrittivo della norma, ma presenta piuttosto una natura ambivalente, in parte scientifica e in parte giuridica: prendendo a parametro interpretativo le scienze biologiche, la formula potrebbe indicare la sola attuazione della tecnica procreativa in ambito sanitario, mentre dal punto di vista del diritto privato, potrebbe riferirsi, alternativamente, alla previa conclusione dell'accordo tra il singolo o la coppia committente e la donna incaricata di sostenere la gravidanza, o alla sua successiva esecuzione mediante la consegna del bambino alla committente.

Nessun altro riferimento testuale consente di circoscrivere il significato dell'espressione, ma, anzi, l'apposizione della clausola «in qualsiasi forma» induce a ritenere che ogni tipologia di surrogazione di

294 Così F. Baylis, J. Downie, D. Snow, *Fake it Till You Make it: Policymaking and Assisted Human Reproduction in Canada*, in *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, June 2014, p. 511; S. Carsley, *Regulating Reimbursements*, cit., p. 812.

295 *Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations (SOR/2019-193)*, in *Government of Canada – Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2019-193/index.html>.

296 In tal senso, rileva il contrasto della norma con l'art. 25, comma 2, Cost., A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., p. 902; Id., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pp. 233, 236 ss. La carenza di precisione della norma era stata rilevata già da E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), vol. II, t. II del *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà, P. Zatti (dir.), Milano, Giuffrè, 2011, p. 1551. Conf. T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, p. 1395.



maternità sia vietata<sup>297</sup>: sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, sia se attuata con l'utilizzo dei gameti dei committenti sia se realizzata con i gameti di eventuali donatori o con l'ovocita della stessa gestante<sup>298</sup>.

L'unica certezza riguarda la collocazione dell'intervento repressivo nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, con conseguente esclusione, quindi, della gestazione per altri attuata attraverso le vie naturali.

Ad aggravare la mancanza di una definizione legislativa, concorre l'utilizzo della generica espressione "realizzare" per indicare la condotta incriminata in via principale dalla disposizione, accanto a quelle di organizzazione e di pubblicizzazione della pratica, di maggiore comprensione ma comunque affette, anch'esse, da un certo tasso di imprecisione.

Il principale nodo ermeneutico, quindi, attiene all'individuazione dei fatti sussumibili nella fattispecie di realizzazione della surrogazione di maternità.

Non sembra potersi ritenere, come invece ha fatto la dottrina minoritaria, che la fattispecie incrimini la mera stipulazione dell'accordo tra le parti, finalizzata alla successiva sottoposizione alla P.M.A. della donna appositamente reclutata e alla successiva consegna del bambino partorito dalla stessa ai soggetti committenti la gravidanza<sup>299</sup>. In primo luogo, a lasciare deporre in senso contrario è il tenore letterale dell'art. 12, co. 6, ove il legislatore non ha fatto alcun riferimento esplicito all'accordo di surrogazione<sup>300</sup>, preferendo piuttosto ricorrere a un'espressione ("realizzare") che sicuramente meglio si attaglia alla fase attuativa del patto, susseguente a quella della stipula. Inoltre, è il rispetto del principio di materialità a esigere che, per integrare il reato in esame, non basti un mero accordo tra le parti, qualora non seguito da una sua esteriorizzazione in fatti concludenti in cui il proposito criminoso trovi concretizzazione. Non a caso, gli ordinamenti analizzati definiscono la maternità surrogata attraverso il riferimento all'accordo tra le parti o all'intenzione della gestante su commissione, al solo scopo di identificare il fenomeno e di conferire un significato ben determinato e circoscritto alle condotte incriminate: queste ultime sono collocabili in fasi temporali successive e su piani soggettivi differenti da quelli propri della stipulazione del patto, che ne costituisce il mero presupposto. L'unica chiara scelta contraria si rinviene negli Stati Uniti, in cui le due legislazioni analizzate, il Michigan e la Louisiana, puniscono i contraenti soltanto in alcune particolari ipotesi, e nel Canada, per ciò che concerne l'incriminazione del committente per il pagamento della madre surrogata e per l'induzione della donna infraventunenne a sottoporsi alla gestazione per altri. Nel panorama europeo, gli unici riferimenti alla contrattazione illecita delle parti si rinvergono nella legislazione portoghese, in cui, comunque, non sono mancati contrasti interpretativi circa il significato da attribuire all'espressione «concretizar contratos de gestação de substituição», se cioè sia riferibile alla stipulazione o all'esecuzione del contratto di gestazione sostitutiva. Ipotizzando che la mera stipu-

297 Così, pur criticando le opzioni di tutela perseguite dal legislatore, E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1551; G. Losappio, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, F. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), Padova, Cedam, 2007, p. 1062; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 52; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 1490; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, 2017, 4, p. 1372.

298 *Contra* A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 144 ss., 154; Id., *La schiava di Abramo*, cit., p. 903; Id., *Surrogazione di normatività*, cit., p. 244 ss. L'A. ritiene che il legame tra la fattispecie e la sottoposizione della donna, appositamente reclutata, all'assistenza medica alla procreazione, fondato sulla collocazione sistematica del delitto nel corpo della legge 40, trovi la sua cifra di ragionevolezza nel solo caso della surrogazione di maternità totale, ossia quando l'ovocita sia fornito dalla stessa committente o da una terza donna, poiché questa è l'unica ipotesi di dissociazione della maternità a potere essere realizzata esclusivamente attraverso tecniche artificiali. L'opposto caso della surrogazione parziale (che si verifica quando la stessa gestante abbia partecipato con il proprio ovocita alla fecondazione) potrebbe invece trovare sostanzialmente compimento, in modo lecito (almeno nella fase del concepimento), anche attraverso le vie naturali, laddove la gestante abbia acconsentito a cedere il bambino agli aspiranti genitori sociali dopo il parto: in tal senso, non si comprenderebbe il disvalore connesso alla sua realizzazione mediante l'applicazione della P.M.A., se non per l'applicazione delle tecniche in assenza dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge 40, punita come illecito amministrativo ai sensi dell'art. 12, comma 2.

299 In tal senso sembrano deporre C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 169, secondo cui «la proibizione della maternità surrogata, sia che la si voglia far derivare dall'art. 4 e dall'art. 12, sia che la si derivi solo dall'art. 12, rende sicuramente illecito il contratto di maternità sostitutiva».

300 Cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144, secondo cui «Se il legislatore avesse inteso diversamente, avrebbe dovuto utilizzare verbi quali "stipulare" o "concludere" un contratto (illecito) volto ad attribuire l'incarico alla madre sostitutiva [...]. La fase del semplice accordo si colloca in un momento puramente preliminare, inadatto a rilevare finanche nei termini di un tentativo, difficilmente potendosi riscontrare una "idoneità" ed "univocità" verso la realizzazione della pratica quando ancora alcuni dei soggetti coinvolti abbiano soltanto promesso, senza essersi materialmente sottoposti al protocollo medico».

lazione possa integrare la fattispecie, quindi, il nostro ordinamento finirebbe per rappresentare il più intransigente tra quelli qui analizzati; a questa conclusione potrebbe giungersi anche nel confronto con gli Stati nordamericani, tenendo conto che la normativa italiana non prevede alcuna delimitazione formale del campo applicativo delle norme incriminatrici, così come è riscontrabile in quegli ordinamenti.

Un'altra possibile opzione esegetica, abbracciata dalla dottrina maggioritaria, considera l'esecuzione dei trattamenti procreativi come realizzazione della surrogazione di maternità, con la conseguenza che il medico interveniente sarebbe il solo possibile autore del reato, mentre tutti gli altri soggetti coinvolti nell'ideazione o nell'esecuzione del fatto potrebbero rivestire il ruolo di concorrenti eventuali, ivi compresi i committenti e la stessa madre surrogata<sup>301</sup>. Quest'ultimo esito è avvalorato dal mancato riferimento al comma 6 nella clausola di non punibilità contenuta nel comma 8 dell'art. 12, ove si esclude la responsabilità dell'uomo e della donna a favore dei quali il medico applica le tecniche in violazione dei commi 1, 2, 4 e 5. Così intesa, la fattispecie andrebbe collocata tra gli «illeciti di concepimento»<sup>302</sup> e si allineerebbe a quelle omologhe presenti negli ordinamenti tedesco, danese e svizzero (nei quali, comunque, il reato di esecuzione sanitaria degli interventi di P.M.A. su una madre surrogata è delineato con grande precisione, anche grazie al rinvio alle relative definizioni legislative), salvo che per la presenza, nei primi due, di una previsione che esclude la responsabilità della madre surrogata e, soltanto in quello tedesco, anche di una clausola di esclusione della punibilità dei soggetti committenti. Anche seguendo questa interpretazione, quindi, la legge italiana si presenterebbe come la più rigorosa tra quelle europee esaminate, nella prospettiva della responsabilizzazione dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella procedura medica.

Infine, una terza linea interpretativa del concetto di “realizzazione” della pratica si fonda sul tentativo di individuare il bene giuridico protetto dalla fattispecie non nella dignità della gestante, su cui sono orientate, prevalentemente, le precedenti opzioni ermeneutiche<sup>303</sup>, ma sullo stato civile del minore<sup>304</sup>. Il reato, in tal senso, sarebbe integrato dalla consegna del minore ai committenti, che verrebbe a segnare il momento consumativo<sup>305</sup>, mentre il previo accordo tra le parti coinvolte e l'applicazione delle tecniche di P.M.A. sulla donna a tal fine reclutata, andrebbero a rappresentare degli ineliminabili presupposti del fatto, ma non delle condotte autonomamente incriminate dalla fattispecie<sup>306</sup>: è nel momento della consegna del minore, infatti, che sorgerebbe il pericolo che venga alterato il suo stato civile,

301 Così E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 1551; Id., *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, p. 115, p. 81; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp. 144-145, che ritiene che il reato si perfezioni con il «compimento del protocollo», cioè con il trasferimento in utero dell'embrione creato *in vitro* o, a seconda della tecnica utilizzata, con l'inseminazione *in vivo*; Id., *La schiava di Abramo*, cit., p. 905. In tal senso sembra deporre anche F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legislazione penale*, 2005, 3, p. 337.

302 L'espressione è stata enucleata da A. Vallini, *Surrogazione di normatività*, cit., p. 239. Si veda già Id., *Illecito concepimento e valore del concepito*, p. 50.

303 Sulle questioni prospettabili in ordine all'individuazione della dignità della gestante come bene giuridico protetto dalla fattispecie, si consenta il rinvio, anche per la dottrina ivi riportata, a V. Tigano, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 3, pp. 1052 ss.

304 Tuttavia, A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 153; Id., *La schiava di Abramo*, cit., p. 904; Id., *Surrogazione di normatività*, cit., p. 242 ss., pur ritenendo che la fattispecie punisca l'intervento medico di applicazione delle tecniche, ritiene che il suo scopo sia quello di «prevenire l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile e per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riducibili in termini costituzionalmente compatibili. Un reato, perciò, che ricava la propria laica legittimazione in una strumentalità rispetto ad un razionale progetto di implementazione del valore fondamentale della maternità; cioè in quanto volto a prevenire situazioni radicalmente inconciliabili con quel progetto».

305 Così G. Rocchi, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in A. Buccelli (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, Firenze University Press, 2006, p. 280; A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Rivista italiana di medicina legale e delle assicurazioni*, 2015, 4, pp. 1548-1549; T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, pp. 1402-1403; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 366 ss., 380-381.

306 Si consenta il rinvio a V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale*, cit., p. 383 ss. Invece A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1549, pur ritenendo il reato consumabile solo con la consegna del minore ai committenti, afferma che tutte le condotte implicate nel fenomeno, dall'accordo, all'esecuzione del protocollo medico, alla stessa consegna, siano egualmente punibili ai sensi dell'art. 12, comma 6, e che i soggetti che, rispettivamente, le pongano in essere siano «tutti i soggetti necessari del fatto». Sulla stessa linea, che solleva diversi interrogativi di difficile risolvibilità in ordine alla natura del reato così inteso, si veda anche T. Trinchera, *Limiti spaziali*, cit., p. 1402. Invece G. Rocchi, *Procreazione assistita*, cit., p. 280, afferma che le condotte precedenti, qualora la consegna del bambino non avvenga, sarebbero punibili soltanto a titolo di tentativo.

attraverso il probabile successivo compimento di condotte di falso, violazioni o elusioni delle norme civilistiche sull'attribuzione dei rapporti di genitorialità. Autori del fatto di reato sarebbero, quindi, i soggetti contraenti che diano esecuzione all'accordo, cioè la madre surrogata e gli stessi committenti, rispetto ai quali il contributo del sanitario o di qualunque altro intermediario potrebbe essere punibile come concorso eventuale nel reato proprio. Solo guardando alla legislazione portoghese, si potrebbe giungere a una simile soluzione ermeneutica, se si aderisce all'orientamento secondo cui l'espressione «*concretizar contratos de gestação de substituição*» farebbe riferimento all'esecuzione del patto attraverso la cessione e la speculare ricezione del minore<sup>307</sup>. In nessun altro degli ordinamenti analizzati è stata compiuta la scelta di punire la cessione del minore partorito dalla madre surrogata attraverso una fattispecie *ad hoc*. Adottare questa interpretazione, per quanto singolare sul piano comparatistico, non significherebbe escludere dalla punibilità il medico, potenzialmente responsabile della diversa fattispecie di organizzazione della surrogazione di maternità, ma consentirebbe di evitare di punire la madre surrogata e i committenti per il fatto di avere concluso un accordo o di avere partecipato alla procedura di assistenza medica alla procreazione, nell'ipotesi in cui a queste fasi non segua la cessione del minore (a causa del mancato successo delle tecniche, di un'interruzione di gravidanza, o dell'eventuale indisponibilità degli stessi a portare a termine il proprio iniziale proposito) e non possa più verificarsi, dunque, alcuna alterazione delle sue relazioni familiari.

Qualunque delle tre interpretazioni segnalate si accolga, il sistema normativo italiano si presenta comunque come il più rigoroso in relazione alla scelta di incriminare le condotte della madre surrogata e dei committenti.

Guardando alle fattispecie di organizzazione e di pubblicizzazione della surrogazione di maternità, l'unica certezza attiene all'intenzione legislativa di incriminare soggetti terzi per il fatto di agevolare o promuovere pubblicamente l'esecuzione degli accordi, sebbene la formulazione della norma appaia laconica rispetto alle descrizioni più dettagliate delle omologhe fattispecie di intermediazione e di pubblicizzazione presenti negli altri ordinamenti esaminati. Si pensi, per citare la normativa più precisa, al Regno Unito, dove si riscontrano fattispecie estremamente elaborate in materia di intermediazione su base commerciale e di pubblicizzazione della pratica, rispetto a cui si registra un ammirevole sforzo di tipizzazione desumibile dal ricorso ad articolate definizioni legislative.

In assenza di ulteriori precisazioni normative, può dirsi che responsabile del reato di organizzazione sia chiunque predisponga i mezzi idonei a consentire che una donna, in esecuzione di un precedente accordo con un terzo, si sottoponga alle tecniche di P.M.A. allo scopo di consegnare in via definitiva il minore al committente; e ciò a prescindere che si tratti di un'attività esercitata in modo professionale o continuativo, o comunque dietro pagamento di un compenso. Quest'ultimo dato, alla luce del quale dovrebbe considerarsi punibile anche l'intermediario per esclusivi scopi solidaristici, che non persegua né consegua alcun compenso, allinea la legge italiana a quelle di una minoranza degli altri Stati esaminati, ove si incriminano le condotte di intermediazione *tout court*, salvo prevedere, nel caso dell'ordinamento tedesco e di quello francese, delle aggravanti per la loro realizzazione a fini di lucro. Tra gli Stati europei analizzati, l'Olanda, la Grecia, il Regno Unito e il Portogallo presentano legislazioni meno restrittive sul punto: la prima incrimina l'intermediazione eseguita in forma professionale o imprenditoriale; la seconda punisce soltanto l'intermediazione o la prestazione di un servizio in cambio di un corrispettivo; il terzo reprime la sola intermediazione su base commerciale; l'ultimo prevede la punibilità dei soggetti terzi se traggano un vantaggio economico dalla stipulazione o se promuovano accordi contrari alle condizioni normativamente poste. In questa direzione si muovono anche i sistemi normativi degli Stati nordamericani, in cui è incriminata soltanto la promozione degli accordi contrari alle prescrizioni di legge.

Criticità e considerazioni similari riguardano il reato di pubblicizzazione, sebbene anche gli altri ordinamenti europei analizzati puniscano questa condotta a prescindere dal conseguimento di un compenso o dal suo eventuale svolgimento in forma professionale o imprenditoriale. Invece, sul piano del rispetto del principio di tassatività, il nostro ordinamento si distingue negativamente, ancora una volta: anche rispetto al reato di pubblicazione, la legge si presenta come imprecisa e reticente, non dando modo di affermare con certezza se l'attività punibile sia quella che pubblicizza la disponibilità di uno dei due aspiranti contraenti, del medico, dell'intermediario o di tutte le precedenti figure soggettive.

Infine, va dato uno sguardo alle pene comminate per i reati di surrogazione dalla legge n. 40/2004, che sono irragionevolmente le medesime per tutte le figure delittuose previste e per tutti i soggetti coinvolti nella loro esecuzione, alla stregua di quanto osservato nella legislazione greca e in quella canadese. Politiche sanzionatorie differenti sono state adottate, ad esempio, nel Michigan, in cui le pene sono

307 In questo senso, L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90. *Contra* M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1602, che invece ritiene che il termine “*concretização*” vada inteso come sinonimo di “*celebração*”, cioè come espressivo della stipulazione del contratto.

proporzionalmente più alte per i reati di surrogazione di maternità realizzati su donne particolarmente vulnerabili, e in Portogallo, ove è stato addirittura apprestato un sistema di sanzioni differenziato e proporzionato per la madre surrogata, per il committente, per gli intermediari e i pubblicizzatori, con ulteriori distinzioni del massimo edittale applicabile a seconda che l'accordo sia stato concluso a titolo oneroso o in contrasto con le generali condizioni legislative che regolano i contratti di surrogazione. Sul piano della pena pecuniaria comminata, poi, la legislazione italiana rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale, a causa dell'elevatissima cornice edittale prevista, che arriva fino a un milione di euro di multa.

In conclusione, sarebbe preferibile che il legislatore si prodigasse per chiarire, una volta per tutte, quali condotte e quali soggetti punire, più che per tentare di introdurre un'applicazione extraterritoriale incondizionata delle attuali fattispecie. Tanto più se si pensa che l'incriminazione della madre surrogata e dei committenti per avere eseguito l'accordo in un Paese straniero, al di fuori delle condizioni indicate nell'art. 9 del codice penale, rappresenterebbe un esito stridente con le scelte astensionistiche – e anche con quelle parzialmente interventistiche riscontrabili in contesti normativi di generale regolamentazione del fenomeno – adottate nei Paesi oggetto della presente disamina, oltre che intrinsecamente irragionevole alla luce dell'inopportunità, sul piano assiologico, di annoverare la surrogazione di maternità tra i crimini universali<sup>308</sup>.

---

308 Si veda M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2021, 2, pp. 35-36.



Antonio Vallini\*

## La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale

### Sommario

1. Nel laboratorio di una clausola di diritto penale transnazionale. - 2. *De iure condito*: la atipicità, all'estero, dei delitti di alterazione di stato e falso documentale... - 3. ...e l'ardua estensione della legge penale italiana a fatti tipici di surrogazione realizzati all'estero. - 3.1. Il controverso e paralizzante requisito della doppia incriminazione. - 3.2. Il fatto commesso all'estero da cittadino italiano e il rilievo della esistenza, e cittadinanza, del soggetto passivo. - 3.3. L'irrelevanza a priori del fatto commesso all'estero da cittadino straniero. - 4. *De iure condendo*: gli effetti attesi in punto di estensione dell'incriminazione nello spazio. - 5. Il dubbio superamento del criterio della doppia incriminazione, tra legalità, funzione rieducativa della pena, logiche di un biodiritto laico e pluralista. - 5.1. Conferme a contrario ex artt. 7 e 8 c.p. - 6. I limiti del fatto tipico rispetto ai soggetti attivi e alle pratiche vietate. - 7. Possibili questioni di costituzionalità. - 8. Osservazioni conclusive.

### Abstract

La proposta, già approvata in un ramo del Parlamento, di rendere punibile il cittadino italiano che realizza all'estero una surrogazione di maternità – anche se non presente sul territorio dello Stato – è intesa a ridurre e semplificare le ordinarie condizioni di estensione della legge penale nello spazio, determinando un regime derogatorio *in malam partem* fondamentalmente irragionevole. Questa dilatazione geografica aggrava i già notevoli problemi di determinatezza della fattispecie, e può porsi in contrasto con i principi di legalità nonché con la funzione rieducativa della pena, nella misura in cui pretende di imporre una (opinabile) scelta etico-penale italiana entro contesti socio-giuridici che non la condividono affatto. Nello studio si sondano, dunque, possibili rimedi, sia in chiave ermeneutica che in funzione di eventuali questioni di costituzionalità, con riferimento ad es. alla pretesa della doppia incriminazione, o a interpretazioni riduttive del tipo criminoso, alcune capaci persino di escludere gli aspiranti genitori dal novero dei soggetti punibili.

*The legislative proposal, already approved in one chamber of Parliament, to make liable to criminal prosecution an Italian citizen who performs a surrogacy abroad - even if he is not present on the territory of the State - aims to reduce and simplify the ordinary conditions for the extension of the Italian criminal law in space, resulting in a fundamentally unreasonable derogatory regime in malam partem. This geographical dilatation aggravates the already considerable problems of legal certainty caused by the Italian offence, and may be at odds with the principles of legality as well as with the re-educative function of punishment, insofar as it claims to impose a (questionable) Italian ethical-penal choice within socio-legal contexts that do not agree with it at all. Therefore, in this paper possible remedies are explored, both from an interpretative point of view and in relation to possible questions of constitutional legitimacy, e.g. with reference to the claim of a dual criminality check, or to reductive interpretations of the crime, some even capable of excluding intended parents from the list of punishable perpetrators.*

\* Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

*Alcuni hanno sostenuto che in qualunque luogo commettasi un delitto, cioè un'azione contraria alle leggi, possa essere punito; quasi che il carattere di suddito fosse indelebile, cioè sinonimo, anzi peggiore di quello di schiavo; quasi che uno potesse essere suddito di un dominio e abitare in un altro, e che le di lui azioni potessero senza contraddizione essere subordinate a due sovrani e a due codici contraddittori.*

*Alcuni credono parimente che un'azione crudele, fatta per esempio, a Costantinopoli, possa essere punita a Parigi, per l'astratta ragione che chi offende l'umanità merita di avere tutta l'umanità inimica e l'esecrazione universale; quasiché i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini e non piuttosto dei patti che li legano tra loro.*

(C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXIX, *Della cattura*).

## 1. Nel laboratorio di una clausola di diritto penale transnazionale

Erano momenti in cui il nostro sistema penale veniva proposto come veicolo di sconfinata aspirazioni repressive.

Il presidente del Consiglio, alle prese con una problematica impennata degli sbarchi di migranti, ostentava l'ambizione di perseguire «per tutto il globo terracqueo»<sup>1</sup> i c.d. «scafisti»; mentre, per affrontare i crimini emergenti nei martoriati territori dell'Ucraina, il governo dichiarava il più serio intento di collaborare al reticolo di giurisdizioni nazionali universali che agevola l'operatività della Corte penale internazionale<sup>2</sup>. Infine, si ribadiva l'imperativo categorico di fare della surrogazione di maternità un «reato universale», in modo da poterla perseguire ovunque realizzata, finanche dove legittimamente praticabile<sup>3</sup>.

Cosa rimane, oggi, di tanti annunci?

In quegli stessi giorni, il Consiglio dei ministri, per ragioni a tutt'oggi imperscrutabili, sostanzialmente affossava<sup>4</sup> la proposta di un Codice dei Crimini internazionali in stato già molto avanzato di elaborazione tecnica, e coperta da largo consenso in sede scientifica, politica e istituzionale<sup>5</sup>: così declinando l'opportunità di munire la nostra magistratura di una giurisdizione, e dei titoli di reato, in virtù dei quali sarebbero stati davvero giudicabili in Italia gli autori di atroci ed estese aggressioni ai diritti umani ovunque perpetrate, ivi compresi eventuali crimini contro l'umanità ai danni dei migranti in Nordafrica<sup>6</sup>. Nonostante le pressanti richieste di supporto avanzate dalla Procura della Corte penale internazionale, e per quanto i crimini internazionali tornino a manifestarsi nelle forme più sconvolgenti, tra Europa orientale e Medio Oriente, su questo aspetto il nostro governo ha deciso, insomma, di non decidere, abbandonando il nostro Paese nell'imbarazzante posizione di «fanalino di coda» del *network* dei firmatari dello Statuto di Roma. È invece al *dossier* «surrogazione di maternità» che si è scelto di dedicare lo spirito più costruttivo, la più implacabile coerenza: una fattispecie che *in sé* non costituisce affatto un «reato universale», riferibile a una pratica non avversata a livello di fonti internazionali<sup>7</sup> e in

1 Giorgia Meloni vuole cercare gli scafisti in «tutto il globo terracqueo», [www.ilpost.it](http://www.ilpost.it), 10 marzo 2023.

2 Nel senso che ampiamente precisa M. La Manna, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, pp. 147 ss.

3 F. Olivo, *Maternità surrogata reato universale. La maggioranza dimentica i figli di famiglie omogenitoriali e si occupa solo di questo*, [www.huffingtonpost.it](http://www.huffingtonpost.it), con un'intervista a M. Pelissero.

4 A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, pp. 91 ss.; L. Baiada, *Che fine ha fatto il codice dei crimini internazionali?*, [www.terzogiornale.it](http://www.terzogiornale.it), 16 ottobre 2023.

5 E. Fronza – C. Meloni, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, p.1 ss.; S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 779 ss.

6 V. ad es. *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC on arrest and extradition of suspects in relation to crimes against victims of trafficking in Libya*, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), 21 ottobre 2022.

7 Solo il Parlamento europeo ha occasionalmente espresso un giudizio di disapprovazione, non riferito alla GPA in genere, bensì alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne», o alla «maternità surrogata a fini commerciali» (Relazione annuale 2019 del Parlamento europeo sui

molti paesi legalizzata o, comunque, non criminalizzata, e anche in Italia sanzionata con la pena, piuttosto contenuta, della reclusione da tre mesi a due anni (elevata invece la multa, da 600.000 a un milione di euro). Ben tre le proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati in questa legislatura, abbinate per l'esame in Commissione giustizia, da cui – in data 15 giugno – è uscito un testo infine approvato in Assemblea.

Una rapida disamina di queste proposte, anche nelle parti caducate, può essere significativa non solo per intuire il *background* ideologico da cui tale processo origina (ancor meglio rivelato dalle relazioni introduttive), ma soprattutto per cominciare a impostare questioni più strettamente tecnico-penalistiche, utili per l'inquadramento critico di quello che attualmente bolle nel pentolone parlamentare con maggior probabilità d'essere, prossimamente, servito nei nostri piatti.

La proposta di legge AC 887 seccamente prescriveva che «le pene stabilite» dall'art.12, co.6, l. 40/2004, si applicassero anche «se il fatto è commesso all'estero» (con “fatto” comprendendosi, parrebbe, sia le figure della commercializzazione di gameti che quelle di surrogazione, con una equiparazione già in sé di dubbia ragionevolezza<sup>8</sup>). Una formula non del tutto appropriata, sebbene raramente già utilizzata (v. art. 501, 3° co., c.p.): nelle disposizioni codicistiche volte ad estendere la giurisdizione (si veda gli artt. 7 ss., o l'art. 604, c.p.) si parla, di solito e più opportunamente, di “punizione secondo la legge italiana” del fatto commesso all'estero, o di “applicazione all'estero” di disposizioni penali italiane, evocando un'estensione oltreconfine del *precetto*, prima che della *pena*; un disposto che sancisca un'estensione della sola “pena” potrebbe essere inteso come se *presupponesse*, non *disponesse*, l'eventualità di una applicazione della legge penale italiana al fatto commesso in territorio straniero, dunque rinviando alle disposizioni generali degli artt. 7 ss.. Ma, a tacer di questa sbavatura letterale, era l'idea stessa di una giurisdizione universale pura e incondizionata – cioè *al di là di qualsiasi elemento di collegamento all'ordinamento italiano* e, addirittura, *neppure mitigata dalla condizione procedurale della presenza del sospetto reo in Italia*<sup>9</sup> – ad apparire difficilmente sostenibile. Un'opzione per la giurisdizione universale “incondizionata” implica non soltanto un sovraccarico del tutto ingovernabile per un sistema incentrato sull'obbligatorietà dell'azione penale, ma altresì una problematica ingerenza in spazi di altrui sovranità<sup>10</sup>, che, come tale, sarebbe opportuno si fondasse su motivazioni attentamente meditate, esposte, se del caso, a un vaglio di ragionevolezza<sup>11</sup>; se non addirittura, secondo un orientamento sempre più accreditato<sup>12</sup>, su di una autorizzazione espressa del diritto internazionale, quale quella che sembra riscontrarsi in mate-

---

diritti umani, punto 26 e suggerimento 9; v. anche Relazione annuale 2021 del Parlamento europeo sui diritti umani, punti 11 e 60). Si veda peraltro, più di recente, il punto 10 della Risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2023 sullo Stato di diritto 2022, ove più genericamente – ma con specifico riferimento alla situazione italiana – si condannano «le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali». Già sul piano, più esteso, degli stati aderenti al Consiglio d'Europa, la Corte Edu constata un difetto di *consensus* (così già in Corte Edu, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, e poi regolarmente nella giurisprudenza successiva cit. *infra*, nt. 21). Sulle significative variazioni di qualificazione e disciplina che emergono dalla comparazione: A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, pp. 49 ss.; V. Tigano, *I limiti dell'interoimento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, pp. 5 ss.; infine Id., *La surrogazione di maternità in una prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in questa *Rivista*.

- 8 G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come “reato universale”? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 maggio 2023.
- 9 Requisito, questo, ritenuto fondamentale per l'ammissibilità di una giurisdizione universale, alla luce di consuetudini internazionali che, oltretutto, si riferiscono alla possibilità di giudicare crimini che si pongono su ben altro livello di gravità, quali i crimini internazionali: M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 214 ss.
- 10 Sulle disfunzioni di certi eccessi di giurisdizione universale (in rapporto, oltretutto, a crimini internazionali), v. M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 34 ss., 83 ss.
- 11 Cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021, p. 12; G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità*, cit.
- 12 Il diritto internazionale sembra ancora tendenzialmente ispirato dalla risalente e controversa decisione della *Permanent Court of International Justice* sul caso “Lotus” (Francia v. Turchia), del 7 settembre 1927 (in [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)), stando alla quale lo stato godrebbe di ampia discrezionalità nel decidere lo “spazio” applicativo del proprio diritto penale, salvo divieti specifici di diritto internazionale. Al riguardo, rinviamo alla articolata disamina di A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Torino, 2006, pp. 68 ss. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione sempre più pericolante e fortemente contestata in dottrina, la quale propende per circoscrivere l'ambito di espressione delle giurisdizioni universali ai soli casi autorizzati dal diritto internazionale: si veda P. Gaeta, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, pp. 497 ss., 504 ss.; M.A. Pasculli, *Studio sulla giurisdizione penale universale*, 2° ed., Padova, 2013, pp. 184 ss.; M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., 3 ss., 169 ss., 206 ss., 231, 234 s.

ria di crimini internazionali e poco oltre<sup>13</sup> (peraltro, persino in questa materia l'eventuale giurisdizione universale viene normalmente declinata in modo "condizionato")<sup>14</sup>.

La proposta AC 342 («è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6»), sia pure con formulazione inutilmente barocca, pareva offrire un'indicazione più chiara riguardo all'applicazione all'estero del divieto penale, avente ad oggetto la sola surrogazione di maternità, prima ancora della relativa pena. Avanzava, inoltre, propositi più cauti e praticabili in termini di giurisdizione, che non si pretendeva fosse universale, bensì estesa al fatto di sola surrogazione di maternità se commesso all'estero "da cittadino italiano": accogliendo, dunque, una logica di personalità attiva, che traccia una connessione con l'ordinamento interno. Facendo poi prolissamente affiorare, nella disposizione, le pre-comprensioni del legislatore, aggiungeva come l'estensione nello spazio fosse operata «al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini»: così involontariamente offrendo più puntuali argomenti alle interpretazioni teleologiche e letterali volte a ridurre l'ambito applicativo dell'art. 12, co.6, l. 40/2004 alle sole condotte di carattere lucrativo, non solidaristico (*infra*, par. 6).

La proposta AC 1026 si esprimeva con un dire più asciutto, e di nuovo si riferiva al solo "cittadino italiano". Riproponeva, tuttavia, una formula incentrata sull'applicazione all'estero delle "pene", della cui ambiguità già si è detto; e, ancora, prescindeva dalla presenza del reo sul nostro territorio.

Il testo proposto all'Assemblea dalla II Commissione giustizia – AC N. 887-342-1026-A –, con il parere favorevole della Commissione Affari Costituzionali e della Commissione Affari Sociali, combinando le tre proposte, accoglieva invero l'orientamento sostanziale del progetto AC 1026, perfezionandolo sul piano tecnico e letterale, pur continuando ad escludere il prerequisito della presenza del reo sul territorio dello Stato. Il 26 luglio 2023 la Camera approvava detto testo, contrassegnato con il n. 887, di iniziativa dell'on. Varchi e altri, e assorbente i progetti n. 342 e 1026, con un'ulteriore modifica, volta a precisare che l'estensione di giurisdizione riguarda le condotte di cui all'art. 12, co.6., l. 40/2004 solo se aventi ad oggetto la surrogazione di maternità, non la commercializzazione di embrioni.

In definitiva, l'art. 1, e unico articolo, del testo attualmente all'attenzione del Senato (AS 824) è così formulato:

*Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, infine, il seguente periodo:*

*«Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, [cioè in qualsiasi forma realizzare, organizzare o pubblicizzare la surrogazione di maternità] sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana»*

Intento apparente del legislatore è quello di intercettare con la norma penale quel c.d. "turismo procreativo" (privo, di frequente, della spensieratezza che un vero turismo dovrebbe avere), finalizzato a usufruire di prestazioni di surrogazione di maternità là dove consentite e regolamentate. Una strategia, sinora, fondamentalemente priva di conseguenze penali in Italia, e invece ostacolata riguardo alla possibilità di trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero, e dunque rispetto al riconoscimento della genitorialità del padre o della madre meramente intenzionali<sup>15</sup>; i quali, tuttavia, ove partecipino di una

13 M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 53 ss.

14 M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 196 ss.

15 Si veda innanzitutto Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere giuridico*, 2018, pp. 446 ss., con nota di G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, nella quale si legge che «nel bilanciamento tra *favor veritatis* e interesse del minore occorre considerare la durata del rapporto instauratosi col minore; la condizione identitaria già da esso acquisita; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato; la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» (corsivi nostri). Successivamente, Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 33 (riguardo alla quale P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, pp. 483 ss.), nella quale si asserisce che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita». Su questa scia, la giurisprudenza ordinaria prevalente tende a negare la trascrizione per contrasto con l'ordine pubblico, *ex art. 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396* (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile). Fondamentali Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro italiano*, 2023, I, pp. 83, con nota di G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, ove si legge che «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonomia e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con



significativa relazione familiare ed affettiva con il nato, potranno ricorrere all'adozione "in casi particolari" – praticabile anche in caso di coppia omosessuale<sup>16</sup> - di cui la Corte costituzionale ha sollecitato una riforma volta a renderla più celere, effettiva e garantita<sup>17</sup>, e su cui la stessa Consulta è recentemente intervenuta per eliminare aspetti di disciplina pregiudizievole per l'adottato<sup>18</sup>. La soluzione (in qualche modo di compromesso<sup>19</sup>, per molti al ribasso, almeno a diritto vigente<sup>20</sup>) è ispirata dal criterio del *best interest of the child*, prevalente su ogni pur legittima istanza di prevenzione penale delle pratiche di surrogazione, secondo chiare direttive della Corte Edu<sup>21</sup> (la quale egualmente prescrive, allo stato che

evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta». Segue una manifestazione di consapevolezza di come si stia applicando una nozione "oggettiva" di dignità, che disdegna a priori la percezione che i singoli abbiano della propria dignità, tanto quanto il diritto all'autodeterminazione: rendendosi conto della problematicità di questo argomentare, e rilevato come dal panorama comparato e dottrinale non emerga affatto una sicura condivisione di questi postulati di valore, men che mai in rapporto alla surrogazione di maternità, le Sezioni Unite fanno infine appello alla portata indeterminata e onnicomprensiva del delitto italiano di surrogazione di maternità, per affermare – passando repentinamente da una prospettiva "giusnaturalistica" ad altra decisamente "giuspositivista" – che di questa scelta legislativa si debba prendere atto. Prima ancora, e con affermazioni analoghe, Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corriere giuridico*, 2019, p. 1198, con nota di D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*. V. altresì, sulla stessa linea, Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668, in *Ced* 657495; cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029. Spendeva ampi argomenti per evidenziare la contrarietà all'ordine pubblico dell'eventuale trascrizione: C. Tranquillo, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2015, pp. 10 ss., 14 ss.

- 16 Per un'applicazione recente dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983, sulla scia della giurisprudenza citata nella nota precedente, in un caso quali quelli che qui interessano, v. Trib. Min. Trento, 21 luglio 2023, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), 15 settembre 2023. In dottrina, la soluzione era già stata proposta, con dovizia di argomentazioni, da V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, spec. p. 988 ss.
- 17 Corte cost. 33/2021, cit. Poco dopo, Cass. civ., sez. I, ord. n. 1842 del 2022, [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), ha ritenuto non più compatibile con quest'ultima decisione della Corte la precedente delle Sezioni Unite n. 12193/2019 (ove invece ci si "accontentava" della "adozione in casi particolari" così come attualmente disciplinata), e ha dunque nuovamente rimesso la questione alle Sezioni Unite, proponendo una lettura "adeguatrice" intesa a valutare *volta per volta* se la surrogazione di maternità attuata all'estero renda la conseguente e asserita relazione genitoriale davvero "contraria all'ordine pubblico". Tanto accadrebbe, ad es., ove vi sia effettivo sfruttamento economico, degradante, della donna prestatrice d'utero, o comunque violazione della *lex loci*, o dove difetti qualsiasi relazione biologica col nato per cui, più che una surrogazione, saremmo di fronte ad un'elusione delle regole sulla adozione. Le Sezioni Unite hanno risposto negativamente, con la sent. 38162/2022, cit. nella nota precedente.
- 18 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, co. 2, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari (in essa considerando tutte le ipotesi di cui all'art. 44 l. 184/1983) non facesse sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Un ampio commento in F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma*, in questa *Rivista* 2022, pp. 180 ss.
- 19 V. Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Familia*, 2018, p. 408, ritiene che il riconoscimento della sola genitorialità biologica, e la possibilità di adozione per il partner del genitore biologico (senza differenziazioni tra coppie etero- ed omosessuali) costituiscano «an appropriate response to the request of a balance between the interest of the child and public policy considerations».
- 20 Critici, tra gli altri, Cass. civ., sez. I, 20 aprile 2020, n. 8325 (v. il commento sostanzialmente adesivo di A. Scalera, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, in *Questione giustizia*, 18 giugno 2020); G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, e S. Celentano, *"Tradizione", "natura" e pregiudizio. Storie di figli nati a metà*, *ibidem*, 12 maggio 2020; M. Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 2019, pp. 1237 ss.
- 21 Costituisce un'ingerenza eccessiva e sproporzionata nella vita privata del minore (art. 8 Cedu) negare a priori qualsiasi riconoscimento del legame genitoriale effettivo e affettivo. Rientra tuttavia entro uno spazio di libero apprezzamento dello Stato stabilire quali debbano essere i mezzi per tale riconoscimento, per cui non si può derivare dalla Convenzione un obbligo di trascrizione, essendo strumento sufficiente (ma anche minimo necessario) una qualche forma di adozione. Da ultimo: Corte Edu, K.K. e altri c. Danimarca, 6 dicembre 2022, ove si prescrive la prevalenza del *best interest* del minore persino sulla comprensibile esigenza di sanzionare surrogazioni di maternità a fini di lucro. All'origine di questo orientamento: Corte Edu, Mennesson c. Francia, cit.; quindi, tra le altre, Corte Edu, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia; Corte Edu, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2019, pp. 764 ss., nota di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, *ibidem*, pp. 757 ss; Corte Edu, D.B. e altri c. Svizzera, 22 novembre 2022. Infine, conforta l'assetto che si sta configurando in Italia Corte Edu, Modanese c. Italia, 22 giugno 2023, che dichiara inammissibili i ricorsi di coppie omogenitoriali contro il rifiuto delle istituzioni italiane di riconoscere i certificati di nascita rilasciati in California e in Canada per bambini ivi nati tramite maternità surrogata, e con essi la paternità del genitore meramente intenzionale, quando invece quel riconoscimento veniva concesso al partner padre biologico. In questi orizzonti, fa storia a parte Corte Edu, Paradiso e Campanelli c. Italia, 27 gennaio 2015, e poi Gran Camera Corte Edu, 24 gennaio 2017. Il fatto era invero peculiarmente segnato da una illiceità *ab origine*, e secondo la stessa legge straniera: si trattava di una filiazione ottenuta in

prediliga procedure adottive, che esse corrispondano a criteri di certezza ed efficienza<sup>22</sup>). Il nato non può essere degradato, invero, a strumento e vittima innocente di una politica criminale rivolta ai genitori<sup>23</sup>, ed ha diritto ad una piena identità familiare e sociale, corrispondente, se possibile, a quella affettiva. In virtù dello stesso criterio, nonché per la fisiologica valorizzazione di una *veritas* naturalistica, la Corte Edu sollecita la trascrizione a favore del padre intenzionale e biologico<sup>24</sup>, cioè colui che abbia impegnato i propri gameti nella pratica di surrogazione di maternità; trascrizione che è, appunto, il presupposto affinché il *partner*, genitore solo intenzionale, possa procedere alla suddetta adozione. Sulla stessa linea sembra ormai collocarsi la giurisprudenza interna<sup>25</sup>.

Riguardo a questi orientamenti estranei alla competenza del penalista, per come influenzati da argomenti che, troppo arditamente, chiamano in causa l'incriminazione dell'art. 12, co.6, l.40/2004, già si è provato a proporre qualche considerazione critica un po' di tempo fa<sup>26</sup>. Di essi daremo conto, nelle pagine che seguono, solo nella misura in cui valgano a meglio intendere considerazioni prettamente penalistiche, quali quelle che la riforma prossima ventura primariamente sollecita.

## 2. *De iure condito*: la atipicità, all'estero, dei delitti di alterazione di stato e falso documentale...

In effetti, quasi sempre fallimentari – per opposizione di una giurisprudenza del tutto prevalente, consolidata in Cassazione<sup>27</sup> – si sono rivelati sino ad oggi i tentativi dei pubblici ministeri di inquadrare vicende di surrogazione di maternità interamente consumatesi all'estero *sub specie* di alterazione di stato mediante false attestazioni (art. 567, co.2, c.p.), o di altri reati di falso (principalmente quello di cui all'art. 495 c.p.). Tentativi che provavano a censurare, fondamentalmente, le dichiarazioni rese dai committenti vuoi all'ufficiale di stato civile del paese straniero, per ottenere l'atto di nascita e un'attribu-

---

Russia e là riconosciuta valida, tuttavia (probabilmente) sulla base di dichiarazioni false dei committenti circa l'impiego dei propri gameti, trattandosi, invece, dell'illecito conseguimento di un figlio dal punto di vista biologico interamente altrui. L'Italia assegnava il bambino ai servizi sociali: veniva perciò condannata in prima istanza dalla Corte, con una decisione tuttavia ribaltata dalla Gran Camera.

- 22 Corte Edu, 10 aprile 2019, cit.. Sul significato di questa tipologia di pronunzia, in generale e rispetto al caso di specie, cfr. A. Scalera, *Sui nati da maternità surrogata*, cit.. V. anche Corte Edu, C. c. Italia, 31 agosto 2023.
- 23 G. Ferrando, *Gestazione per altri*, cit., p. 457, ricordando come la Corte costituzionale da tempo sancisca l'impossibilità di pregiudicare la sfera giuridica del figlio in ragione del «disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto da sanzionarla penalmente» – ad es. in caso di incesto (v. art. 251 c.c.), o di alterazione o soppressione di stato (cfr. Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31; 23 gennaio 2013, n. 7; 29 maggio 2020, n. 102). Invero, «i bambini, in quanto nati, sono persone con pienezza di diritti la cui tutela non può essere subordinata all'esigenza di reprimere comportamenti altrui che l'ordinamento, in un dato momento, ritiene riprovevoli e meritevoli di sanzione». Cfr. anche Cass., Sez. 1, n. 8325/2020 cit.; A. Scalera, *Sui nati da maternità surrogata*, cit..
- 24 Di recente la Corte Edu ha condannato proprio l'Italia per violazione dell'art. 8 Cedu (vita privata del nato) per la mancata formalizzazione, tramite trascrizione almeno parziale, di una paternità biologica acquisita all'estero mediante Gpa: Corte Edu, C. c. Italia, 31 agosto 2023, cit.
- 25 V. le sentenze citate nelle note precedenti.
- 26 A. Vallini, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pp. 221 ss. Per osservazioni critiche aggiornate a più recenti decisioni della Corte costituzionale, e all'ultima dottrina civilistica: F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari*, cit., pp. 199 ss.
- 27 *Ex plurimis*, con accenti variabili nelle motivazioni: Trib. di Trieste, 4 ottobre 2013, [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 31 ottobre 2013; Trib. Milano, 15 ottobre 2013, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Trib. Milano, 14 aprile 2014, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 418, con nota di T. Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), nota di T. Trinchera; Trib. Pisa, 15 aprile 2015, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, pp. 1543 ss., nota di A. Spina, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 8060, in *Ced* 266167; Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Diritto penale processuale*, 2016, p. 1085, nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, in *Diritto penale processuale*, 2017, p. 896, nota di A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*. In senso apparentemente contrario a questo indirizzo Trib. Brescia, 26 novembre 2013, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it): vedi però ivi la nota di T. Trinchera. Condannava, invece, per il reato di cui all'art. 495, comma 2, n. 1, c.p.: Trib. Milano, 8 aprile 2014, cit. Nella dottrina penalistica, tra i primi E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, p. 79.

zione di genitorialità, vuoi, successivamente, all'autorità consolare italiana per la trasmissione di quella documentazione in Italia, ai fini della trascrizione nei registri di stato civile. Le suddette fattispecie criminose, incentrate su profili di falso documentale, constano di elementi che non si realizzano in nessuna di queste fasi, e comunque vivono di un'essenza normativa inevitabilmente condizionata dalla *lex loci*. Presuppongono, infatti, una distinzione tra "falso" e "vero" dipendente dai contenuti dell'obbligo di verità ricavabile dalla legge applicabile alla formazione del documento medesimo; d'altronde, la "verità" del rapporto di filiazione non è necessariamente correlata al dato naturalistico, giacché ogni ordinamento riconosce attribuzioni di genitorialità fondate sul consenso, capaci di far prevalere, sull'interesse alla *veritas* biologica, esigenze di certezza negli *status* e/o la collocazione giuridica e sociale del minore in ambienti familiari che ne garantiscano appieno il diritto alla affettività.

Ora, per quanto ci si possa considerare, con piglio tolemaico, il punto centrale di irradiazione universale di ciò che è giusto e vero in queste materie, ovviamente l'ufficiale di stato civile straniero è vincolato alla legge del proprio paese, non certo a quella italiana; sicché, quando detta legge gli prescriva di attribuire la genitorialità a coloro che ivi abbiano legittimamente ottenuto il figlio con surrogazione di maternità, egli dichiarerebbe il falso, casomai, se attribuisse ad altri tale prerogativa. In definitiva, in quel momento si ha la formazione dell'unico atto di nascita giuridicamente possibile e lecito, e non si rende alcuna menzogna che comporti un'indebita alterazione di stato<sup>28</sup>. Successivamente, di fronte all'autorità consolare (e magari, ancora più tardi, di fronte all'ufficiale di stato civile italiano), se i richiedenti si limitano a consegnare l'atto di nascita così regolarmente formato affinché venga trasmesso e trascritto in Italia, costoro innanzitutto non "dichiarano" alcunché, neppure partecipano alla formazione (già compiuta) di un "atto di nascita"<sup>29</sup>, e comunque non attestano il falso, in ragione di quanto appena rilevato<sup>30</sup>. Che, poi, la trascrizione venga successivamente negata, per contrarietà all'ordine pubblico, è eventualità probabile, controversa, comunque irrilevante ai fini penali: contrarietà all'ordine pubblico non significa, infatti, falsità<sup>31</sup>. In definitiva, in ogni passaggio di queste vicende mancano più requisiti tanto della alterazione di stato, quanto del falso documentale (salvo che i richiedenti aggiungano dichiarazioni mendaci non necessarie, ad es. asserendo di fronte all'autorità consolare di avere avuto il figlio per vie "canoniche"), e simile difetto di tipicità preclude l'operatività degli artt. 7 ss. c.p.<sup>32</sup>. Sporgendoci dal nostro lato della frontiera, al medesimo risultato si può pervenire sostenendo che le fattispecie evocate vivano di un rinvio necessario ad una disciplina italiana (inerente alle modalità di acquisizione dello *status*, e all'obbligo di verità dei pubblici ufficiali italiani), risultando perciò "territorialmente vincolate", inestensibili a priori all'estero<sup>33</sup>.

Da notare che le procedure normalmente seguite dai genitori intenzionali, lungi dal contenere elementi di illiceità, sono, addirittura, *imposte* dalla legge italiana, la quale attribuisce essa stessa prevalenza alla *lex loci*<sup>34</sup>. Ai sensi degli artt. 15 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la

28 T. Trinchera, *Profili*, cit., 436; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1560; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 1376 s. Diversamente C. Tranquillo, *Contributo allo studio*, cit., 7 (ma v. anche A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1094), il quale reputa "falsa" ogni dichiarazione che si discosti dai fatti oggettivi e storici. Una tesi inaccettabile, innanzitutto per come sopravvaluta il fattore naturale quale fondamento della genitorialità umana, da sempre "intrisa di fattori culturali" e, dunque, convenzionali e giuridici (A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1560, nt. 39); poi per come – di conseguenza – condurrebbe assurdamente a considerare false attestazioni di stato civile che formalizzino relazioni genitoriali non fondate sul dato storico e biologico, e tuttavia riconosciute valide dalla legge italiana, come il riconoscimento della paternità da parte del marito della donna che abbia partorito un figlio concepito con altro uomo, o a seguito di fecondazione eterologa con donazione di sperma maschile (art. 9, co. 1, l. n. 40/2004). Da considerare anche il tenore delle dichiarazioni: certo, se il dichiarante asserisse che il figlio è stato partorito dalla sua moglie o compagna, in realtà mera committente di una gestazione altrui, dichiarerebbe obiettivamente il falso; non, invece, qualora egli semplicemente attestasse – come normalmente accade – circostanze reali (una surrogazione di maternità) che secondo la legge applicabile lo rendono genitore.

29 Si veda tuttavia l'ampia e informata analisi problematica di V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 408 ss.

30 Neppure per omissione, quand'anche non precisino le modalità fattuali della procreazione, non esistendo alcun obbligo a farlo. Cfr. R. Bartoli, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero - R. Bartoli, Torino, 2011, p. 391; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1564 s.

31 A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1563.

32 *Amplius*, anche per un più disteso confronto con le opinioni opposte, A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., 909 ss.

33 D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Annali dell'Università di Ferrara, - Sc. giur., nuova serie*, 1999, pp. 133 ss.; Id., *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2019, pp. 582 ss.; A. di Martino, *La frontiera*, cit., pp. 254 ss.

34 T. Trinchera, *Profili*, cit., 437. Vedi: Trib. Bologna, G.I.P., decr. 13 aprile 2011, ined.; Trib. Caltagirone, G.U.P., 3 novembre 2011, ined.; Trib. Viterbo, G.U.P., 15 ottobre 2013, ined.; Trib. Asti 24 febbraio 2014, ined.; Trib. Milano 15 ottobre 2013, cit.; Trib. Milano 8 aprile 2014, cit.; Trib. Varese 8 ottobre 2014, cit.



semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) «Le dichiarazioni di nascita [...] relative a cittadini italiani nati [...] all'estero [...] devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti [...]. In questi casi copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare»<sup>35</sup>. Il successivo art. 17 prescrive che detta autorità trasmetta quell'atto, ai fini della trascrizione, all'ufficiale dello stato civile italiano competente.

### 3. ...e l'ardua estensione della legge penale italiana a fatti tipici di surrogazione realizzati all'estero

Se dei reati di falso ed alterazione di stato difetta la tipicità, altrettanto non si può dire riguardo al delitto, invece, di surrogazione di maternità. Anzi, la natura indifferenziata e priva di dettaglio di questo tipo criminoso (v. *infra*, par. 5), amplificata da un'eventuale combinazione con l'ancor più indeterminato art. 110 c.p., rende ad esso virtualmente sussumibile qualsiasi condotta, ovunque e da chiunque commessa, che abbia a che fare in vario modo con fenomeni di gestazione per altri. La ragione per cui detta fattispecie è poco frequentemente contestata – e, dove lo è, con ben scarsi risultati – discende dunque da una valutazione successiva al giudizio di tipicità, inerente alle regole sull'estensione nello spazio della legge penale; giacché, normalmente, l'intera consumazione della condotta di realizzazione è da collocarsi all'estero, specialmente ove si intenda per “realizzazione”, in accordo con la più recente giurisprudenza di legittimità, ogni attività «antecedente ed eziologicamente collegata e funzionale alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata» (sicché, sebbene compiuti in Italia, non renderebbero applicabile l'art. 6 c.p. comportamenti meramente preliminari, come ad esempio spedire email per ottenere informazioni<sup>36</sup>).

La questione deve essere tematizzata con attenzione alla stregua degli artt. 9 e 10 c.p. (dando per scontato che la surrogazione di maternità non sia “delitto politico”, né oggettivamente né soggettivamente, sicché l'art. 8 c.p. è senz'altro irrilevante).

#### 3.1. Il controverso e paralizzante requisito della doppia incriminazione

Innanzitutto, v'è da considerare che buona parte degli interpreti, in virtù di argomentazioni attinenti alla funzione garantistica e ai risvolti personalisti del principio di legalità penale, escludono che si possa estendere la legge penale italiana, ex artt. 9 (delitto comune del cittadino all'estero) e/o 10 c.p. (delitto comune dello straniero all'estero), in difetto di una doppia incriminazione, per quanto tale condizione non sia in quelle disposizioni esplicitata<sup>37</sup>. Accogliendo simile presupposto – su cui presto dovremo tornare in modo più approfondito – si manifesta sin da subito un impedimento radicale a procedere, almeno in tutti quei casi in cui, nello Stato estero ove realizzata, la pratica sia lecita o penalmente irrile-

35 Nei casi in esame il figlio è normalmente italiano, e «lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio» (art. 33 della l. n. 218/1995); legge nazionale che, come osservato nel testo, rinvia a sua volta alla *lex loci* per la disciplina delle dichiarazioni di nascita e, dunque, del correlato obbligo di verità. A dire il vero, in questo gioco di reciproci rinvii può nascondersi un circolo vizioso. L'art. 15 cit. in effetti *presuppone* che il nato abbia cittadinanza italiana, dunque, rischia di non poter operare quando detta cittadinanza consegua, a sua volta, alla formalizzazione di una discendenza giuridica diversa da quella biologica (secondo il criterio di cui alla l. 5 febbraio 1992, n. 91, art.1, co.1, lett. a), tuttavia praticabile sul presupposto che sia applicabile...l'art. 15 cit.! Tale paradosso non si determina nel caso, ordinario, in cui il padre intenzionale lo sia anche dal punto di vista biologico e, con ciò, *ab origine* padre a tutti gli effetti (Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit.; C. Tranquillo, *Contributo allo studio*, cit., p. 4). In ogni caso, come si è provato a dimostrare, l'irrelevanza penale di quelle condotte dichiarative tenute all'estero prescinde da un richiamo alle citate disposizioni di rinvio.

36 Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198, in *Ced* 281472.

37 E. Dolcini, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 81 s.; T. Trinchera, *Profili*, cit., 435; A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1092; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 399 ss. Problematicamente: D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., 2017, 1367. A prescindere dal caso specifico, la necessità della doppia incriminazione ai fini dell'applicazione degli artt. 9 e 10 c.p., è affermata, tra gli altri, da M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., 2004, 143 s., 146; T. Padovani, *Diritto penale*, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2023, p. 82; G. Marinucci - E. Dolcini - G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2023, p. 180 s.; *amplius*, e problematicamente, A. di Martino, *La frontiera*, cit., 120 ss. Rileva un contrasto di giurisprudenza sul punto Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit. Richiedono la doppia incriminazione soltanto ai fini dell'applicazione dell'art. 10, non dell'art. 9 c.p.: M. Gallo, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, 175; I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, pp. 1024 ss.



vante<sup>38</sup>. Forse è per tale ragione che i pubblici ministeri spesso omettono di elevare un'imputazione ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, per quanto vi siano sentenze che, proprio riguardo a questo delitto, non sembrano invece pretendere la doppia incriminazione<sup>39</sup>. L'ostacolo potrebbe essere anche pratico: in difetto di doppia incriminazione è difficile ottenere, dall'estero, quella cooperazione giudiziaria necessaria per provare in giudizio quanto serva ai fini della condanna<sup>40</sup>.

Qualora si reputasse invece non ostativo, in astratto, il limite della doppia incriminazione<sup>41</sup>, ovvero in concreto si riscontrasse l'illiceità penale della condotta anche secondo la legge straniera, è necessario ulteriormente distinguere, e sottodistinguere.

### 3.2. Il fatto commesso all'estero da cittadino italiano e il rilievo della esistenza, e cittadinanza, del soggetto passivo

Ferma restando la necessità, in ogni caso, della presenza del reo sul territorio italiano, la prima partizione da considerare concerne la cittadinanza, italiana o straniera, dei soggetti attivi del reato (ad es. – ammessa la loro punibilità, v. *infra*, par. 6 – gli aspiranti genitori che abbiano commissionato la gestazione per altri, e/o i sanitari eventualmente operanti nella clinica straniera, e/o coloro che si siano prestati per la gestazione, abbiano donato i gameti, o comunque siano ad altro titolo concorrenti).

Se l'autore è cittadino italiano, ulteriore variabile è data dalla sussistenza di "persone offese".

Si potrebbe supporre che l'incriminazione non ammetta persone offese, in quanto norma di scopo, orientata ad es. a salvaguardare programmi costituzionali di tutela della maternità, che prescindono dalla lesione di un interesse individuale (*infra*, par. 6). Diversamente, si potrebbe leggere l'art. 12, co.6, l. 40/2004 come se considerasse persona offesa solo chi sia stato concretamente vittima di uno sfruttamento o approfittamento (ad es. la donna indotta alla gravidanza, o le persone da cui provengono i gameti), talché nessuna persona offesa sarebbe riscontrabile quando tutti gli attori abbiano aderito volontariamente e liberamente. In tali casi, troverebbe applicazione l'art. 9, co. 2, c.p.: il fatto è perseguibile all'estero *esclusivamente su richiesta del Ministro della Giustizia*.

Può tuttavia darsi che nella vicenda storica siano effettivamente riconoscibili persone offese, ovvero che si intenda quello dell'art. 12, co.6, l.40/2004 come reato che *sempre e presuntivamente* offende certi soggetti (la loro oggettiva "dignità": v. *infra*, par. 5), anche ove consti un loro pieno consenso alla pratica procreativa. Supponendo ciò, se almeno alcuni di loro fossero italiani, di nuovo troverà applicazione l'art. 9, co. 2, c.p., con correlata necessità della *richiesta del Ministro*, oppure *dell'istanza della persona offesa* (o di chi lo rappresenta). Questa seconda condizione di procedibilità, nondimeno, difficilmente sarà messa in pratica, quando tutti abbiano partecipato alla surrogazione con libera volontà e senza avvertire pregiudizio, in conformità alla legge del luogo, quantunque in Italia considerati vittime *iusuris et de iure*.

Quando, invece, le persone offese siano tutte straniere, l'autore del reato potrà essere punito ex art. 9, co. 3, c.p., *su richiesta del Ministro della giustizia*, ma soltanto *qualora l'extradizione non sia stata concessa a favore de, ovvero non sia stata accettata da*, lo Stato in cui il delitto è stato consumato. Una condizione negativa di un qualche rilievo solo quando il fatto fosse penalmente illecito anche laddove compiuto, non nel caso opposto (quello decisamente più frequente), giacché nessuna estradizione potrà concepirsi a favore di un ordinamento che reputa quel comportamento penalmente irrilevante.

### 3.3. L'irrilevanza a priori del fatto commesso all'estero da cittadino straniero

Non è infine punibile secondo la legge italiana lo straniero che tenga la condotta interamente in terra straniera, non soddisfacendo, l'art. 12, co. 6, l. 40/2004, le pretese circa i limiti edittali avanzate dall'art. 10, co. 1 o 2, n. 2, c.p.. Tra l'altro, non potrà riscontrarsi, ancor prima, un danno nei confronti di italiano

38 In taluni stati difetta una disciplina dedicata alla surrogazione di maternità, la quale, dunque, si afferma nella prassi, negli interstizi di divieti penali e limiti civilistici, magari con il supporto di atti di giurisdizione. Per l'India, si veda quanto emerge ad es. da Trib. Milano 8 aprile 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), nota di M. Winkler. Quanto alla poco conosciuta, ma interessante, esperienza messicana, v. R. O. García Molina, *Aspectos penales de la maternidad subrogada*, in *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, a cura di A. Petrucci, R. Gómez Alcalá, Città del Messico, 2021, 381 ss.

39 Ad es. Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit.; Cass. Pen., sez. V, 13525/2016, cit.

40 G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità*, cit.

41 A. Spina, *Una storia semplice?*, cit., p. 1556; più in generale, escludono tale requisito con riguardo tanto all'art. 9 quanto all'art. 10 c.p.: A. Pagliaro, *Legge penale nello spazio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, 1973, 1059 s.; Id., *Principi di diritto penale, parte generale*, 9° ed., Milano, 2020, 168, 169 s.; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, 11° ed., Padova, 2020, pp. 991 s.; D.Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 145 ss.

– art. 10, co.1, c.p. – o di straniero – art. 10, co.2, c.p. - ove si reputi inesistente in concreto, o non configurabile in astratto, un soggetto passivo del reato.

#### 4. **De iure condendo: gli effetti attesi in punto di estensione dell'incriminazione nello spazio**

Per farla breve: già *a diritto vigente* il Ministro della Giustizia avrebbe potuto *richiedere* di procedere nei confronti di *cittadini italiani* presenti in Italia, che avessero contribuito a realizzare in altro territorio una surrogazione di maternità (la Cassazione si era espressa favorevolmente in tal senso<sup>42</sup>). Sussistendo detta condizione di procedibilità, unico ostacolo residuo sarebbe stata quella interpretazione, controversibile e non praticata nel caso di specie, secondo la quale non si può estendere la legge penale *ex artt. 9 o 10 c.p.* ove difetti una doppia incriminazione; neppure questo impedimento avrebbe operato nei pochi casi in cui il fatto fosse stato penalmente rilevante anche laddove realizzato.

La domanda che sorge spontanea è: se si avverte come tanto urgente, sul piano etico-politico, muovere la macchina della repressione penale contro concittadini che realizzano altrove una surrogazione di maternità, perché non portare a compimento questo disegno innanzitutto esercitando prerogative già disponibili al Ministro della Giustizia, invece così sporadicamente utilizzate<sup>43</sup>? Può darsi preme un'esigenza di affermazione simbolica del c.d. "reato universale", che la norma di legge meglio garantisce, con la sua perentorietà generale ed astratta; per quanto, a dire il vero – a voler ragionare secondo le logiche perverse di un diritto penale mediatico – una richiesta di procedere avanzata dal Ministro della Giustizia non passerebbe certo inosservata ai *media* e, dunque, trasmetterebbe l'evidenza di un impegno netto per la stigmatizzazione *urbi et orbi* della gravidanza su commissione, di cui l'esecutivo potrebbe attribuirsi più direttamente il merito.

O, forse, il punto è proprio questo: il Governo non intende attribuirsi il merito (i maligni potrebbero opinare: la responsabilità) della *contingente scelta di repressione penale di singoli "rei"*, preferendo patrocinare su di un piano astratto (i maligni potrebbero opinare: ideologico) l'esigenza del reato c.d. universale, rimettendo tuttavia al parlamento (per spirito democratico e attenzione per la legalità penale) l'elaborazione della norma di estensione della giurisdizione, e soprattutto al giudice il compito (i soliti maligni potrebbero insinuare, di nuovo: la responsabilità) di attuare questa estensione nei casi concreti, ai danni di persone in carne ed ossa. Persone che - svincolate dagli stereotipi su cui si incentra la narrazione pubblica a sostegno di questa politica-criminale, e ricondotte alla loro dimensione individuale - difficilmente esibiscono i tratti convenzionali del criminale, e solo in un minor numero di casi quelli della coppia omosessuale che "pretenda innaturali filiazioni", avversati dall'attuale maggioranza al governo. Invece, se da un canto sono più numerosi i casi che coinvolgono coppie eterosessuali, dall'altro emergono, non di rado, storie di intense, umanissime istanze di genitorialità, motivate da difficili o tragiche vicende personali, sicché accanirsi sui protagonisti potrebbe non essere del tutto redditizio, quanto a ritorno di immagine; come, d'altronde, un'astrazione mistificatoria potrebbero rivelarsi, alla prova dei fatti, le icone della prestatrice d'utero spinta a un atto così "disumano" da una situazione di bisogno, o del figlio giocoforza sofferente per innesti familiari tanto "abominevoli", entrambi vittime malgrado loro.

Ad ogni modo, lasciando da parte oziosi processi alle intenzioni, di sicuro vi è che la riforma mira ad eliminare le condizioni vigenti per l'estensione della legge penale italiana a surrogazioni di maternità realizzate da cittadini all'estero - la doppia incriminazione, la richiesta del Ministro, l'istanza della persona offesa, la presenza del reo sul territorio – così da rendere pienamente e immediatamente operativo, in quella direzione, l'obbligo di esercizio dell'azione penale.

Così come è sensato reputare che la scelta di prescrivere chiaramente, con apposita disposizione, la "punibilità" del "turista riproduttivo" serva a ridurre al minimo le *chance* di un suo ricorso alla scusante della "ignoranza inevitabile della legge penale". Ricorso che almeno in un'occasione aveva avuto successo, spingendo la Corte di Cassazione ad ammettere la "inconoscibilità" della norma di diritto penale transnazionale che aveva consentito uno "sconfinamento" di valutazioni di illiceità tipiche del contesto italiano, pur in difetto di una doppia incriminazione<sup>44</sup>.

42 Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198/2020, cit., dichiarando il non doversi procedere per difetto di tale condizione di procedibilità.

43 V. ad es. Cass. pen., sez. V, 13525/2016 cit.

44 Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit.: la soluzione è sostanzialmente condivisa da A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1093.

Insomma, lo scopo politico-criminale parrebbe quello di dissuadere, con una più sicura, netta e implacabile minaccia penale, tanto l'espatrio di coppie italiane per realizzare pratiche di surrogazione di maternità laddove consentito, quanto il loro successivo rientro in patria con correlate richieste di riconoscimento degli *status* familiari.

V'è, tuttavia, da domandarsi: davvero la nuova disposizione può soddisfare le ambizioni che in essa vengono riposte?

## 5. Il dubbio superamento del criterio della doppia incriminazione, tra legalità, funzione rieducativa della pena, logiche di un biodiritto laico e pluralista

Un primo dubbio riguarda il già evocato requisito della doppia incriminazione. Se la proposta addenda all'art. 12, co.6, l.40/2004 può senz'altro "derogare" ai requisiti espressamente richiesti dall'art. 9 c.p., non è scontato che eguale deroga possa riguardare una condizione che *non si trae da quel disposto codicistico, bensì discende da un principio generale di legalità, di rilievo costituzionale e convenzionale*, almeno nell'opinione di coloro che la reputano necessaria.

Non si dimentichi, in effetti, che ai sensi degli artt. 25 Cost. e 7 Cedu, sussiste un vero e proprio diritto individuale<sup>45</sup> ad essere puniti solo in virtù di qualificazioni di criminosità prevedibili e accessibili al momento – e, potremmo aggiungere, nel luogo – in cui si opera<sup>46</sup>; diritto che appare compromesso, quando l'ordinamento fisiologicamente deputato a orientare le condotte nel territorio in cui si è agito inviasse, tutto al contrario, una direttiva nel senso della non rilevanza penale o, addirittura, della piena liceità. In simili ipotesi, si afferma che il principio di legalità, se è rispettato nella sua dimensione "formale", istituzionale, appare tuttavia tradito nelle sue implicazioni personalistiche<sup>47</sup>. Né è del tutto convincente l'obiezione secondo la quale sarebbe "fallacia di generalizzazione" asserire, in questi casi, la "non calcolabilità" del proprio rischio penale da parte del cittadino, dato che potrebbe ben riscontrarsi chi perfettamente conosca, o possa conoscere, gli ambiti e le condizioni di estensione della legge penale italiana al proprio comportamento, e chi invece davvero si lasci scusabilmente "disorientare" da tanta disarmonia valutativa (sicché la soluzione andrebbe casomai ricercata, volta per volta, nella scusante della "ignoranza inevitabile della legge penale")<sup>48</sup>. Invero, è la stessa logica della legalità sollecitata dalla giurisprudenza di Strasburgo a imporre "generalizzazioni", quali quelle sottese alla costruzione del "modello di agente" che fa da parametro all'accertamento dei pretesi requisiti di "prevedibilità" e "accessibilità" del precetto penale; ed è indubbio che tale "modello d'agente", tenendo all'estero un fatto ivi lecito, se non positivamente approvato, versi, per un aspetto almeno, in una condizione di *diminuita capacità di previsione* di una propria possibile responsabilità alla stregua di un diritto che gli risulta, lì, "straniero"; sicché, una sua piena equiparazione, a fini penali, al cittadino che abbia commesso quello stesso fatto sul nostro territorio, nel pieno e fisiologico vigore della legge italiana, potrebbe reputarsi quantomeno in contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>49</sup>, letto, appunto, nel combinato disposto con gli artt. 25 Cost., 7 Cedu, e 117 Cost.

45 F. Vigandò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, p. 13.

46 In materia, anche per i necessari rinvii all'ormai estesa giurisprudenza europea e di legittimità (tra le ultime ampiamente, al riguardo, Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 28227, in Ced 284919): M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale*, cit., p. 139 ss.; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, passim; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, passim e spec. p. 437 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistematica*, Napoli, 2020, passim e spec. p. 97 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, pp. 95 ss.

47 A. di Martino, *La frontiera*, cit., pp. 133 ss.; ma v. già I. Caraccioli, *L'incriminazione*, cit., p. 1025.

48 A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1556 ss.. Sulla "fallacia di generalizzazione" – in un dialogo critico con A. di Martino – v. specialmente la nt. 29.

49 Cfr. G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, 2° ed., Torino, 2022, p. 168, a parer del quale «sarebbe, invero, difficilmente tollerabile che il nostro sistema, che pure viene chiamato a perseguire il fatto, non richiedesse la necessaria "assimilazione", per così dire, della condizione del soggetto operante all'estero alla posizione di colui che, in Italia, versasse in condizioni del tutto analoghe, alla luce delle valutazioni fatte proprie dal relativo ordinamento penale. In definitiva, [...] sembra che la scelta di richiedere la previsione legislativa del fatto anche nell'ordinamento in cui è stato commesso

Perplessità – ci preme aggiungere – potrebbero emergere anche rispetto al principio rieducativo (art. 27, 3° co., Cost.), d'altronde intimamente correlato alla logica personalistica della legalità; e ancor prima, forse, con il principio di offensività.

Supponiamo (perché questa presunzione è alla base dei principî rieducativo e di offensività) che la scelta di incriminazione sia “testimonianza” di un’aspettativa etico-giuridica presente estesamente e intensamente nella comunità sociale, rappresentata istituzionalmente e democraticamente nella legge; sicché è sensato risocializzare “tramite pena”, ex art. 27, 3° co., Cost., il trasgressore della disposizione incriminatrice, “deviante” rispetto alle istanze di tutela su cui quella aspettativa investe. Ebbene: premesso che è piuttosto *naïf*, e non conforme ai principi, intendere le scelte singolari e contingenti di un qualche legislatore penale nazionale alla stregua di opzioni di valore universali e assolute<sup>50</sup>, quale difetto di socializzazione dimostrerebbe il nostro concittadino che tenga la condotta reputata criminosa entro contesti nazionali, culturali, giuridici, diversi da quello italiano e che, in verità, non condividono per niente quella attribuzione di disvalore? Né si potrebbe reputare che egli, sia pure da lontano, abbia opposto un atteggiamento di avversione alle pretese etiche della società “italiana”, visto che ha avuto cura di operare al di fuori di quella compagine: tutt'al più, questa osservazione potrebbe persuadere ove anche la persona offesa fosse cittadina italiana, così che la loro relazione intersoggettiva abbia riprodotto uno “spazio sociale” minimale riconducibile al contesto italiano, per quanto collocato all'estero. In altri termini, il concetto di “desocializzazione” (bisogno di rieducazione), incentrato come è sulla devianza rispetto ad “attese sociali”, è giocoforza *relativo*, cioè da rapportare non già alla “cultura di provenienza”, bensì ai contesti umani entro i quali un soggetto inter-agisce, e alle scala di valori che quella comunità contingentemente e localmente esprime, anche attraverso scelte di non incriminazione o legalizzazione: è per questo che reputiamo in linea di principio punibili reati “a motivazione culturale” se, comunque, commessi in Italia<sup>51</sup>. La presunzione di considerare “meritevole di rieducazione tramite pena” il nostro concittadino che abbia tenuto un comportamento, avversato dalla norma italiana, in altro Paese che non lo stigmatizza affatto, confonde la socializzazione con l'obbligo di rimanere sempre e ovunque fedeli alle scelte di valore espresse dallo stato di appartenenza; postula un diritto penale volto a imporre intimamente, ai cittadini, le proprie contingenti assiologie, anche laddove gli “interlocutori” effettivi di quel comportamento non vi colgano alcunché di disdicevole. Detta pretesa sottintende un diritto penale non della regolamentazione sociale, non della prevenzione di offese a istanze terze, bensì della sudditanza a pretese etiche assolutizzate e avulse dalle relazioni umane; non della rieducazione / risocializzazione, bensì della rieducazione / imposizione di valori. Un diritto penale, in definitiva, incompatibile con una lettura laica, personalista, pluralista - perciò relativista - dell'art. 27, 3° co., Cost.<sup>52</sup>

Se queste sono le logiche di principio che inducono a pretendere la doppia incriminazione, ci pare che esse premano allo stesso modo anche in rapporto all'estensione di giurisdizione immaginata per la surrogazione di maternità. E come tale requisito viene introdotto negli artt. 9 e 10 in virtù di una analogia volta - si è scritto - se non a colmare una lacuna, comunque a prevenire un conflitto coi principi costituzionali<sup>53</sup>, per la stessa ragione, e con lo stesso metodo, esso potrebbe affiorare negli interstizi della interpretazione da dedicare alla prossima nuova formulazione dell'art. 12, co.6, l. 40/2004; la quale, per questa via, resterebbe applicabile solo alle condotte penalmente illecite anche secondo la *lex loci*.

V'è di più: le ragioni per pretendere, in linea di principio, la “doppia incriminazione” in caso di reato comune commesso all'estero appaiono *ancora più stringenti* in rapporto allo *specifico delitto in discussione*, considerato tanto per la tecnica di incriminazione, quanto per le sue implicazioni assiologiche.

Non bisogna stancarsi di ribadirlo: quella disposizione incriminatrice, al di là di ogni disputa bio-giuridica, è innanzitutto in contrasto con il principio di legalità, in quanto affetta da una *gravissima inde-*

---

possa, quanto meno, realizzare gli estremi di una corrispondenza, nel segno della legalità, con gli assetti del potere punitivo dello stato procedente, evitando che l'irrelevanza penale del fatto in base alla *lex loci* venga trattata in maniera del tutto opposta rispetto ad una (ipotetica) mancanza della sua previsione normativa alla stregua della *lex fori*».

50 Sul punto D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 567 s.

51 Ampia letteratura: da ultimo, e per tutti, A. Provera, *La “cultural defense”: dalle origini fino ai “nuovi orizzonti” resi possibili dalla riforma Cartabia*, in *La legislazione penale*, 26 ottobre 2023, pp. 2 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, pp. 30 ss. (v. anche nt. 50) e 333, nt. 42.

52 Analogamente D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 570, però – parrebbe – solo allo scopo di escludere un nesso tra “prevenzione speciale” e pretesa di applicazione all'estero della propria legge penale *agli stranieri*. V. tuttavia p. 575: «non vi può essere universalismo della legge penale senza l'implicita professione di un valore assoluto da affermare per il tramite della sanzione».

53 A. di Martino, *La frontiera*, cit., 136, riferendosi più precisamente ad una *analogia iuris*, ovvero ad una interpretazione incentrata su di un ragionamento *ex principis*.



*terminatezza*<sup>54</sup>. Non definisce, infatti, quali tipologie e combinazioni di “surrogazione di maternità”, tra le tante possibili<sup>55</sup>, debbano reputarsi penalmente rilevanti, e quand’anche intendesse abbracciarle *tutte indifferenziatamente* – come qualcuno desume dall’inciso “in qualsiasi forma”<sup>56</sup> – essa appare comunque incompatibile con logiche di tipicità, appunto per la sua eccessiva estensione e per la pretesa di ricondurre ad un unico fatto tipico, e al medesimo spazio edittale, vicende connotate in termini sensibilmente differenti sul piano fenomenico e valoriale. Ancor più grave, l’art. 12, co.6, l. 40/2004 non puntualizza analiticamente i requisiti costitutivi - le condotte, gli eventi, l’oggetto della condotta, i soggetti attivi - rendendo impossibile stabilire chi, con quali azioni, su quali presupposti e da quale momento cominci ad integrare il reato, e quando invece il delitto si perfezioni<sup>57</sup>. Nei fatti, la surrogazione di maternità (qualunque sia la tipologia cui si faccia riferimento) è un lungo, variabile percorso, che muove dalle fasi preparatorie, di carattere negoziale, a quelle attinenti al concepimento, sessuale o artificiale, per poi passare (se riesce la fecondazione) ai mesi della gravidanza, quindi (se la gravidanza procede senza intoppi) alla nascita, infine approdando (se del caso) a quanto necessario, sul piano burocratico e fattuale, per l’acquisizione sociale e/o giuridica della genitorialità. In ognuno di questi momenti agiscono diversi possibili soggetti, con apporti - materiali, biologici, tecnici, giuridici - significativamente differenti a seconda del tipo di pratica e di combinazione biologica. Orbene: quand’è che, in storie tanto articolate, mutevoli e complesse, può reputarsi *realizzata* la surrogazione, e *da parte di chi, in quale modo?* L’interprete è libero di offrire le risposte più varie, senza trovare conferme né smentite decisive in quel laconico enunciato; e che il perfezionamento si abbia con la “nascita”<sup>58</sup> è affermazione contestabile e contestata, frutto di pura creatività giurisprudenziale.

Orbene, quand’anche ci si ostini a non porre questione di costituzionalità<sup>59</sup>, deve ammettersi l’impraticabilità di un’interpretazione onnicomprensiva, tanto più in considerazione delle prossime pretese di tendenziale “universalità”. Se accettassimo un’applicazione all’estero di un delitto “onnivoro” e senza limiti, emergerebbe in modo particolarmente accentuato un’incompatibilità con la legalità quale dispositivo istituzionale di contenimento dello *ius terribile*: tale funzione di argine e misura, già abbandonata dal tipo criminoso, si smarrirebbe infatti anche quanto a confini territoriali di applicazione (che del tipo, in certo modo, partecipano)<sup>60</sup>. Appare *ictu oculi* intollerabile (pure secondo logiche, internazionalistiche, di “non ingerenza” e rispetto della sovranità tra “pari”) che un esercizio così sterminato e indifferenziato di prepotenza punitiva possa addirittura invadere il territorio altrui, laddove esso non trova alcuna corrispondenza o approvazione, scalzando senza criterio la funzione regolativa dell’ordinamento locale, orientata in direzione opposta.

Si impone perciò, quantomeno, un impegno esegetico volto a circoscrivere e dettagliare la figura criminosa *ex post*, secondo percorsi che, in assenza di un vincolo effettivo promanante dal tenore della disposizione, saranno comunque troppo dipendenti dalle intuizioni dell’interprete. Simile operazione, nondimeno, riproporrebbe sotto diverso aspetto un problema di legalità. Come può, infatti, reputarsi rispettosa del diritto individuale alla percettibilità e calcolabilità del rischio penale la proiezione di una figura criminosa, tanto esposta all’alea della lettura giurisprudenziale, addirittura oltre frontiera, là dove operi primariamente e fisiologicamente un altro ordinamento che indirizza un messaggio di segno contrario, ammettendo la praticabilità di condotte di surrogazione di maternità? O che magari – così incrementando il disorientamento – considera la rilevanza penale di alcune ipotesi di surrogazione, ma non di quelle attuate su certi presupposti e secondo certe procedure, senza che sia possibile comprendere *a priori* quali delle prime, quali delle seconde, combacino con i contenuti della disposizione penale italiana, e persino potendo accadere che la combinazione tra divieto italiano e regolamentazione straniera-

54 A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., 900 ss.

55 Al riguardo v. anche R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Biola Journal*, 2/2016, pp. 2 ss.

56 M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, pp. 931.

57 Sul punto, muovendo da percorsi argomentativi differenti, si giunge facilmente a soluzioni significativamente distinte (ad es. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, pp. 143 ss.; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1547 ss.; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 374 ss.): tutte virtualmente valide, perché nessuna pienamente falsificabile alla luce del più che laconico tenore letterale.

58 Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit.

59 Come di recente Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit..

60 Le norme di diritto penale transnazionale, «nella misura in cui [...] circoscrivono [...] il perimetro spaziale della tipicità, altro non possono essere che norme di diritto penale sostanziale, con tutto ciò che ne deriva in merito al loro assoggettamento al fascio di principi che promana dall’art. 25, comma 2, Cost.»: D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., p. 579 s. *Contra*, A. di Martino, *La frontiera*, cit., 249 ss., che le reputa regole di giurisdizione.

ra mutino il concetto stesso di “realizzazione” e, dunque, la struttura della fattispecie<sup>61</sup>? Da considerare, oltretutto, come la disposizione in fase di approvazione, prescindendo dalla presenza del reo su territorio italiano, appare potenzialmente applicabile a soggetti che, pur avendo la cittadinanza italiana, mai o troppi anni prima abbiano messo piede nel nostro territorio, avendo persino dimenticato, o mai ben conosciuto, il nostro ordinamento, la società che in esso si riflette, la lingua con cui esso si esprime, cioè i veicoli fondamentali di quella “conoscibilità” e “accessibilità” su cui si incentra il principio di legalità<sup>62</sup>.

Inoltre, quanto detto in merito ai nessi tra doppia incriminazione e principio rieducativo vale ancor di più rispetto a fatti eticamente molto controversi, come la surrogazione di maternità. Per quanto taluni interpreti, la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale si affaticano, con toni categorici, ad affermare che il reato di surrogazione (qualunque ne siano i contenuti) tutela la dignità della donna o del figlio, i quali sarebbero sempre e comunque oggetto di una forma di degradazione e sfruttamento<sup>63</sup>, la loro rimane un’opinione decisamente controvertibile, frutto di intuizioni dall’incerto fondamento e piuttosto denigratoria per gli ordinamenti liberal-democratici alle cui procedure garantistiche le coppie si rivolgono<sup>64</sup>. Ad es., quando si asserisce che questa dignità sarebbe lesa dal “mercanteggiamento” del corpo di donne vulnerabili<sup>65</sup>, bisognerebbe comprendere perché, allora, l’art. 12 co.6, l. 40/2004, prescinda da tali requisiti e si riferisca, apparentemente, anche a surrogazioni di carattere solidale e a titolo gratuito, prestate da donne emancipate e benestanti; qualora, invece, si stesse implicitamente avallando un’interpretazione restrittiva della disposizione, una simile selezione ermeneutica andrebbe ben esplicitata. Se, poi, si volesse evocare l’idea di uno sfruttamento o di una degradazione *in re ipsa* (in ragione, ad es., di una supposta stretta correlazione tra surrogazione di maternità e neoliberalismo, o per il rafforzamento di “stereotipi” relativi al “ruolo della donna” che la gestazione per altri comporta<sup>66</sup>), è bene rammentare come simili ed altri esercizi filosofici, per quanto interessanti, non possono di per sé sostenere il peso di un’indifferenziata criminalizzazione: il diritto penale può essere impiegato solo per prevenire offese percettibili a beni altrui di indubbio rilievo e concretezza, non certo per intraprendere contese simboliche contro “stereotipi” o avversate ideologie economiche, né per accreditare o smentire rappresentazioni di ruolo e genere, visioni religiose o antropologiche. In realtà, sarebbe il caso di abbandonare una buona volta il lessico della “dignità”, tanto più ove si tratti di individuare l’oggettività giuridica che sola legittima una disposizione incriminatrice: un lessico estremo nella sua portata simbolica e stigmatizzante, evocativo di valori “non bilanciabili”, poverissimo però nella sua capacità denotativa, asservibile alle più diverse precomprensioni ideologiche, volto a darne per dimostrata quella preminenza assiologica che, invece, andrebbe dimostrata. Muovendo, semmai, dal piano di un astratto “idealtipo” di persona, a quello delle singole persone in carne ed ossa, allo scopo di rispettarne quella “identità” unica e originale, nella diversità di orientamenti ed esperienze, cui la nostra Costituzione dedica peculiare attenzione<sup>67</sup>, converrebbe esplorare la *realtà* (indubbiamente problematica e sfaccettata) della

61 Acutamente A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1550, il quale evidenzia come la “realizzazione” di una surrogazione, se normalmente, per ragioni “semantiche”, dovrebbe concludersi con la consegna del nato, tuttavia in Ucraina si consuma invece con la fecondazione, posto che la legge locale già a partire quel momento attribuisce ai committenti i diritti e i doveri dei genitori: «Per strano che possa sembrare, bisogna dunque ritenere che il reato abbia un diverso momento di consumazione, a seconda che il fatto sia commesso in Italia o all’estero, e, in questo secondo caso, a seconda delle caratteristiche della disciplina straniera che volta per volta viene in rilievo. Ciò non deve stupire; solo rammaricare. Si tratta, infatti, di un effetto perverso della vaghezza della fattispecie incriminatrice, la quale, non definendo il concetto di “surrogazione di maternità”, rende l’identificazione della condotta sensibile alla definizione normativa dei suoi effetti giuridici, che può cambiare di paese in paese».

62 Ampie e interessanti considerazioni in D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., pp. 572 ss.

63 V. supra, nt. 15. In dottrina analoghi toni ad es. in M. Dova, *Maternità surrogata*, cit., pp. 919 ss.; H. Braho, *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in *European Journal of Sustainable Development*, 2015, 240 ss.; D. Rosani, “The Best Interests of the Parents”. *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017/1, p. 127 ss.

64 Ricorda ad es. F. Azzarri, *L’adottato in casi particolari*, cit., 203, nt. 104, come entrambi i casi oggetto di Cass. civ., sez. un., 12193/2019, cit., e Corte cost., 33/2021, cit., originassero da vicende canadesi.

65 Corte cost., n. 33/2021, cit.

66 Cfr. il problematico quadro ricostruttivo di S. Boicelli, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfeministe*, in questa *Rivista*, 17 giugno 2023, 7 ss.

67 Da ultimo R. Bin, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, pp. 146 ss. Per una argomentazione più generalmente riferita al settore del biodiritto penale, sia consentito rinviare ad A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 22 ss., e alla dottrina ivi considerata; pp. 146 ss. rispetto alla “maternità dissociata” più in particolare.

surrogazione di maternità, dando innanzitutto voce alle stesse madri surrogate<sup>68</sup>, ai figli della surrogazione (ce ne sono già moltissimi, nel mondo), ai genitori committenti e ad altri attori; abbandonando, insomma, la protervia paternalista di chi pretende di comprendere la soggettività e ponderare il valore di tutti prendendo a misura la propria visione delle cose, tanto da ergersi a rappresentante non richiesto, a ventriloquo, di chi potrebbe tranquillamente pronunciarsi sulla propria stessa “dignità”. Gli studi di scienze sociali che si sono confrontati, col giusto metodo, con il vissuto di queste persone, non sembrano legittimare generalizzate “presunzioni” di “strumentalizzazione”, con correlata sofferenza psichica, di donne e bambini<sup>69</sup>. Non si nega che sussista un rischio anche di un “cripto-sfruttamento” singolarmente riscontrabile, che appunto sollecita speciali attenzioni, e magari rende auspicabili regolamentazioni incentrate su c.d. “scriminanti procedurali”<sup>70</sup>. Quel che si contesta è una rappresentazione che demonizza indifferenziatamente la surrogazione di maternità, tanto più ove funzionale a legittimare la più grave e violenta irruzione del potere statale nella vita privata dei cittadini.

Ora, arrogarsi la potestà di *rieducare*, con pena italiana (art. 27, 3° co., Cost.), l’italiana o l’italiano che realizzino simili pratiche procreative laddove esse incontrano un’acettazione giuridica e sociale, cioè a prescindere da un prerequisito di duplice incriminazione, significa intendere la missione special preventiva della legge penale nel senso di una, costituzionalmente insostenibile, imposizione di *interiore fedeltà* ad una, addirittura, opinabilissima *bioetica* dello stato di appartenenza<sup>71</sup>, disinteressandosi a come in quest’ambito, più che altrove, le coscienze e le scelte siano legittimamente e fisiologicamente le più diverse.

Ma anche a voler ammettere che la condizione della doppia incriminazione non possa valere quando non espressamente richiesta dalla norma di diritto penale transnazionale, si potrebbe ragionare di

68 Sul piano giornalistico, v. l’inchiesta sulla situazione indiana di L. Wallis, *Living inside the house of surrogates*, www.bbc.com, 1° ottobre 2013, che, confrontandosi con la soggettività delle “prestatrici d’utero”, restituisce un quadro ben più sfumato di quello disegnato con tratti netti da chi suppone che, in simili contesti, vi sia una strumentalizzazione *in re ipsa*.

69 Le manifestazioni del c.d. utero in affitto di carattere solidaristico sarebbero una «favola» secondo la relazione di accompagnamento di AC 887. Critico al riguardo G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 15 maggio 2023, p. 9. In effetti, è straordinario come il legislatore – ma, fondamentale, anche il dibattito giuridico – ignori l’ampia letteratura scientifica che riporta i risultati di più o meno ampi studi sulla salute psichica e l’esperienza relazionale degli “attori” di surrogazioni di maternità, prendendo prevalentemente a riferimento vicende inglesi, statunitensi o canadesi. Non potendo dar conto di questa strabordante letteratura, riportiamo qui solo alcuni testi, selezionati dal motore di ricerca PubMed specialmente in rapporto alla significatività della rivista scientifica, cercando di evitare ogni tipo di *cherry picking*: chiunque può accedere alla stessa qualificata fonte per trarne, crediamo, eguali conclusioni. Il vissuto psicologico delle donne che si prestano per una gestazione per altri, anche in rapporto al nato e alla famiglia che lo accogla, non sembra rilevare speciali criticità secondo S. Yee, S. Hemalal, CL.Librach, “Not my child to give away”: A qualitative analysis of gestational surrogates’ experiences, in *Women Birth*, 2020 May;33(3):e256-e265; V. Jadva, C. Murray, E. Lycett, F. MacCallum, S. Golombok, *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*, in *Human Reproduction*, 2003 Oct;18(10):2196-204; V. Söderström-Anttila, U.B. Wennerholm, A. Loft, A. Pinborg, K. Aittomäki, L.B. Romundstad, C.Bergh, *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families-a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, 2016 Mar-Apr;22(2):260-76. Per un follow-up delle relazioni derivanti da surrogazione, ove si evidenzia come, tra l’altro, nel tempo nessuna delle donne sottoposte ad indagine abbia manifestato rimorsi per la scelta di offrirsi ad una gestazione per altri: V. Jadva, S. Imrie, S. Golombok, *Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child*, in *Human Reproduction*, 2015 Feb;30(2):373-9; nonché S. Imrie, V. Jadva, *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 2014 Oct;29(4):424-35. Conferma la attendibilità di questi studi: Z. Berend, *The social context for surrogates’ motivations and satisfaction*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 2014 Oct;29(4):399-401. Non si riscontrano particolari danni psicologici per i figli della surrogata stando a V. Jadva, S. Imrie, *Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy*, in *Human Reproduction*, 2014 Jan;29(1):90-6. Egualmente non emergono criticità riguardo al vissuto delle famiglie committenti: F. MacCallum, E. Lycett, C. Murray, V. Jadva, S. Golombok, *Surrogacy: the experience of commissioning couples*, in *Human Reproduction*. 2003 Jun;18(6):1334-42. Apprezzabile, ancora, il seguente contributo, ove si differenzia tra esperienze britanniche e statunitensi, da un lato, ed asiatiche, dall’altro lato, altresì distinguendo tra coppie etero- ed omosessuali: V. Jadva, N. Gamble, H. Prosser, S. Imrie, *Parents’ relationship with their surrogate in cross-border and domestic surrogacy arrangements: comparisons by sexual orientation and location*, in *Fertility Sterility*, 2019 Mar;111(3):562-570. Particolarmente interessate sul piano metodologico, per il giurista, la *critical review* di studi qualitativi riferiti ad esperienze riconducibili a diversi Stati, tra cui l’Italia, in funzione della elaborazione di un più adeguato “accordo di surrogazione”: J. Gunnarsson Payne, E. Korolczuk, S. Mezinaska, *Surrogacy relationships: a critical interpretative review*, in *Uppsala Journal of Medical Science*, 2020 May;125(2):183-191. In italiano v. S. Golombok, *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Milano, 2016, cap. V (consultato in edizione Kindle).

70 Per tutti, in materia: A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, *passim*. Sulla fallacia, pericolosa anche per i diritti del minore, di impostazioni che generalizzano la rappresentazione della surrogazione di maternità come pratica offensiva della dignità umana, interessante tra gli altri V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in questa *Rivista* 2019-2, pp. 32 ss.

71 Cfr. D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., 1372.



una “causa oggettiva di esclusione della colpevolezza” - desunta dall’art. 5 del c.p. per come rimodulato da Corte cost. n. 364/88 - quale dispositivo per rendere operativa, nel diritto interno, quella valutazione volta per volta circa la “comprensibilità” e “prevedibilità” di certe disposizioni penali e della loro elaborazione giurisprudenziale, dal punto di vista di un agente modello, pretesa dall’art. 7 Cedu nel combinato disposto con gli artt. 25 e 27 Cost.<sup>72</sup>. Ed allora, detta esimente sembrerebbe destinata ad esercitare i propri effetti specialmente in un caso come quello che qui interessa, per quanto testé rilevato in punto di indeterminatezza della fattispecie aggravata dall’ampliamento extraterritoriale, di controvertibilità bioetica, di distonia con le pretese della società in cui si agisce.

In ogni caso, e in ultima istanza, queste stesse ragioni lasciano presagire come l’attribuzione di una patina di “universalità” al delitto in esame non sia affatto in grado di impedire *a priori* l’operatività della scusante soggettiva della *ignorantia iuris* - d’altronde fondata, da Corte cost. n. 364/1988, tanto su logiche di legalità, quanto sul “principio rieducativo” di cui all’art. 27, 3° co., Cost. -, specialmente a favore di chi, pur cittadino italiano, abbia labili contatti con la nostra realtà nazionale.

### 5.1. Conferme a contrario ex artt. 7 e 8 c.p.

Le suddette proposte in punto di doppia incriminazione sembrano trovare ulteriore supporto analizzando, comparativamente, la *ratio* dei casi in cui la doppia incriminazione senz’altro non è, invece, pretesa.

Si tratta, innanzitutto, delle ipotesi di cui agli artt. 7 e 8, fondamentalmente incentrate sul principio di “difesa”<sup>73</sup>. A fronte di aggressioni dirette a beni istituzionali o politici riconducibili allo stato italiano, appare sensato (e, dal punto di vista dell’autore, “prevedibile”) che lo stato stesso si protegga anche con lo strumento della pena, foss’anche quel fatto non criminoso nell’ordinamento straniero da cui l’insidia proviene. D’altronde, è in certa misura fisiologico che un’offesa a specifici assetti istituzionali della Repubblica possa risultare penalmente non significativa per altri ordinamenti.

Ad una logica corrispondente sono riconducibili talune previsioni di parte speciale (cui allude l’art. 7, n. 5, c.p.). Si veda, ad es., l’art. 501, co. 4, c.p., riguardo al delitto di “rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio”: l’estensione (a cittadini e stranieri che agiscano fuori confine) di un tipo criminoso già orientato al «fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci», si compie ove il fatto sia altresì commesso «in danno della valuta nazionale o di titoli pubblici italiani». Da considerare, ancora, l’art. 17 c.p.m.p., che si occupa di ricondurre alla legge penale italiana reati militari - dunque offensivi di un interesse delle nostre forze armate - commessi da coloro che ne sono gli autori definiti dalla legge, «anche per i reati commessi in territorio estero di occupazione, soggiorno o transito delle forze armate dello Stato, osservate le convenzioni e gli usi internazionali».

Analoghe divagazioni spaziali della legge penale italiana si riferiscono a fatti dal disvalore ovunque riconoscibile, il cui potenziale rilievo penale è affermato in norme internazionali dall’estesa operatività, le quali avanzano un obbligo di incriminazione o, almeno, pretese di adeguata e coordinata tutela: come riguardo alla schiavitù, tratta di esseri umani<sup>74</sup>, pedopornografia e prostituzione minorile<sup>75</sup>, traffi-

72 Sia consentito rinviare a A. Vallini, *Culpa iuris*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, II-2021, *Reato colposo*, dir. da M. Donini, pp. 364 ss. 367 ss.

73 Non convince, dunque, l’obiezione secondo la quale, se si riconoscesse la doppia incriminazione quale “condizione implicita” entro gli spazi applicativi degli artt. 9 e 10 c.p., essa andrebbe allora egualmente (ma assurdamente) pretesa con riguardo agli artt. 7 ed 8 c.p. (A. Pagliaro, *Principi*, cit., 168). In realtà, le logiche cui corrispondono queste diverse coppie di norme sono appunto assai differenti, e non legittimano alcuna analogia: I. Caraccioli, *L’incriminazione*, cit., 977 ss.; A. di Martino, *La frontiera*, cit., 135.

74 Tra le molte fonti internazionali, si pensi alla Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui (New York 1949), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale con il suo Protocollo addizionale contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (New York, 15 novembre 2000); la Decisione-quadro del Consiglio UE del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, poi sostituita dalla Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, ove si prevedono obblighi di incriminazione e si stabilisce, al (16), che «Per garantire un’azione penale efficace contro i gruppi della criminalità internazionale che hanno il centro delle loro attività in uno Stato membro e che sono dediti alla tratta di esseri umani nei paesi terzi, è opportuno stabilire la giurisdizione sul reato di tratta quando l’autore del reato ha la cittadinanza di uno Stato membro e il reato è stato commesso al di fuori del territorio di quello Stato membro. Analogamente, si potrebbe stabilire la giurisdizione quando l’autore del reato risiede abitualmente in uno Stato membro, la vittima ha la cittadinanza o risiede abitualmente in uno Stato membro, o il reato è stato commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel territorio di uno Stato membro e il reato è stato commesso al di fuori del territorio di quello Stato membro».

75 Tra le diverse fonti di rilevanza internazionale si veda la Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio UE, nonché la Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, siglata a Lanzarote il



co d'organi, violenza sessuale<sup>76</sup>, di cui si occupa l'art. 604 c.p.; o riguardo al delitto di cattura di ostaggi o al delitto di tortura<sup>77</sup>. È ragionevole che tale *consensus* internazionale faccia sfumare la necessità di una doppia incriminazione a livello di fonti statali, apparendo soddisfatta in altro modo un'esigenza di "prevedibilità" del disvalore penale della condotta ovunque tenuta, e fondata, altresì, un'esigenza di "rieducazione" tramite pena al rispetto di valori condivisi dalla comunità internazionale, più o meno estesa. Un difetto di incriminazione, peraltro, rivelerebbe un vizio dell'ordinamento inadempiente all'obbligo internazionale, che sarebbe insensato potesse propagare oltre confine il proprio effetto paralizzante, inibendo l'esercizio dell'azione penale anche a quegli ordinamenti che, invece, si siano resi capaci di punire il fatto persino se "commesso all'estero", corrispondendo alla richiesta internazionale di negare aree di impunità<sup>78</sup>.

Insomma, la pretesa della doppia incriminazione perde senso, nell'ordinamento italiano, in rapporto a fenomenologie criminose per struttura, riconoscimento internazionale e orientamento teleologico assai distanti dalla "surrogazione di maternità". Rispetto a quest'ultimo delitto, dunque, tale pretesa sembra, per contrasto, guadagnare viepiù significato.

Si potrebbe obiettare che, in realtà, la surrogazione di maternità commessa all'estero da cittadino italiano, in quanto "ordinaria premessa" di una richiesta di trascrizione in Italia dell'atto di nascita, sia anch'essa (indirettamente) orientata verso una "aggressione" a un "ordine pubblico" correlato a logiche di indisponibilità degli *status* familiari, secondo un'impostazione, piaccia o non piaccia, avallata da Corte costituzionale e Corte di cassazione (*supra*, par. 1). Vi sarebbe, insomma, un'analogia con i delitti contro interessi istituzionali o politici dello Stato, che renderebbe ragionevole uno sconfinamento della punibilità a prescindere da requisiti di doppia incriminazione. Sennonché, la proposta approvata alla Camera, visto che persino prescinde dalla presenza del reo in Italia, non presuppone, neppure implicitamente, un "protendimento" verso il nostro ordinamento della condotta illecita e dei suoi effetti (quale quello che, invece, ha premura di richiedere ad es. l'art. 501, co. 4, c.p.), né altra interferenza con indisponibili assetti di diritto italiano della famiglia; neppure considera necessaria una "prosecuzione" col nostro territorio dall'ottica del soggetto passivo e dei suoi diritti individuali, quale quella ad es. richiesta dall'art. 591, co.2, c.p. - quando estende l'incriminazione di un "abbandono di persona minore" a chiunque "abbandoni all'estero" un cittadino *italiano* minorenni, che gli era stato affidato per ragioni di lavoro *sul territorio dello Stato* - o dall'art.642, co.3, c.p. - laddove si dichiara applicabile alla "frode assicurativa" commessa all'estero, purché "in danno di un assicuratore *italiano*, che eserciti la sua attività *sul territorio dello Stato*" - . In altri termini, la disposizione rende egualmente punibile l'italiano espatriato, o nato all'estero, che non abbia alcun interesse a trasferire e vedere accettata in Italia la propria realtà familiare. La scelta incondizionata in punto di requisiti di procedibilità, insomma, getta una luce di taglio sull'orientamento teleologico sostanziale della disposizione in esame, rivelandone ulteriori asperità, ombre e imperfezioni, e negandole la corrispondenza a qualsiasi logica "difensiva", quand'anche essa avesse ispirato l'*intentio legislatoris*.

D'altronde, contro le temute disfunzioni per l'ordine pubblico familiare italiano è già scudo pienamente operativo il diniego di trascrizione, circostanza che rende ancor più innecessaria, allo stesso fine, una strabordante estensione spaziale della responsabilità penale, in spregio a qualsiasi logica di sussidiarietà e ragionevolezza. Certo, lo si è visto, a diritto vigente resta praticabile una trascrizione parziale

---

25 ottobre 2007.

76 Si pensi in specie alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. Convenzione di Istanbul, del 2011.

77 V., rispettivamente, gli artt. 1 e 5 della l. 26 novembre 1985, n. 718, "Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979", e l'art. 3 della l. 3 novembre 1988, n. 498, "Ratifica ed esecuzione della convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984".

78 Va dunque relativizzata l'insidiosa obiezione "casistica" di A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1558 s., che evidenzia come, a voler pretendere il requisito della doppia incriminazione per il reato comune del cittadino all'estero, si potrebbero realizzare vuoti di tutela irragionevoli, come quando un marito italiano realizzi una violenza sessuale ai danni della moglie italiana in un paese che non punisca lo stupro endoconiugale. Ora, in genere per i "mala in se" - quelli rispetto ai quali un vuoto di tutela risulterebbe *ictu oculi* irragionevole - la doppia incriminazione sussiste, vuoi per un moto spontaneo degli ordinamenti nazionali, vuoi per pressioni internazionali. Il caso portato ad esempio, poi, rientrerebbe nell'art.604 c.p., sicché (come altri di analoga gravità e offensività) sarebbe in realtà punibile in Italia secondo la legge italiana persino a prescindere da una doppia incriminazione. Oltretutto, la circostanza che si tratti di un crimine perpetrato da un italiano ai danni di una connazionale, fa sì che, sia pure all'estero, la condotta produca un'offesa percepita e dichiarata come meritevole di pena in un contesto relazionale/sociale italiano, consentendo l'applicazione di una "nostra" legge penale in funzione risocializzante; sicché vien meno uno degli argomenti, correlati all'art. 27, 3° co., Cost., che nel testo si portano a sostegno dell'esigenza di una doppia incriminazione.

a favore del genitore biologico, mentre il genitore solo intenzionale può comunque ricorrere all'adozione in casi particolari, e forse queste opportunità almeno la nuova disposizione vorrebbe scongiurare. Tuttavia, trattandosi di assetti in tutto conformi a principi fondamentali, anche europei, è ben dubbio che il reato preteso "universale" possa trovare un senso accettabile nella loro prevenzione.

## 6. I limiti del fatto tipico rispetto ai soggetti attivi e alle pratiche vietate

Come i più acuti studiosi del tema hanno ampiamente evidenziato, è in ogni caso fallace ragionare di estensione nello spazio della legge penale, ove prima non si accerti che sussistano le condizioni di realizzabilità all'estero del fatto tipico, o del reato più in genere<sup>79</sup>.

La figura criminosa della surrogazione di maternità non è, tuttavia, subordinata ad una «informazione giuridica secondaria (norma o provvedimento amministrativo) la cui efficacia non può oltrepassare i confini nazionali, strettamente attinenti all'ordinamento interno», essendo quella pratica in Italia oggetto di un divieto radicale, dedicato alla "fattualità" di una sua "realizzazione". Né pare, detta figura, assimilabile ad altre "territorialmente limitate"<sup>80</sup>. Sarebbe ad esempio azzardato reputare che la l.40/2004 nel suo complesso sia indirizzata ai soli "centri" operativi in Italia: alla «Regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» è semmai dedicato il solo capo IV della legge, cui l'art. 12 è estraneo; mentre la stessa prossima introduzione di una regola *ad hoc* in tema di estensione della legge penale nello spazio, lungi dal "forzare" requisiti territorialmente vincolati, appunto inesistenti, parrebbe confortare un'interpretazione già per altre strade praticabile, secondo la quale gli elementi costitutivi del tipo sono ovunque realizzabili.

Appare poi quantomeno problematico, sebbene autorevolmente sostenuto<sup>81</sup>, supporre che il rispetto della disciplina straniera che, invece, autorizza *in loco* quella pratica, possa escludere il reato in quanto "causa di giustificazione" ex art. 51 c.p., pur quando detta disciplina non sia espressamente richiamata e "fatta propria" dal diritto italiano. Quand'anche si reputasse l'art. 51 c.p. applicabile all'estero in virtù di quegli stessi criteri di diritto penale transnazionale che fin là estendono la portata dell'incriminazione, detta disposizione di parte generale resterebbe comunque intesa a dirimere la relazione tra norme confliggenti – quella incriminatrice, altre che rendono lecito o doveroso il fatto – che, per essere tali, devono innanzitutto validamente confrontarsi entro il medesimo ordinamento<sup>82</sup>. Conseguentemente, per giungere alla conclusione ora ipotizzata bisognerebbe attribuire al laconico art. 51 c.p. una funzione estremamente impattante sullo stesso sistema delle fonti, in specie quella di tramutare *ipso facto* in norma autorizzativa contrapposta alla disposizione incriminatrice italiana, cioè in norma anch'essa "italiana", qualunque prescrizione vigente in qualsiasi altro Paese, che legittimi la condotta tipica ivi realizzata (sicché, oltretutto, questa prescrizione potrebbe non operare nel nostro ordinamento *ex ante*, in via generale e astratta, bensì secondo dinamiche *ex post facto*, condizionate dalla scelta "personale" di chi occasionalmente realizzi, in quel luogo, una condotta cui sia concretamente applicabile la legge penale italiana).

In realtà, buoni argomenti per una limitazione del fatto tipico di surrogazione di maternità esistono a prescindere da dove la "realizzazione" si compia, perciò *anche* all'estero (giacché la clausola di estensione territoriale non può di per sé alterare l'orientamento teleologico e la funzione selettiva degli altri

79 A. di Martino, *La frontiera*, cit., 101 e altri luoghi del volume.

80 D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 572 ss.

81 F. Mantovani, *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 660 ss.; Id., *Diritto penale, parte generale*, cit., 259 (riguardo all'adempimento di un dovere argomentando ex art. 10 Cost. e sul principio del reciproco riconoscimento degli ordinamenti giuridici stranieri, come anche M. Romano, *Commentario*, cit., 543; A. Pagliaro, *Principi*, cit., 2020, 480; G. Delitala, *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, 568 s.) e 265 (in rapporto all'esercizio del diritto: *amplius* Id., *Esercizio*, cit., 661 ss., ove si ragiona dell'operatività di "limiti impliciti" ex art.51 c.p. alle clausole di estensione della legge penale italiana all'estero, dati dalla circostanza che il fatto sia considerato lecito nell'ordinamento straniero, e diversamente operanti a seconda che la *ratio* di tale estensione sia compatibile ovvero incompatibile con un atteggiamento - diverso da quello originario del Codice Rocco - di «coesistenza e di collaborazione, anziché di critica e di antagonismo, nei confronti degli altri ordinamenti»); D. Pulitanò, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 323; D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 149 ss. Si confronta criticamente con gli argomenti a sostegno di quest'uso dell'art.51 c.p.: A. di Martino, *La frontiera*, cit., 143 ss.

82 Lo riconosce lo stesso F. Mantovani, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 660; v. poi A Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, pp. 112 ss., e rispetto al caso specifico Id., *Una storia semplice?*, cit., pp. 1555.

elementi costitutivi della fattispecie, pena, altrimenti, una violazione del canone della legalità<sup>83</sup>). D'altronde, come già si è osservato, una qualche riduzione esegetica *si impone*, non potendosi accettare una figura criminosa indifferenziata quanto ad oggetto, presupposti, soggetti attivi, eventi che condizionano la consumazione, tanto più quando si pretenda di renderla operativa oltre i confini.

Così, dalla contiguità narrativa, ed equiparazione sul piano sanzionatorio, tra condotte di realizzazione, pubblicizzazione od organizzazione aventi ad oggetto tanto la surrogazione quanto la "commercializzazione" di gameti, taluno trae la conclusione che l'art. 12, co. 6, l. 40/2004 si riferisca nel complesso solo ad ipotesi commerciali<sup>84</sup>. Nel fatto tipico non rientrerebbe, insomma, la surrogazione di maternità attuata gratuitamente (salvo rimborso spese) per finalità di carattere c.d. "solidaristico", quale quella che è unicamente ammessa in taluni ordinamenti stranieri (ad es. in Canada o nel Regno Unito). Simile interpretazione avrebbe una sua plausibilità anche di carattere teleologico, perché renderebbe l'incriminazione funzionale non già alla tutela di una vaga nozione di "dignità", bensì, più precisamente, al principio di non mercificazione del corpo umano, che trova puntuale riconoscimento ad es. nell'art. 3, n.2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>85</sup>: quindi, quantomeno, una declinazione del concetto di dignità meno opinabile, perché corroborata da un riconoscimento diffuso, cristallizzato in fonti sovranazionali<sup>86</sup>.

Certo, a tale interpretazione si può obiettare che, se il legislatore avesse voluto evidenziare la natura onerosa della surrogazione di maternità rilevante, ben avrebbe potuto farlo esplicitamente, come esattamente ha fatto in rapporto alla sola circolazione illecita di gameti embrioni, definendola "commercializzazione". L'impostazione, tuttavia, ha riscontrato un qualche successo: essa si legge in filigrana nelle pagine di alcune sentenze di merito<sup>87</sup>, per certi versi ancor più coraggiosamente propense a un'esegesi restrittiva. In esse, congiuntamente intese, sostanzialmente si afferma che il comma 6 in discussione, elevando la surrogazione di maternità ad oggetto non solo di una realizzazione, ma anche di una "organizzazione" o di una "pubblicizzazione", si riferirebbe a pratiche certo retribuite, ma richiedenti altresì "una organizzazione di carattere in qualche modo imprenditoriale e una gestione di mezzi e di persone". Insomma, la disposizione prenderebbe di mira il contributo dato, su scala significativa, al "mercato" della gestazione per altri, così da ricavarne "grossi profitti". Tale conclusione troverebbe conferma nelle arcigne sanzioni interdittive e pecuniarie, chiaramente pensate per colpire un'attività lucrativa di carattere imprenditoriale, nonché in una ulteriore considerazione di carattere teleologico (che evoca il paradigma mantoviano delle azioni connotate di disvalore penalmente rilevante, ma "tollerate" dall'ordinamento finché concluse entro un ambito di privatezza, intangibile dallo stato<sup>88</sup>): la *ratio* dell'incriminazione sarebbe paragonabile a quella della disciplina penale della prostituzione, volta non già a punire l'atto di meretricio in sé, bensì le azioni di coloro che, dall'esterno, facciano mercimonio della altrui prostituzione<sup>89</sup>.

Una immediata, ulteriore e relevantissima conseguenza di quest'ultimo indirizzo, esplicitata in quelle decisioni, attiene alla impossibilità di considerare soggetti attivi del reato, fosse pure *ex art. 110*

83 D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., pp. 582 ss. Semmai, certi singoli elementi possono modificarsi nel coordinamento con una certa disciplina locale, ove essi si prestino, per come formulati, a tale adattamento, come appunto riguardo al concetto di "realizzazione": v. *supra*, nt. 61.

84 A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, pp. 151 ss.; *amplius Id.*, *La maternità surrogata altruistica*, cit., spec. 146 ss. In precedenza, cfr. C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, 2004, pp. 185 s.

85 Diffusa, in dottrina, la convinzione che solo la surrogazione di maternità a fine di lucro meriti rilevanza penale: S. Moccia, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 253; A. Cavaliere, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Critica del diritto*, 1999, p. 336; A. Manna, *Sperimentazione medica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 1132; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 52; S. Canestrari, *Biodiritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, 110. Mette in guardia rispetto alla "cripto-onerosità" di certe forme di surrogazione "dietro rimborso spese": M. Dova, *Maternità surrogata*, cit., 928.

86 Sulla migliore "utilizzabilità", in sede di scelte politico-criminale, di queste declinazioni "consolidate" del concetto di dignità umana, v. F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, pp. 422 ss.; G. Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Milano, 2010, pp. 286 ss.

87 App. Messina, 18 luglio 2016, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Trib. Bologna, 28 aprile 2017, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, pp. 1207 ss. con nota red. di M. Miglio.

88 F. Mantovani, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 679.

89 Così in particolare Trib. Bologna, 28 aprile 2017, cit.

c.p., i genitori richiedenti la surrogazione di maternità, in quanto occasionali fruitori, non attori né partecipi, dell'apparato operante sul mercato della surrogazione. Ed invero, per proseguire nel paragone, «a nessun cliente di prostituta è mai stato imputato la commissione del delitto di cui all'art.3 della legge 75 del 1958, per il solo fatto di avere avuto rapporti sessuali con chi si prostituisce»; tanto che quando il legislatore ha inteso punire il cliente ha dovuto farlo con norma espressa, quale l'art. 600-bis, co.2, c.p., in rapporto alla prostituzione minorile.

Stiamo, con questo, giungendo a uno snodo decisivo. Tale è la questione della punibilità dei committenti, considerato che è proprio per colpire i genitori intenzionali dediti al "turismo procreativo" che la riforma all'esame del Senato parrebbe principalmente concepita. Una questione tuttora aperta. La circostanza che, nell'art. 12, co.8, l. 40/2004, si preveda espressamente la non punibilità de «l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche» solo con riferimento a pratiche di "illecito concepimento" differenti da quelle che qui interessano, si presta ad esser letta in due modi: o come conseguenza, in effetti, dell'inutilità di sancire la non punibilità di costoro, già derivante dalla struttura del fatto tipico di surrogazione<sup>90</sup>, oppure, tutto al contrario, quale dimostrazione di un intento di punire se non altro a titolo di concorso i genitori intenzionali che accedano a una surrogazione di maternità<sup>91</sup>.

A dire il vero, fin dai primi commenti si evidenziava come, quand'anche le condotte tipizzate dall'art.12, co.6, l.40/2004 non fossero quelle caratteristiche dei genitori<sup>92</sup>, costoro avrebbero potuto rispondere a titolo di concorso eventuale, ex art. 110 c.p.<sup>93</sup>. Tale opinione è stata tuttavia acutamente contestata da altra dottrina – affiorante tra le righe della decisione che opera un parallelo con i delitti in tema di prostituzione – la quale muove da due premesse: in primo luogo, comunque la si intenda, non potrebbe darsi *fenomenologicamente* una "surrogazione di maternità" senza il *concorso necessario* degli aspiranti genitori; in secondo luogo, descrivendo la *condotta tipica* come "realizzazione", la norma penale *selezionerebbe soltanto le azioni di chi esegua* la richiesta di surrogazione (principalmente medici, biologi e personale infermieristico), non già quelle di coloro che offrano i gameti, o comunque beneficiario del servizio. Questa precisa scelta del legislatore – secondo una impostazione largamente condivisa, e condivisibile<sup>94</sup> – non potrebbe essere sovvertita reputando quelle medesime condotte degli aspiranti genitori, atipiche nella loro valenza di concorso fattualmente "necessario", tuttavia tipiche *sub specie* di concorso "eventuale"<sup>95</sup>.

Il dibattito non si esaurisce qui. Di quest'ultima ricostruzione si potrebbe infatti considerare pericolante una delle due premesse, e cioè che non possa immaginarsi surrogazione di maternità senza il "concorso attivo" dei richiedenti. Posta la vaghezza e ampiezza del concetto su cui unicamente, nella sostanza, si incentra il reato, si potrebbero in realtà ad esso ricondurre anche azioni che non contemplino affatto quel concorso, come una surrogazione attuata "scambiando" o "rubando" dolosamente embrioni, contro o a prescindere dalla volontà di coloro che abbiano fatto accesso alla procreazione assistita, per trasferirli nel corpo di una donna terza. Orbene, se così fosse, gli aspiranti genitori non sarebbero più *soggetti attivi necessari* del fatto concreto, potendo costoro assumere, in certe vicende tipiche, le vesti di *soggetti passivi*; sicché qualora, invece, dessero un contributo fattivo e doloso, tornerebbe ad esser plausibile una loro responsabilità in qualità di concorrenti eventuali nella altrui "realizzazione"<sup>96</sup>.

L'ultima lettura proposta, peraltro, potrebbe essere supportata da un'ulteriore interpretazione che incentri la tipicità del delitto in discussione non (sol)tanto sul tipo di interazioni tra i diversi protagonisti (consensuali o non consensuali, lucrative o solidali, imprenditoriali od occasionali), bensì sulla natura tecnica, e sul tipo di "combinazione biologica", della surrogazione di maternità presa in considerazione.

Due i postulati preliminari a questa elaborazione.

90 A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1553 s.. I genitori intenzionali, oltretutto, non possono dirsi soggetti ai quali "le tecniche sono applicate", se non nei casi in cui impegnino propri gameti nel protocollo.

91 Da ultimo, reputa invece decisivo questo argomento M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 5.

92 Come invece ritengono ad es. T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 1402 ss.; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 386 ss.

93 E. Dolcini, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 8; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 145.

94 R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 170 ss.; M. Zanotti, *Reato plurisoggettivo*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, pp. 329 ss.

95 A. Spena, *Una storia semplice?* cit., p. 1551 ss. Condivide da ultimo questa impostazione G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., p. 5 s.

96 A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., p. 906.



Innanzitutto, la figura criminosa considera esclusivamente vicende di “fecondazione artificiale”<sup>97</sup>: lo fanno intendere la sua organica collocazione entro una legge sulla procreazione assistita, le sanzioni accessorie, indirizzate alle strutture autorizzate a tale medicina riproduttiva, e la riconduzione, nel comma 10, della surrogazione al novero delle “pratiche” in queste strutture realizzate; nonché la contiguità, nel corpo della stessa norma incriminatrice, con altre figure ineludibilmente correlate alla fecondazione artificiale (la commercializzazione di gameti).

Secondo postulato è che il disvalore della fattispecie non possa consistere nella natura “tecnica” del concepimento, che pure costituisce requisito di fattispecie: da tempo la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo escludono, vivaddio, che detta artificialità sia di per sé “meritevole di pena”<sup>98</sup>.

Se così è, ne deriva logicamente che quel divieto penalmente sanzionato concerne pratiche di dissociazione della maternità realizzabili *soltanto* mediante procreazione medicalmente assistita, e che tuttavia *per qualche altro motivo* rivelino un loro specifico e accentuato disvalore. Ove, infatti, lo si intendesse esteso a tipologie di surrogazione egualmente realizzabili per vie naturali, risulterebbe irragionevole la scelta legislativa di lasciare queste ultime “fuori” dall’ambito applicativo della figura criminosa, essendo la modalità artificiale, in sé considerata, inidonea a fondare o incrementare la meritevolezza di pena<sup>99</sup>. Basti un esempio: che senso avrebbe criminalizzare una surrogazione con gameti *soltanto* dell’uomo richiedente, qualora attuata con fecondazione *in vitro*, e non, invece, la stessa esatta surrogazione originata da un “rapporto carnale” tra il richiedente stesso e la prestatrice d’utero? Non si coglie forse, nel secondo caso, una più accentuata degradazione del corpo della donna, e, dal lato dei commitenti, un profondo *vulnus* al valore della reciproca fedeltà? Eppure, a tale risultato assurdo si dovrebbe pervenire, ove si reputasse l’art.12, co.6, l.40/2004, che certo si riferisce solo a pratiche medicalmente assistite, applicabile a queste “combinazioni” di carattere genetico e relazionale egualmente realizzabili anche con atto sessuale.

Se così è, l’unica tipologia di surrogazione di maternità che possa compiersi *soltanto* per procreazione medicalmente assistita, *giammai* per vie “naturali”, è quella che potremmo definire “*dissociazione biologica della maternità*” (o surrogazione totale), cioè quando si usi l’ovulo della madre intenzionale per formare un embrione poi trasferito nell’utero di altra donna, la quale si impegna a consegnare il futuro figlio alla prima. Pratiche ove genitore biologico sia *soltanto* il (o un) maschio richiedente, ovvero consistenti nella consegna di un figlio biologicamente del tutto altrui, si possono invece benissimo realizzare – e sono state storicamente realizzate – anche muovendo da un rapporto sessuale. D’altronde, sul piano letterale “surrogare” significa prendere il posto di altri in un certo ruolo o funzione<sup>100</sup>: una dinamica che si coglie quando una donna che si presta per la gravidanza subentri, appunto, nel processo biologico originato dall’apporto genetico, con intento materno, di altra donna. Ove la richiedente vanti solo una aspettativa di carattere negoziale alla successiva acquisizione di una genitorialità sociale e giuridica, rispetto a un figlio che non le corrisponde biologicamente, non vi è alcuna “surroga”, alcun “subingres-

97 Nello stesso senso T. Trinchera, *Limiti spaziali*, cit., p. 1398; V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 365.

98 Con differenti sfumature: Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Diritto penale processuale*, 2014, p. 825, con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; Corte Edu, 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria, parr. 58 ss. (con ampi richiami alla giurisprudenza precedente); Corte Edu, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia. Cfr. altresì C. Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari e altri, Milano, 2011, 1499. Per essere chiari: mai viene formulato un diritto a ricorrere *ad libitum* alla procreazione artificiale. La Corte costituzionale, in particolare, tramuta l’accesso a tale risorsa in diritto costituzionalmente tutelato essenzialmente quando sia funzionale alla soluzione di problemi di salute, trovando così supporto nell’art. 32 Cost. Muovendosi su questa linea, Corte cost., 18 giugno 2019, n. 221, non ha accolto una questione di legittimità avente ad oggetto il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali, non essendo tale accesso propriamente rivolto a trattare patologie riproduttive (mentre la recente Corte cost., 24 maggio 2023, n. 161, in nome (anche) del diritto alla salute in ambito riproduttivo della donna, ha dichiarato costituzionalmente adeguato l’art. 6, co. 3, ultimo periodo, della l. 40/2004, che consente alla donna stessa di ottenere l’impianto di un embrione crioconservato, prodotto con i gameti di un uomo che, tuttavia, abbia maturato un dissenso alla paternità). Ad ogni modo, l’assenza di un diritto ad usufruire di certe pratiche non esclude che esse corrispondano a un ambito di libertà (quale quello che la Corte Edu perimetra sulla scorta dell’art.8 CEDU), che contrasta con l’ipotesi di una loro meritevolezza di pena “in sé”.

99 Questa disparità di trattamento non viene attenuata dalla possibilità che le corrispondenti pratiche “naturali” possano essere considerate reato ad altro titolo. Continuerebbe comunque a sussistere una ingiustificata diversità di qualificazione penale, e tale ulteriore titolo di reato potrebbe concorrere con quello previsto dall’articolo 12, comma 6, della legge 40/2004, nel caso di surrogazione mediante mezzi artificiali, determinando un inspiegabile e discriminatorio “accanimento sanzionatorio”.

100 V. la voce “surrogare”, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it): «Sostituire una persona o una cosa a un’altra con funzioni e usi corrispondenti o analoghi [...]».

so”, della gestante in una maternità attivata originariamente dalla richiedente, bensì, al più, una “gestazione per altri”: una terminologia che, tuttavia, l’art. 12 co.6 l.40/2004 non utilizza.

Limitare alla “dissociazione biologica della maternità” l’ambito operativo della disposizione incriminatrice avrebbe un senso anche in ragione di uno specifico profilo di disvalore che unicamente in essa si coglie, e che rimanda ad esigenze di tutela svincolate da notazioni eticizzanti. Quando e solo quando si confrontino, da una parte, un’aspirante madre che abbia impegnato i propri gameti per la formazione dell’embrione, e, dall’altra parte, altra donna che abbia sostenuto l’esperienza fisicamente ed emotivamente coinvolgente della gravidanza, si ha una *duplicazione di maternità* entrambe corroborate dal dato biologico, sociale/relazionale, ed affettivo: entrambe, dunque, pienamente tutelate negli artt. 30 e 31 Cost., e *nessuna privilegiabile se non a costo di sacrificare il valore costituzionale dell’altra*<sup>101</sup>. In questa interpretazione riduttiva, insomma, il divieto acquista ragionevolezza perché *strumentale a un programma costituzionale di salvaguardia della maternità*<sup>102</sup>, nel senso di essere teso a scongiurare *dilemmi giuridicamente irrisolvibili in modo costituzionalmente soddisfacente*, quali potrebbero soprattutto emergere, in tutta la loro drammaticità, qualora la gestante cambiasse idea e chiedesse di tenere il figlio. Dilemmi che, certo, quando si verificassero, in qualche modo dovrebbero essere risolti, non potendosi tollerare

101 Altra condotta configurabile solo ricorrendo a forme di fecondazione artificiale è, in realtà, la donazione di ovulo da parte di donatrice non interessata a instaurare rapporti genitoriali con il nato, secondo lo schema tipico di una fecondazione c.d. “eterologa”. Tale pratica era originariamente riconducibile ai divieti di cui all’art. 4, co.3, e 12, co.1, l. 40/2004, dichiarati incostituzionali da Corte cost., 162/2014, cit., la quale – nell’occasione – ne segnalava tanto il valore intrinseco (per la funzionalità alla soluzione di problemi di salute), quanto la diversità sostanziale dalla surrogazione di maternità. Invero, in simile caso non si apprezza alcuna surrogazione nel ruolo di madre, giacché unica maternità costituzionalmente significativa è quella della destinataria degli ovuli, che spera con essi di instaurare una gravidanza e, così, di ottenere un figlio, impegnandosi fin dall’inizio in una maternità che è allo stesso tempo intenzionale, fisico-biologica ed affettiva, riconosciuta come esclusiva sul piano sociale e giuridico (nonché psicologico). La stessa l. 40/2004 traccia una netta differenza tra le due situazioni anche in punto di effetti privatistici, disconoscendo qualsiasi ruolo parentale alla donatrice anonima e disinteressata (art. 9 co.3), attribuito invece, senza indugio, al *partner* consensuale di colei che abbia avanzato la richiesta (art. 9, comma 1). In definitiva, secondo la stessa disciplina della procreazione medicalmente assistita, corroborata dalla lettura della Corte costituzionale, una mera relazione “genetica”, non accompagnata da una intenzionalità e proiezione affettiva verso la filiazione, non è ancora maternità meritevole di salvaguardia. I commi 1 e 3 dell’art. 9, l. 40/2004, appena richiamati, offrono anzi uno spunto per argomenti *a contrario*: essendo tali norme riferite alla donatrice, se ne ricava un’ulteriore indicazione circa il valore fondamentale di un impiego di ovuli non atteggiato a donazione, ed anzi inteso come funzionale a un personale, sentito e sofferto progetto procreativo.

102 In senso contrario, appare difficile cogliere un contrasto tra il divieto e il diritto alla salute degli aspiranti genitori: la gravidanza di altra donna a loro beneficio non può reputarsi un “trattamento sanitario” volto alla cura di eventuali patologie riproduttive, ex art. 32 Cost., e paradossale parrebbe, d’altronde, immaginare che lo Stato sia obbligato ad offrire questo tipo di servizio nel quadro del sistema sanitario nazionale (A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 46; v. tuttavia A. Pisu, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, pp. 310 ss.). Sembra più corretto sostenere che il ricorso alla surrogazione di maternità si collochi in un’area di libertà inerente alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu), entro la quale l’ordinamento è autorizzato a interferire, con limiti e divieti, allo scopo di soddisfare altre esigenze di rilievo (cfr. anche A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica*, cit., pp. 127 ss.). Da una differente prospettiva, si potrebbe obiettare che la lettura proposta nel testo determini, in definitiva, una disparità di trattamento tra coppie gay e coppie lesbiche egualmente richiedenti la gestazione per altri, dato che solo per le seconde si prospetta l’eventualità di una “dissociazione biologica di maternità”, nel senso inteso nel testo. Nondimeno, il divieto penale, così interpretato, non sarebbe rivolto in modo esclusivo e stigmatizzante a inibire la genitorialità delle coppie lesbiche: da un lato, la dissociazione biologica “tipica” ben potrebbe darsi in caso di ricorso alla gestazione per altri da parte di coppie eterosessuali; dall’altro lato, la coppia omosessuale femminile, a differenza di quella omosessuale maschile, può comunque ottenere un figlio mediante fecondazione eterologa, senza ricorrere alla surrogazione di maternità. Sul fronte opposto, nessuno statuto irragionevolmente privilegiato viene a configurarsi a favore della coppia gay, che, tanto quanto la coppia lesbica ed eterosessuale, può realizzare altri reati ove si faccia affidare un bambino, dal punto di vista biologico, interamente altrui, senza ricorrere alle ordinarie procedure adottive. In realtà, la disparità di trattamento si coglie, più in generale, tra persone di sesso maschile ovvero femminile (siano costoro *single* o inserite in coppie etero- ovvero omosessuali), rispetto alla possibilità di impiegare loro gameti ai fini di una gestazione per altri. Tale disparità non è, tuttavia, irragionevole, ove si ammetta come valida la necessità costituzionalmente rilevante di evitare “dissociazioni biologiche di genitorialità”: per un dato naturalistico finora imprescindibile, solo il processo procreativo materno (articolato in più fasi tecnicamente distinguibili: fecondazione e gravidanza-nascita) può “dissociarsi” nella titolarità di più donne, in modo costituzionalmente critico; mentre il processo procreativo paterno (monofasico, incentrato unicamente sul momento della fecondazione) si risolve giocoforza in un’unica paternità, senza possibili “contese”: e ciò anche a tacere di come la Costituzione sembri investire in modo più deciso sul valore della maternità, che non su quello della paternità (v. di recente anche Corte cost. 161/2023, cit.). Non si dimentichi, inoltre, che, nella coppia dei committenti, il *partner* maschile potrebbe concorrere nel reato della *partner* femminile che abbia impiegato i propri ovuli (ammesso che di questi reati possano rispondere i committenti).

incertezze nell'attribuzione di uno *status familiare*<sup>103</sup>; e che, tuttavia, è sensato che l'ordinamento *preferisca non essere costretto a risolvere*, proprio perché qualunque decisione al riguardo pregiudicherebbe il diritto costituzionale alla maternità ora dell'una, ora dell'altra donna. Tanto è dimostrato, oltre che dalle diatribe dottrinali e incertezze giurisprudenziali riguardo a questa peculiare casistica<sup>104</sup>, anche dalla vicenda della "surrogazione reciproca colposa" avvenuta tempo fa presso un noto ospedale italiano. Chiamato a pronunciarsi al riguardo, il Comitato nazionale di bioetica addiveniva a un sostanziale *non liquet*<sup>105</sup>; mentre il Tribunale di Roma, cui non era consentito di non decidere, nell'attribuire l'esclusiva titolarità del rapporto parentale a colei che aveva partorito riconosceva, tuttavia, un contestuale diritto al risarcimento a favore del padre e della madre genetici, danneggiati, appunto, nelle loro fondamentali prerogative genitoriali<sup>106</sup>.

Questa prospettiva, lo riconosciamo, meriterebbe un problematico ripensamento considerando come in dottrina da un po' di tempo si ragiona circa la compatibilità costituzionale di genitorialità contemporabili, non più necessariamente uniche ed escludenti. Nondimeno, anche in queste prospettive evolutive sembrano avallarsi non già salomoniche "con-divisioni" del ruolo di madre, bensì diverse "graduazioni" nei rapporti parentali con il nato, o l'incremento di una genitorialità maschile, sul presupposto, persistente, della unicità della madre "in senso stretto"<sup>107</sup>.

Ammettendo questa lettura, restanti situazioni non rimarrebbero prive di altra, e più adeguata (persino più accentuata) rilevanza penale, non condizionata tuttavia dal carattere naturale o artificiale del concepimento. Oltre, ovviamente, alla "alterazione di stato" *ex art. 567, co. 2°, c.p.* in caso di falsa dichiarazione del figlio come proprio, si potrebbe ancor prima configurare la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) quando il nato (comunque generato) venga "trasferito" a chi non vi sia legato da alcuna relazione biologica, al pari di una "cosa" su cui si agisca da "proprietari"<sup>108</sup>; mentre in altre tipologie di "affida-

103 V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 371 s., rammenta come, in realtà, l'ordinamento faccia una chiara scelta – che sarebbe, dunque, possibile – nel senso della attribuzione di maternità alla madre gestazionale, ai sensi degli artt. 269, co. 3, c.c. e 9, co. 2, l. 40/2004 (come già A. Spena, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, p. 179; v. però la nt. seguente). Tale scelta appare tuttavia imposta dall'inammissibilità di un *non liquet* circa l'attribuzione dello *status familiare*, ove un figlio sia comunque nato: ciò non esclude che l'ordinamento possa voler prevenire, mediante il divieto penale, questa *necessità di scegliere*, comunque pregiudizievole in modo non bilanciabile per uno dei diritti fondamentali in gioco.

104 Nella dottrina civilistica non mancano argomenti a favore della prevalenza della madre genetica. Spende al riguardo la propria autorevolezza P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, pp. 213 ss. La questione, insomma, non è pacifica, e si fa particolarmente drammatica, non a caso, proprio quando la madre committente sia anche biologica. Sul dibattito v. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1490 ss.; A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica*, cit., pp. 187 ss.

105 *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014.

106 Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Fam. dir.*, 2014, 929, nota M.N. Bugetti, cit.. Con toni più critici S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, pp. 915 ss., la quale tiene conto anche delle successive pronunce di Trib. Roma, ord. 22 aprile 2015; Trib. Roma, ord. 2 ottobre 2015; Trib. Roma, 10 maggio 2016. Dalla vicenda è originato anche un ricorso alla Corte Edu, dichiarato inammissibile per il mancato esaurimento di tutti i possibili rimedi interni (Corte Edu, X e Y v. Italia, 10 ottobre 2014).

107 Sul piano psicologico, evidenziano l'importanza di un "attaccamento" esclusivo con la madre: D. Benoit, *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and outcome*, in *Paediatrics Child Health*, 2004, pp. 541 ss.; V. Di Dodo, *Attaccamento e teoria dell'attaccamento*, [www.stateofmind.it](http://www.stateofmind.it). Difettano tuttavia serie prove empiriche circa i danni che, taluni assumono, deriverebbero al figlio di una coppia lesbica, all'interno della quale sembrerebbe comunque assestarsi una distinzione di ruoli tra madre biologica e sociale, sicché neppure in questo caso forse si verifica, a stretto rigore, una "duplicazione di maternità": v. peraltro S. Golombok, *Famiglie moderne*, cit., cap. 2. Dal punto di vista giuridico, rispetto a prospettive di duplicazione o graduazione di maternità: J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai, E. Olivito, Napoli, 2017, 154 s.; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 220 ss.; M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 940 s. Riguardo all'ordinamento del Regno Unito e a talune proposte di rimodulazione della disciplina della surrogazione, ma con notazioni generalizzabili: M. Poli, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in questa *Rivista*, 2020-2, pp. 4 ss., 17 ss.

108 T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, pp. 225; Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 43084, in *Ced* 265229; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35923, in *Ced* 248416 e Cass. pen., sez. V, 8 marzo 2019, n. 37315, in *Ced* 277341 (queste ultime due riferite, tuttavia, alla compravendita di ragazze poi materialmente assoggettata e sfruttata dagli acquirenti). Negano, invece, che simili condotte possano qualificarsi come "schiavitù", fattispecie che suppone uno sfruttamento della vittima (v. più di recente, ad altro riguardo, Cass. pen., sez. V, 25 gennaio 2022, n. 9404, in *Ced* 282893); Cass. pen., sez. V, 22 dicembre 1983, n. 3855, in *Ced* 162209 (rispetto, in realtà, all'art. 602 c.p.); Cass. pen., sez. fer., 6 ottobre 2004, n. 39044, in *Diritto penale processuale*, 2006, 66, nota di A. Peccioli, *Prime applicazioni delle nuove norme in materia*



mento” potranno cogliersi i tratti di una elusione delle norme in materia di adozione, l’unico strumento giuridico praticabile per acquisire la genitorialità di figli *interamente altrui* (articolo 71 l. 4 maggio 1983, n. 184)<sup>109</sup>. Episodi, d’altronde, difficilmente qualificabili come “surrogazione di maternità”, anche ove la intendessimo quale sinonimo di “locazione di utero”, trattandosi, semmai, di una “compravendita mista ad appalto”<sup>110</sup>.

La situazione in cui, infine, sia genitore biologico soltanto il richiedente, o uno dei richiedenti uomini, può egualmente realizzarsi mediante pratiche di procreazione assistita o rapporto sessuale: e come, in quest’ultimo caso, non costituirebbe certo reato che il figlio fosse affidato a chi sia e si dichiari suo padre ad ogni effetto, non v’è alcuna ragione per cui il medesimo esito dovrebbe reputarsi criminoso sol perché la gravidanza sia stata indotta da una fecondazione artificiale. In simile evenienze, sarebbe al più il genitore intenzionale che potrebbe rispondere in sede penale (con eventuale concorso del *partner*) se praticasse “alterazioni di stato” o violasse la normativa sull’adozione, e ciò, ancora una volta, a prescindere dalle modalità del concepimento. Rimarrebbero da considerare, per entrambi (e per chi abbia tecnicamente “realizzato” la surrogazione), eventuali responsabilità per la trasgressione del divieto di ricorrere a fecondazione artificiale, opposto a chi non sia né sterile o infertile, a *single*, e a coppie omosessuali (artt. 4 e 5 l. 40/2004)<sup>111</sup>.

Chiusa questa carrellata di possibili, e necessarie, interpretazioni “contenitive” del “tipo criminoso”, si rileva come esse potrebbero frustrare non di poco l’attesa criminalizzazione di fatti commessi all’estero dagli aspiranti genitori: vuoi perché costoro non sono soggetti tipici del delitto, né possono quindi diventarli a titolo di concorso eventuale, vuoi per l’eventuale mancanza dell’oggetto della condotta, cioè di una surrogazione di maternità di tipo lucrativo, ovvero comportante una “dissociazione biologica di maternità”<sup>112</sup>.

## 7. Possibili questioni di costituzionalità

Diverse delle argomentazioni critiche sin qui proposte in funzione ermeneutica si prestano, persino più efficacemente, ad essere tradotte in dubbi di costituzionalità, riferibili non solo alla disposizione speciale di diritto penale transnazionale approvata alla Camera, ma, ancor prima, al delitto stesso, e alle regole generali sulla punibilità dei delitti comuni commessi in territorio straniero.

Il profilo di illegittimità più indiscutibile è quello che attiene al contrasto del citato comma 6 con l’art.25 Cost., 7 Cedu e 117 Cost., in quanto disposizione incriminatrice gravemente indeterminata. I

---

*di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?*; Cass. pen., 6 giugno – 6 agosto 2008, n. 32986, in *Ced* 241160; Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2015, n. 1797, in *Ced* 265884. V. anche Cass. pen., sez. V, 22 luglio 2015, n. 34460, in *Ced* 265673, e Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43084, in *Ced* Rv. 265229, ove alla medesima conclusione si perviene asserendo che la figura dell’art.600 c.p., in quanto implicitamente funzionale ad una protrazione di uno stato di assoggettamento, non potrebbe riguardare “acquisti” intesi a introdurre il minore in un nucleo familiare. Cfr. altresì G. Ciampa, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008, 334 ss. L’episodico affidamento di bambini a chi non ne sia in alcun modo genitore biologico può fare affiorare una sottostante tratta di minori a fini di adozione legale. Riguardo a questo fenomeno criminoso: Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe, Recommendation 1828* (2008).

109 Da ultimo Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 2173, in *Ced* 274847; Cass. pen., Sez. I, 20 gennaio 1987, n.3569, in *Ced* 174855; F. Mantovani, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 669. Diversamente, reputano che gli artt. 71 e 72, L. 184/1983 non possano configurarsi ove non consti un orientamento ad una procedura di adozione: T. Padovani, *Commento all’art. 71*, cit., p. 226; D. Bartoletti, *Analisi della l. 28.3.2001 n. 149 – Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*, in *La legislazione penale*, 2001, pp. 673 ss.; Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 40610, in *Ced* 253497.

110 M. Rizzuti, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, pp. 101 ss. V. poi D. Rosani, “The Best Interests”, cit., p. 133; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 1367 s.

111 Sulla valenza di questi divieti di accesso, e sulla loro sanzione (o non sanzione), sia consentito rinviare ad A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., pp. 69 ss.

112 Negli altri casi, solo cessioni di un figlio “interamente altrui” con modalità e su premesse tali da costituire una “riduzione in schiavitù” sarebbero senz’altro perseguibili oltre confine nei limiti di cui all’art. 604 c.p.; mentre è da comprendere se sarebbe configurabili in un ambiente normativo straniero trasgressioni delle regole italiane in materia di adozione (riferite, però, anche alla adozione internazionale: v. altresì l’art.72, l.184/1983). Le disposizioni della legge 40/2004 relative all’accesso alla procreazione medicalmente assistita sono, invece, senz’altro applicabili solo a fatti commessi in Italia, anche perché non sanzionate penalmente.



più recenti e sensibili orientamenti della Corte costituzionale, che hanno addirittura dilatato il valore della determinatezza oltre i confini della materia penale, argomentando *ex art. 3 Cost.*, renderebbero più che plausibile sollevare una questione al riguardo<sup>113</sup>. Oltretutto, detto difetto di determinatezza, come osservato, appare se possibile *più accentuato e insostenibile* nel momento in cui si pretenda di estendere l'indefinito ambito applicativo della disposizione a fatti commessi da cittadini all'estero, ove esista una disciplina legittimante la surrogazione di maternità, e dove la scelta di incriminazione possa apparire vieppiù inconoscibile, o comunque incomprensibile, per una distanza dal locale tessuto culturale e sociale e per la correlata dissonanza valutativa di carattere più strettamente giuridico. Aspetti che, come già si è osservato, creano denunciabili tensioni anche con l'art.27, 3° co., Cost.

La prevista integrazione dell'art.12, co.6, l.40/2004, appare poi di dubbia legittimità costituzionale essenzialmente per la pretesa, discriminatoria e irragionevole, di ridurre e semplificare le condizioni di estensione della legge penale nello spazio (con un esito sostanziale *in malam partem*) rispetto alla disciplina applicabile ad ipotesi di reato comparabili, o persino ad ipotesi di reato la cui applicazione oltre i confini sarebbe, volendo, più logica e sensata<sup>114</sup>. Nello specifico, trattandosi di un "delitto comune del cittadino", oltretutto di fascia bassa secondo i parametri editali dell'art. 9 c.p., servirebbero ragioni peculiari e particolarmente pronunciate per giustificare una sua più agevole punizione se commesso oltre confine, emergendo altrimenti una disparità di trattamento di dubbia compatibilità con l'art.3 Cost.. Giusto un esempio: per quale motivo dovrebbe essere ben più arduo applicare la legge italiana all'italiano che, in terra straniera, abbia commesso un omicidio magari riconducibile, secondo il diritto internazionale, a un crimine contro l'umanità, piuttosto che una surrogazione di maternità, quando quest'ultima figura criminosa è dalla stessa legge italiana equiparata, per gravità, a una lesione lievissima *ex art. 582 c.p.*? Eppure, a tale assurdità conduce la scelta di persistere nella "universalizzazione" (temperata) del delitto contenuto nella legge 40/2004, nel mentre si rinunciava a una tipizzazione *ad hoc* e ad una giurisdizione universale per i crimini internazionali.

Né si potrebbe obiettare che detta disparità di trattamento trovi una *ratio*, se non nella gravità, nondimeno nella struttura o nell'orientamento offensivo della fattispecie. L'intento di prevenire la trascrizione, in Italia, di relazioni parentali contrastanti con l'ordine pubblico in ragione della loro genesi, non emerge in alcun modo dal tenore, né condiziona le potenzialità applicative, della disposizione ora all'esame del Senato. Debole soluzione sarebbe quella di inserire simili condizioni nel testo della norma di collegamento, magari in virtù di un coraggioso intervento manipolativo della Corte costituzionale, così da arricchirla di requisiti di "aggressione ad interessi istituzionali dello Stato", come quelli delineati in altre disposizioni che similmente derogano all'art.9 c.p.: tanto non basterebbe, infatti, ad accreditare una logica di "difesa", non apparendo sensato – anche secondo canoni di sussidiarietà ed *extrema ratio* dell'intervento penale - che l'ordinamento forzi i confini spaziali in materia criminale per difendersi da offese "dall'esterno" al proprio "ordine pubblico" la cui effettiva consumazione soltanto dipende dalla circostanza che l'ordinamento stesso accetti, o non accetti, la trascrizione (*supra*, par. 5.1). Perché, poi,

113 Come già ricordato, Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit. rigettava perché "manifestamente infondata" una questione di costituzionalità promossa dal Pubblico ministero ricorrente, sul presupposto che il giudice di merito avesse dimostrato la possibilità di fornire una "interpretazione adeguatrice" costituzionalmente coerente, ovviando così al difetto di determinatezza e prevedibilità degli spazi applicativi del precetto. Si richiamavano, a sostegno di questa impostazione, sentenze della Corte cost., come la n. 356/96, 350/97, 133-115-190 del 2000, 270/2011, 184/2012, 10/2013. In verità, un'interpretazione volta a ricostruire gli elementi costitutivi del tipo è sempre possibile, anzi resa necessaria dal processo applicativo, ma quand'essa sia del tutto svincolata dal testo della disposizione incriminatrice - che niente di preciso dica riguardo a quegli elementi - il difetto di determinatezza trova semmai conferma, essendo l'art. 25 Cost. esattamente volto ad evitare che sia la creatività *ex post* del giudice a definire gli ambiti del penalmente rilevante. Più di recente, la Corte costituzionale ha preso posizione in modo assai più deciso a favore del valore della certezza del diritto legislativo, oltretutto in un ambito estraneo al diritto penale, quindi con argomentazioni declinabili *a fortiori* in materia penale. Si fa riferimento a Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, in *giurcost.org*, ove, dopo un resoconto della sua precedente giurisprudenza in tema di determinatezza della legge penale ai sensi dell'art. 25 Cost. (v. § 4.3.2.1. ss.), si afferma senza mezzi termini che «disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pong[ono] in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost. L'esigenza di rispetto di *standard* minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato, nonché più in generale allorché la legge conferisca all'autorità pubblica il potere di limitare i suoi diritti fondamentali, come nella materia delle misure di prevenzione. [...] Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.». V. L. Di Majo, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, in *Consulta online*, 13 luglio 2023.

114 L'argomento è sviluppato specialmente da M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., pp. 8 s.

non prevedere allora lo stesso regime rispetto a delitti ben più aggressivi per l'assetto dello stato civile italiano, come un'alterazione di stato mediante sostituzione di neonato, *ex art. 567 c.p.*, 1° comma?

Per altro verso, come pure si è osservato, la surrogazione di maternità non è un reato "naturale", tendenzialmente e normalmente previsto come tale in tutti gli ordinamenti, né la sua incriminazione è sollecitata da fonti internazionali vincolanti per un novero ampio di Stati, quindi una *ratio* delle prossime nuove regole di diritto penale transnazionale neppure può assomigliare a quella di disposizioni quali l'art. 604 c.p.. Negli orizzonti di un sistema penale coerente e razionale, dunque, la surrogazione di maternità, in conformità al livello di gravità che lo stesso legislatore intende assegnarle, dovrebbe rientrare né più né meno tra i reati cui rinvia l'art.9 c.p., senza deroghe peggiorative per il sospetto "reo", fossero pure di mero rilievo procedimentale.

A dirla tutta, e per le ragioni di principio ampiamente sviluppate nelle pagine precedenti, gli stessi artt. 9 e 10 c.p. meriterebbero di essere finalmente arricchiti di un requisito di doppia incriminazione, con una sentenza additiva che potrebbe prendere a parametro anche "lessicale" l'art.13, 2° co., c.p., volta a sanare un contrasto, altrimenti, con gli artt. 7 Cedu, 25 e 117 c.p., 27, 3° co., c.p.. Il diritto vivente non pare infatti sufficientemente coeso per garantire che detta doppia incriminazione venga comunque pretesa al momento applicativo.

A supporto di ogni censura che si volesse rivolgere a simili eccessi nell'estensione della legge penale all'estero, di parte generale o speciale, potrebbe porsi l'affermazione di un «primato del principio di territorialità nel diritto penale transnazionale», tale per cui ogni apertura oltre confine dovrebbe trovar sostegno in esigenze particolarmente pregnanti. Un primato desumibile, se non ancora dal diritto internazionale (*supra*, par. 1, spec. nt. 12), comunque da «un livello superiore, che è quello autenticamente "dogmatico", ineluttabile precipitato applicativo di talune premesse teoriche [...]. Il riferimento è – per riassumere – al processo di secolarizzazione e democratizzazione del sistema penale, che lo ha reso immune da un'ideologia massimalista da diffondere in ogni dove [...]; al fondamento del diritto punitivo quale strumento di tutela delle condizioni essenziali del vivere civile corrispondenti alle esigenze e alle priorità di una specifica società storica [...]; al carattere intrinsecamente linguistico del diritto penale e in quanto tale vocato al luogo di appartenenza del gruppo che si avvale del corrispondente strumento comunicativo come mezzo di comprensione del mondo [...]. Per non parlare poi dello scopo della pena – linfa vitale di ogni deduzione dogmatica – la cui indole utilitaristica, comunque la s'intenda, stride irrimediabilmente, a meno di non scadere in velleitarismo, con qualunque afflato universalistico [...].»<sup>115</sup>. Un'affermazione che sappiamo non pacifica<sup>116</sup>, e che tuttavia si basa su argomenti che anche in queste pagine abbiamo nella sostanza condiviso, ad essi aggiungendone altri, come quello strettamente correlato al principio rieducativo.

## 8. Osservazioni conclusive

Al termine di questa disamina, si stentano ad apprezzare motivazioni adeguate a legittimare un'eccezione così estrema tanto al criterio della territorialità, quanto alle regole generali sull'applicazione extraterritoriale della legge penale. L'unica *ratio* residua – ma irricevibile – del dispositivo che si vorrebbe aggiungere all'art.12, co.6, l. 40/2004 pare, a conti fatti, quella retributiva, fondata sulla granitica convinzione che il disvalore "etico" del fatto di surrogazione di maternità (qualunque mai ne siano i requisiti strutturali) sia così radicale da non poter essere ridimensionato da scelte permissive dei vari legislatori nazionali, da non poter tollerare limiti di tipicità e di spazio, da non poter ammettere "porti franchi". L'originaria pretesa di attribuire una universalità incondizionata e "costrittiva" a una visione, in realtà, ideologicamente e culturalmente vincolata della procreazione, oggetto di complicate controversie bioetiche e di distanti regolamentazioni nazionali, non priva di un sentore di omofobia<sup>117</sup>, discendeva forse

115 D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 576 ss. Definisce il criterio di territorialità come "regola-base", mentre quelli di «personalità e di difesa si aggiungono a quello di territorialità, dovendo trovare un loro coerente spazio di utilizzazione in relazione alla tipologia dei reati in rapporto ai quali si può porre un peculiare interesse dello Stato all'applicazione della legge nazionale, nonostante che il fatto sia stato commesso fuori del territorio nazionale»: F. Palazzo, *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penali*, VII, Torino, 1993, p. 368 s..

116 Diversamente A. di Martino, *La Frontiera*, cit., pp. 42 ss., 79 ss.

117 Nel rammentare alcune recenti evoluzioni di ordinamenti europei e limitrofi sempre più orientate nel senso di un "diritto alla genitorialità" in condizioni di uguaglianza, rileva F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari*, cit., p. 203 s., come «il dibattito italiano risenta fortemente di rigidi prolegomeni ideologici, che fin qui hanno impedito, oltre che una composizione equilibrata, non astratta e non paternalistica di tutti gli interessi in gioco, anche di dare la dovuta attenzione ai diritti riproduttivi delle

proprio dalla consapevolezza delusa di un concreto e accentuato difetto di universalità: è, infatti, tipica aspirazione di “imprenditori di moralità” piegare ai propri scopi l’orientamento perentorio del diritto penale, come surrogato della loro incapacità di accreditare mediante persuasione culturale i precetti assoluti nei quali si identificano<sup>118</sup>. Preso atto di come ostacoli tecnici, e valutazioni di opportunità, ostassero alla elaborazione di un vero e proprio “reato universale”, si è quantomeno deciso di fidelizzare al precetto etico - fattosi penale - gli appartenenti alla comunità su cui quegli imprenditori morali - fattosi politici - intendono guadagnarsi un dominio: vale a dire i cittadini italiani, che saranno presto “inseguiti” ovunque nel mondo da una minaccia di estensione della legge penale più implacabile di quella consueta, fosse mai osassero dissociarsi, *in partibus infidelium*, dalle categorie procreative in cui si riflette il primato universale del legislatore italiano, poco importa che costoro vogliano o non vogliano recarsi nel belpaese per farvi riconoscere “il frutto del peccato”. L’intento, insomma, è radicalmente simbolico – come dimostra l’oggetto giuridico individuato nel bene vago, altisonante e indeclinabile della dignità, purtroppo con il sostegno della Corte costituzionale - e per questo anche piuttosto disinteressato alla realtà dei vissuti personali, e all’effettività degli esiti. Esiti che, come in questo contributo si è provato ad abbozzare, potrebbero uscirne acciacciati per le troppe pietre d’inciampo.

Sia chiaro. Non vogliamo, con queste parole, affatto disconoscere come nelle vicende di surrogazione di maternità possano davvero emergere istanze di tutela riferibili a diritti individuali costituzionalmente accreditati. Tuttavia, è il legislatore il primo che sembra dimenticarlo. Se davvero temesse lo sfruttamento o l’approfittamento di gestanti vulnerabili o in condizioni di necessità, dovrebbe innanzitutto restituire determinatezza alla figura criminosa, prevedendo simili elementi tra gli altri requisiti costitutivi, magari condizionando a certi “indicatori di sfruttamento”, già altrove sperimentati, l’operatività della fattispecie<sup>119</sup>. Se fosse sinceramente preoccupato per i nati dalla surrogazione, l’ultima strategia da impiegare è quella della criminalizzazione indiscriminata di coloro che ne siano i genitori acquisiti, destinata a proiettare sui figli stessi il proprio stigma e le proprie conseguenze pregiudizievoli, di carattere sociale e giuridico<sup>120</sup>. Non mancano proposte, in Parlamento, intese a fornire una disciplina positiva della surrogazione solidale, a garanzia di tutti gli interessi in gioco<sup>121</sup>, ed anche la Associazione italiana dei professori di diritto penale si era spesa in un’analisi *de iure condendo* plurale e problematica, accompagnata da un articolato con proposte alternative che, forse, meriterebbero una qualche attenzione<sup>122</sup>.

Una percorso compromissorio e “minimalista”, facilmente praticabile, era comunque quello già tracciato dalla Corte costituzionale, nel dialogo con la Corte Edu: premessa la non trascrivibilità *sic et simpliciter* degli *status* familiari conseguiti all’estero, se non a favore del padre biologico, il *partner* genitore meramente intenzionale può ricorrere a forme di adozione semplificata, tuttavia da riformulare nella loro disciplina per garantirne la celerità e perfetta corrispondenza al migliore interesse del minore. Insomma: lasciare le disposizioni penali così come sono, continuare a non consentire la trascrizione, e tuttavia lavorare sulla regolamentazione delle adozioni<sup>123</sup>.

---

persone, troppo sbrigativamente derubricati, pure dalla Consulta, a semplici desideri di genitorialità [...]. Su questo fronte, il nostro ordinamento sconta ancora un ritardo culturale notevole, e lo stesso fideismo con cui viene spesso liquidato il tema della gestazione per altri sembra, inverosimilmente, trovare la sua più autentica motivazione proprio in una più ampia e generalizzata ostilità verso il diritto all’autodeterminazione riproduttiva dei soggetti – coppie omosessuali maschili e femminili, ma anche le donne sole e gli uomini soli – che non rientrano nel modello eteronormativo dominante. Possono variare le radici ideologiche e la portata di tale ostilità, ma in essa si riflette sempre un’implicita adesione a quella dogmatica “giusnaturalistica” della famiglia che storicamente accompagna tutti i tentativi di contrastare l’evoluzione del sistema verso le più avanzate direttrici della Costituzione».

118 C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 879 ss.

119 Sulla tipizzazione per indicatori e per contesto in rapporto alle figure di sfruttamento lavorativo: A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019, 63 ss., pp. 127 ss.

120 Effetti di “vittimizzazione secondaria”, secondo G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., p. 8, che di per sé dovrebbero spingere verso scelte diverse dalla punibilità, a maggior ragione (*ex art. 3 c.p.*) quando la surrogazione neppure sia andata a buon fine, anche per risparmiare ai richiedenti «una sorta di *ne bis in idem* praeter-sostanziale perché sarebbe ingiusto punire la coppia o il committente che hanno già dovuto sopportare la delusione e persino il dolore del fallimento del loro progetto procreativo».

121 AC 3016/2021, recante una “Disciplina della gravidanza solidale e altruistica”. V. A. Pisu, *Salute procreativa*, cit., 314 ss.. Gli spazi costituzionalmente praticabili di una disciplina positiva della gravidanza per altri sono sondati da P. Veronesi, *Ancora sull’incerto mestiere del nascere*, cit., pp. 497 ss.

122 *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano, 2023, spec. 7 ss., 26 ss.

123 In tal senso, con argomenti condivisibili e attenti richiami alla giurisprudenza e dottrina civilistica, costituzionale e Cedu, M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 10 s.

Tutto il contrario di quello che si appresta a fare il legislatore, più interessato a esibire il cipiglio intransigente di chi dispensa giudizi radicali, ed elargisce castighi, che non ad affrontare seriamente, e con la necessaria duttilità e sensibilità, problemi coinvolgenti istanze delicatissime. Sennonché, dilatare a tal punto i già difettosi margini del delitto italiano di surrogazione di maternità, gonfiandoli con l'aria di sconfinite pretese moralizzatrici, rischia di produrre tensioni ulteriori che potrebbero rendere ancor più evidenti, agli occhi dei giudici, le troppe contraddizioni e aporie, fino a farle esplodere. *Novissime indignata dum vult validius inflare sese rupto iacuit corpore*<sup>124</sup>.

---

124 Fedro, *La rana che scoppia e il bue*, in Id., *Favole*, a cura di F. Solinas, Milano, 2021, 30.



---

# *Interventi*

Giulia Barbato\*

## Genitorialità intenzionale e *status filiationis*

### Sommario

1. Premessa - 2. Le sentenze nn. 32 e 33/2021 della Corte costituzionale - 3. Il preminente interesse del minore agli occhi della Consulta - 4. La giurisprudenza di merito successiva - 5. Gli approdi ermeneutici della Cassazione - 6. Il punto di vista delle Sezioni Unite - 7. Riflessioni critiche sulla soluzione del giudice di legittimità - 8. I risvolti della sentenza delle Sezioni Unite sul piano interno e sovranazionale - 9. Brevi considerazioni conclusive.

### Abstract

In questo contributo si esaminano, attraverso l'analisi delle recenti posizioni assunte dalla giurisprudenza e dal potere esecutivo, le discriminazioni permanenti nell'ordinamento italiano rispetto ai nati in seguito a fecondazione eterologa praticata da coppie femminili o mediante GPA e si ipotizzano soluzioni per eliminarle, così da realizzare pienamente lo stato unico di figlio.

*In this essay, through the analysis of recent positions taken on by the national judicial system and executive power, we examine the legal discriminations against children born via heterologous fertilization sought by female couples and gestational surrogacy. Hence we propose solutions to eliminate the aforementioned inequities in order to guarantee permanent equal juridical treatment to all children.*

### 1. Premessa

L'unicità dello stato di figlio rappresenta un principio cardine e, al contempo, un fine precipuo della riforma della filiazione, avvenuta ad opera della L. n. 219/2012 e del D.lgs. n. 154/2013<sup>1</sup>. Infatti prima valeva la distinzione non solo tra "figli legittimi" e "figli naturali", ma anche, all'interno della categoria dei "figli naturali", tra "riconosciuti" o "giudizialmente dichiarati", "riconoscibili" o "irricognoscibili"<sup>2</sup>.

\* Dottoranda di ricerca, Dipartimento DiGi, Università di Palermo.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Per un esame approfondito della riforma della filiazione, v. C. M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, 2015; A. Figone, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, 2014; M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, 2014; R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, 2013; U. Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Il Corriere Giuridico*, 2014, 5, p. 540 ss.; Rosanna Pane, *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, in P. Perlingieri (diretta da), *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, 2014.

2 Come puntualmente osservato "si distingueva tra figli riconosciuti con atto volontario di uno o entrambi i genitori, oppure dichiarati figli dell'uno, dell'altra, o di entrambi, in seguito ad accertamento giudiziale, che soli potevano godere della pienezza dello stato; figli riconoscibili ma in concreto non riconosciuti da uno o da entrambi i genitori soltanto perché nessuno aveva voluto dichiarare la propria paternità o maternità e mancavano i presupposti per un accertamento giudiziale; e, infine, figli non riconoscibili, che non potevano addirittura in nessun caso essere riconosciuti né conseguire la dichiarazione giudi-

Questo distinguo si rifletteva sul regime giuridico eterogeneo riservato alle varie categorie di figli, in forza del quale alcuni venivano posti in condizione deteriore rispetto ad altri.

Mediante tale intervento normativo, dunque, il legislatore si è proposto di ricondurre ad un *unicum* i tradizionali differenti stati *filiationis*, in modo da portare a compimento l'adeguamento, intrapreso a partire dalla riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>3</sup>, della disciplina della filiazione ai principi costituzionali, in ispecie al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e all'art. 30 Cost. relativamente ai figli, e, contestualmente, per conformare la medesima disciplina alle fonti sovranazionali, ossia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti Cedu), che all'art. 8<sup>4</sup> protegge la vita privata e familiare e all'art. 14<sup>5</sup> vieta qualsiasi forma di discriminazione<sup>6</sup>, la Carta di Nizza, il cui art. 21<sup>7</sup> vieta ogni forma di discriminazione fondata sulla nascita, e la Convenzione dei diritti del fanciullo di New York, che - in particolare - tutela all'art. 2 il diritto alla parità di trattamento dei minori e all'art. 3 il diritto alla salvaguardia del loro *best interest*; all'art. 4 impone agli Stati l'adozione di tutti i provvedimenti necessari per l'attuazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione e all'art. 8 il rispetto del diritto del fanciullo a preservare la sua identità; agli artt. 5, 7 e 9 fissa poi i diritti e doveri dei genitori nel crescere ed educare i figli.

Perno della riforma è il novellato art. 315 c.c., il quale disponendo che *“tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”* ha cristallizzato espressamente l'unicità dello stato di figlio come principio generale<sup>89</sup>.

Contestualmente, al fine di rendere l'enunciato principio effettivamente operante, sono state eliminate dall'intero tessuto legislativo le denominazioni *“figlio legittimo”* e *“figlio naturale”*<sup>10</sup>. La *voluntas legis*

ziale di paternità o di maternità perché l'ordinamento giuridico voleva evitare l'accertamento pubblico di un'origine che si collega a rapporti di incesto.” (G. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2015, p. 435).

- 3 La riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva eliminato gli aspetti di discriminazione più manifesti della filiazione naturale, prevedendo tra l'altro sia la riconoscibilità dei figli nati fuori dal matrimonio sia la possibilità per questi ultimi di ottenere l'accertamento giudiziale della paternità o maternità, in caso di mancato riconoscimento da parte del genitore. Nondimeno nella disciplina codicistica della filiazione persistevano dei profili discriminatori, fra i quali il perdurante utilizzo dei termini *“legittimi”* e *“naturali”*, il mantenimento dell'istituto della legittimazione e della commutazione. Per un'analisi approfondita sulla riforma del diritto di famiglia del 1975 v. G. Alpa, M. Bessone, A. D'Angelo e G. Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Zanichelli, 1977; G. Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Utet, 1976; A. e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975 n. 151*, Giuffrè, 1975-1979; L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Cedam, 1976-1977.
- 4 Per un'analisi accurata dell'art. 8 Cedu v. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, p. 297 ss.; D. Perna, *Articolo 8. Parte I. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. Beltrani (diretto da), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Zanichelli, 2022, p. 660 ss.
- 5 Per un esame analitico dell'art. 14 Cedu v. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 518 ss.; M. T. Trapasso, *Articolo 14. Divieto di discriminazione*, in S. Beltrani (diretto da), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Zanichelli, 2022, p. 1099 ss.
- 6 M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231 ss.
- 7 Per un esame dettagliato dell'art. 21 CDFUE v., C. Favilli, *Art. 21. Non discriminazione. Quadro generale*, in M. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegranza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, pp. 413- 425; P. Gianniti, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, p. 5.
- 8 La L. n. 219/2012 qualifica espressamente quali *“principi”* le norme contenute negli artt. 315 e 315 bis della novella.
- 9 Per assicurare la piena operatività del principio dell'unicità dello *status filiationis* il D.lgs. n. 154/2013 è altresì intervenuto sulla L. 31 maggio 1995, n. 218 - Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato -, eliminando all'art. 33 qualsiasi distinzione, prima prevista, tra le varie categorie di figli e introducendo la necessaria applicazione di tutte le norme italiane che sanciscono lo stato unico di figlio; abrogando l'art. 34, riguardante i profili internazionale-privatistici della legittimazione; inserendo nell'art. 35 una disciplina unica del riconoscimento del figlio; sostituendo all'art. 36 la *“potestà genitoriale”* con la *“responsabilità genitoriale”*; introducendo, in ultimo, un nuovo art. 36 bis, secondo cui devono essere applicate necessariamente sia tutte le norme che attribuiscono la responsabilità genitoriale e il dovere di provvedere al mantenimento del figlio a entrambi i genitori, sia quelle attributive del potere pretorio di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale al verificarsi di condotte pregiudizievoli per il figlio. Infatti la delega al Governo contenuta nella L. n. 219/2012 includeva il *“riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell'unificazione dello stato di figlio”*.
- 10 Al riguardo, v. L. Querzola, *Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie tradizionali?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 104, la quale afferma che *“la legge mira(va) ad eliminare ogni disparità di trattamento tra figli legittimi e naturali; per dirla sinteticamente con la potente espressione di cui all'art. 1, comma 11, nel codice civile le parole «figli legittimi» e «figli naturali», ovunque ricorrono, sono sostituite dalla parola «figli», e ancora, secondo la lettura del nuovo art. 315 c.c., «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Pulite, essenziali, questo è il dictum delle nuove norme”*.

è stata, infatti, di non continuare ad apporre “etichette” ai nati per delle scelte e delle condizioni attinenti in esclusiva ai genitori, il cui utilizzo, tra l’altro, può alimentare pregiudizi o incidere negativamente sulla percezione che i figli hanno di loro stessi<sup>11</sup>.

Per la medesima *ratio* la riforma della filiazione ha eliminato il divieto di riconoscimento dei discendenti tradizionalmente denominati “incestuosi”, potendo questi adesso essere riconosciuti in virtù del rinnovato art. 251 c.c. e, altresì, essere dichiarati giudizialmente figli in base al nuovo art. 278 c.c., previa autorizzazione del giudice, strumento attraverso cui viene valutata in concreto l’opportunità del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, considerando unicamente il *best interest* del minore e la necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio<sup>12</sup>.

Con siffatto intervento, quindi, il legislatore ha inteso fornire un vero e proprio statuto della filiazione<sup>13</sup>, ponendo tutti i figli sul medesimo piano, soprattutto per quanto riguarda le situazioni giuridiche soggettive agli stessi imputabili e la loro posizione all’interno della rete familiare<sup>14</sup>, e ha perseguito quale obiettivo fondamentale l’astratta riconoscibilità di tutti i figli.

A distanza di dieci anni dalla menzionata riforma della filiazione, tuttavia, l’effettiva realizzazione di questo traguardo in uno con l’unicità dello *status filiationis* appaiono incompiute. Invero, dai recenti approdi della giurisprudenza nonché dalla posizione assunta attualmente dal potere esecutivo, emerge la permanenza di discriminazioni rispetto ai nati in seguito a tecniche di fecondazione assistita o alla gestazione per altri.

## 2. Le sentenze nn. 32 e 33/2021 della Corte costituzionale

Le sentenze nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021 della Corte costituzionale rappresentano l’ultimo tassello rilevante della giurisprudenza costituzionale con riferimento rispettivamente l’una alla questione della riconoscibilità dello *status* di figlio anche nei confronti della madre intenzionale del nato in Italia in seguito a procedure di procreazione medicalmente assistita eterologa praticate da una coppia di donne<sup>15</sup>; l’altra alla possibilità di dare effetto nell’ordinamento italiano a provvedimenti stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito il proprio apporto biologico - ossia il c.d. genitore

- 11 M. Velletti, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, in M.R. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, 2014, p. 7 ss.
- 12 La Corte costituzionale con la pronuncia del 28 novembre 2002 n. 494 aveva già asserito a tutela dei figli c.d. incestuosi il possibile ottenimento in via giudiziale della dichiarazione di maternità o paternità, permanendo purtuttavia la loro condizione di formale irricognoscibilità. Per un esame approfondito della sentenza, v. S. Landini, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso*, in *Familia*, 3, 2003 p. 857 ss.; G. Ferrando, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo.*, in *Familia*, 3, 2003, p. 848 ss.
- 13 C. M. Bianca, *Note introduttive*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, 3, p. 439.
- 14 Sul punto v. R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, p. 953 ss.
- 15 La Corte costituzionale nelle decisioni del 23 ottobre 2019 n. 221 e 15 novembre 2019 n. 237 aveva ritenuto non irragionevole, seppur non costituzionalmente imposta, la scelta del legislatore di prevedere una relazione biunivoca tra la disciplina delle tecniche di PMA e il carattere eterosessuale della coppia. Conseguentemente la Consulta aveva dichiarato l’impossibilità di applicare il principio della responsabilità procreativa desumibile dagli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 alle fattispecie in cui a ricorrere alla tecnica di PMA sia stata una coppia di donne, prevalendo in questi casi la salvaguardia del carattere eterosessuale sulla tutela del preminente interesse del minore ad avere garantito lo *status filiationis*. Ritornata a trattare la medesima questione nella pronuncia del 4 novembre 2020 n. 230, la Consulta, pur avendo ribadito l’inapplicabilità degli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 data l’omosessualità della coppia, aveva escluso con maggior vigore un divieto di riconoscimento dell’omogenitorialità di matrice costituzionale, avendo asserito che lo stesso non è precluso, ma le forme per attuarlo sono riservate alla discrezionalità del legislatore. Sul punto, v. M. C. Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, p. 664 ss.; S. Stefanelli, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *Ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020; R. Fadda, *Il conflitto assiologico nella legge 40/2004 tra morale Kantiana e diritto alla procreazione*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2020, 2, p. 439 ss.; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 5, p. 2613 ss.; L. Dell’Atti, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte Cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 2, p. 248 ss.; A. Apostoli, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2020, 6, p. 2760 ss.; D. Berloco, *Figlio di due donne nato in Italia. Inammissibilità. Ulteriore conferma della Corte Costituzionale. Sentenza n. 230 del 4 novembre 2020*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2021, 1, p. 6 ss.



biologico -, ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale senza offrire il proprio apporto genetico - ovvero il c.d. genitore d'intenzione - nelle ipotesi in cui il bambino sia nato attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nel nostro ordinamento<sup>16</sup>.

Il caso affrontato dalla Consulta nella sentenza n. 32 riguarda due gemelle nate in Italia in seguito ad una procedura di procreazione medicalmente assistita<sup>17</sup> effettuata all'estero a cui si era sottoposta una donna col consenso della propria compagna. Nonostante solo la madre biologica venisse riconosciuta come genitore legale delle bambine, queste intrattenevano una relazione affettiva stabile anche con la compagna della madre naturale dalla loro nascita fino alla rottura tra le due donne, successivamente alla quale la madre biologica non consentiva ogni rapporto tra le figlie e l'ex partner. Pertanto quest'ultima agiva dinnanzi al Tribunale di Pavia per ottenere il riconoscimento giuridico del legame di filiazione di fatto esistente con le minori. Non potendo percorrere la via dell'adozione in casi particolari<sup>18</sup>, stante il dissenso da parte della genitrice, chiedeva in via principale l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della L. n. 40/2004 o di essere qualificata tale giudizialmente ai sensi dell'art. 250, quarto comma, c.c., per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa, ai sensi dell'art. 6 della L. n. 40/2004 o, ancora, in via ulteriormente subordinata, di ordinare all'ufficiale dello stato civile la rettificazione degli atti di nascita delle minori, in modo che le stesse risultassero nate a seguito di fecondazione eterologa, sulla base del consenso prestato sia dalla madre intenzionale sia dalla madre biologica. Al riguardo il giudice di prime cure sosteneva che l'ambito applicativo degli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 - disciplinanti il riconoscimento dello *status filiationis* dei nati tramite tecniche di PMA - sulla base di un'interpretazione sistematica e logica fatta propria dalla stessa Corte costituzionale nel 2019<sup>19</sup>, fosse limitato ai nati da PMA eterologa da coppie di sesso diverso in virtù dell'art. 5 della L. n. 40/2004. Inoltre secondo il Tribunale analogamente l'art. 250, quarto comma, c.c. non consentirebbe di autorizzare il riconoscimento dello *status filiationis* dei nati da PMA eterologa, praticata da una coppia *same sex*, da parte della madre intenzionale, superando il dissenso di quella biologica. In definitiva il giudice di primo grado reputava inaccoglibili le domande della madre d'affetto, riscontrando così un vuoto di tutela nel garantire l'interesse delle minori a far valere i loro diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione nonché i diritti successori nei confronti di entrambi gli adulti che si sono assunti la responsabilità della procreazione, lasciandole, tra l'altro, in una situazione giuridica da un lato di incertezza nelle relazioni sociali - ledendo, in questo modo, la loro identità personale -, dall'altro deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati. Proprio per queste ragioni il Tribunale di Padova sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 Cost. nonché all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 CRC e agli artt. 8 e 14 Cedu.

- 
- 16 La Corte costituzionale nella sentenza del 18 dicembre 2017 n. 272 aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., avendo sottolineato come quest'ultima disposizione possa essere interpretata nel senso che il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio nato tramite surrogazione di maternità debba sempre valutare comparativamente l'interesse alla verità e l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* già acquisito nello Stato di nascita estero, essendo tenuto a considerare "*variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso*". A tal riguardo, v. A. Schillaci, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, 1, p. 385 ss.; S. Nicolai, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 6, p. 2990 ss.
- 17 Per un esame dettagliato sulla PMA, v. R. Villani, *La procreazione assistita*, Giappichelli, 2004; P. Stanzione e G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita*, Giuffrè, 2004; M. Sesta, voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enciclopedia Giuridica*, 2005, p. 1 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Giuffrè, 2021, p. 1 ss.; A. Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Giappichelli, 2018, p. 13 ss.; M.L. Jabes, *La procreazione assistita e tutela del nascituro*, in A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, 2015, Volume I, p. 145 ss.; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 91 ss.
- 18 Per un approfondimento sull'istituto dell'adozione in casi particolari v., N. Cipriani, *Adozione in casi particolari*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, *Famiglia*, Giuffrè, 2022.
- 19 Si tratta della sentenza della Corte costituzionale del 23 ottobre 2019 n. 221 in cui la Consulta ha escluso l'estendibilità dell'accesso alla fecondazione medicalmente assistita alle coppie prive dei requisiti dettati all'art. 5 della L. n. 40/2004. In tale pronuncia la Consulta ha evidenziato che siffatta tecnica è stata prevista *ex lege* come rimedio per i casi di infertilità patologica, non anche per quelli di "*infertilità sociale*" o "*relazionale*", non rappresentando la PMA una modalità di realizzazione del "*desiderio di genitorialità*", ma fungendo - in base alla *voluntas* del nostro legislatore - da strumento mediante il quale si riproduce il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna. Per un esame dettagliato della pronuncia, v. G. Marino, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*, in *Il Familiarista*, <https://ilfamiliarista.it>, 14 novembre 2019.

Al contrario il caso trattato nella sentenza n. 33 riguarda un bambino nato a seguito dell'impiego della maternità surrogata<sup>20</sup> da parte di due uomini in Canada dove questa tecnica è legalmente consentita. Pur avendo contribuito geneticamente soltanto uno dei due, entrambi venivano indicati nell'atto di nascita come padri, sebbene dopo l'accoglimento del ricorso presentato dalla coppia alla Corte Suprema della British Columbia. I due uomini, quindi, avevano domandato all'ufficiale dello stato civile italiano di rettificare anche in Italia l'atto di nascita del bambino; dato il rifiuto opposto dall'ufficiale a tale richiesta<sup>21</sup>, si erano rivolti alla Corte d'Appello di Venezia che accoglieva l'istanza, riconoscendo efficacia in Italia al provvedimento estero<sup>22</sup>. Tuttavia contro questa decisione il Ministero dell'Interno e il sindaco del Comune in cui era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore proponevano ricorso in Cassazione. Così la prima Sezione civile della Suprema Corte, chiamata a giudicare sulla trascrivibilità o meno in Italia dell'atto di nascita, dubitava della conformità alla Costituzione dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità - pure nella sentenza n. 12193 del 2019 resa a Sezioni Unite - secondo la quale un atto così connotato risulta sempre in contrasto con l'ordine pubblico<sup>23</sup>, visto il divieto assoluto del ricorso alla surrogazione di maternità in Italia ex art. 12, comma 6, della L. n. 40/2006, la cui violazione tra l'altro è sanzionata penalmente<sup>24</sup>. Detta Sezione della Cassazione, in particolare, affermava che questa chiusura netta - potremmo dire anche automatica operata dagli ermenauti - da un lato mina la tutela del preminente interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* già acquisito fin dalla nascita nel paese estero nonché del suo diritto all'identità personale; dall'altro lo discrimina rispetto ad ogni altro bambino per delle scelte di cui non ha alcuna responsabilità. Date queste perplessità il Supremo consesso sollevava in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. nonché all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 CRC e all'art. 24 CDFUE questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della L. n. 40/2004, della L. n. 218/1995 e dell'art. 18 del D.p.r. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile)<sup>25</sup>.

### 3. Il preminente interesse del minore agli occhi della Consulta

La Corte costituzionale nell'affrontare le due questioni si è posta non già da una prospettiva adultocentrica, bensì dalla prospettiva del figlio, ossia ha considerato quale filo del suo ragionamento la tutela del preminente interesse del minore. Ed è proprio questa diversa angolazione da cui ha osservato le due vicende a permetterle di discostarsi dai suoi approdi precedenti, ruotanti attorno all'asse costituito dalla posizione del genitore intenzionale di vedere riconosciuto il suo *status* genitoriale nei confronti del figlio o il suo diritto all'accesso alle PMA oltre i casi consentiti *ex lege*. Non vi è dubbio che a tale nuova

- 20 Per un'analisi approfondita della maternità surrogata, v. F. Pesce (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, 2022; A. Vestò, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, cit., p. 103 ss.; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022; A. B. Faraoni, *La maternità surrogata*, Giuffrè, 2002; S. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Edizioni scientifiche Italiane, 2018; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., p. 133 ss.; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., p. 167 ss.; S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017.
- 21 L'ufficiale dello stato civile aveva rifiutato la rettifica dell'atto di nascita del minore perché aveva reputato la maternità surrogata contraria all'ordine pubblico e, quindi, aveva ritenuto applicabile al caso *de quo* l'art. 18 del D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, secondo cui "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico".
- 22 Trattasi dell'ordinanza della Corte d'appello di Venezia del 28 giugno - 16 luglio 2018 n. 6775, in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it> con nota di A. Schillaci, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*, 19 luglio 2018.
- 23 Per un esame dettagliato del concetto di ordine pubblico, v. G. Perlingieri e G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni scientifiche italiane, 2019.
- 24 Corte di cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019 n. 1213 in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2019, 4, p. 1225; Per un esame analitico della pronuncia v. F. De Angelis, *L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita*, in *Giustizia civile*, <https://giustiziacivile.com>, 13 settembre 2019; A. Spadafora, *Procreare sempre licet?*, in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 2019, 3, p. 1098 ss.; M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2019, 2, p. 6 ss.; D. Mazzamuto, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, p. 393 ss.
- 25 Per un esame minuzioso dell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, v. G. Armone, *La gestazione per altri: nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 maggio 2020.

ottica della Consulta abbiano contribuito anche le istanze di tutela rivolte dalle famiglie c.d. arcobaleno<sup>26</sup> alla giurisprudenza di merito, la quale ha a più riprese evidenziato la necessità di fornire una risposta adeguata e non slegata dalla realtà fenomenica.

E se da un lato l'Alta corte ha dichiarato le due questioni inammissibili, rilevando come la materia in esame sia riservata alla discrezionalità del legislatore; dall'altro in entrambe le pronunce ha messo in luce - mostrando un segno di rottura rispetto alle sue posizioni antecedenti - l'assenza nella legislazione vigente di strumenti in grado di garantire appieno che l'identità giuridica del minore corrisponda alla sua effettiva identità personale, sociale e affettiva.

In particolare, la fattispecie oggetto della sentenza n. 32 evidenzia l'estrema debolezza dell'adozione in casi particolari, unico strumento oggi rintracciato nel tessuto normativo vigente come applicabile ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione tra minore e genitore intenzionale, a realizzare questo scopo. Infatti ove la coppia sia in crisi - come accade nella vicenda sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale -, difficilmente il genitore biologico presterà il proprio consenso all'adozione non legittimante del minore da parte del genitore d'affetto, consenso che funge *ex lege* da presupposto imprescindibile per tale tipo di adozione<sup>27</sup>, non avendo in definitiva il genitore intenzionale altra via percorribile per un riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione<sup>28</sup>. Dunque proprio nelle ipotesi conflittuali in cui al minore si dovrebbe garantire maggiore protezione, di fatto lo si lascia senza alcun mezzo normativo in grado di dare rilievo giuridico ad un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana, e in definitiva in grado di salvaguardare la sua identità personale.

Il Collegio ha evidenziato come, del resto, si è registrata un'evoluzione del nostro ordinamento tale per cui si è progressivamente riconosciuto rilievo giuridico alla genitorialità sociale anche se non coincidente con quella biologica, essendo ormai superata l'idea della provenienza genetica quale imprescindibile requisito della famiglia.

Tale approdo si evince, a detta della Corte costituzionale, proprio all'art. 9 della L. n. 40/2004, in cui il legislatore, facendo soccombere il *favor veritatis* rispetto al consenso prestato alla genitorialità, dimostra di volere tutelare gli interessi del figlio, garantendogli il consolidamento di una propria identità affettiva, relazionale e sociale, da cui deriva il suo interesse a mantenere il rapporto di filiazione acquisito, anche se in contrasto con la verità biologica della procreazione.

Viene poi sottolineato come la centralità degli interessi del figlio sia stata confermata dagli interventi legislativi successivi. Basti considerare le modifiche apportate al codice civile dalla riforma del biennio 2012- 2013 in tema di filiazione<sup>29</sup>.

Nella pronuncia si è pure rimarcato come si rintraccia la medesima linea a livello sovranazionale<sup>30</sup>.

Segnatamente la Consulta ha ricordato come la Corte Edu fonda sull'art. 8 della Cedu l'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale, lasciando sì agli Stati un margine di discrezionalità circa i mezzi da adottare, ma stabilendo che debbano essere idonei a garantire la piena tutela dei diritti del minore. E qualora il rapporto di filiazio-

26 Tribunale di Brescia, volontaria giurisdizione, decreto 11 novembre 2020; Tribunale di Genova, quarta sezione civile, decreto 4 novembre 2020; Corte d'appello di Trento, prima sezione civile, decreto 16 gennaio 2020; Tribunale di Genova, quarta sezione civile, decreto 8 novembre 2018; Tribunale di Bologna, volontaria giurisdizione, decreto 6 luglio 2018; Corte d'appello di Napoli, sezione per i minorenni, sentenza 4 luglio 2018 n. 145; Tribunale di Torino, settima sezione civile, decreto 21 maggio 2018; Tribunale di Torino, volontaria giurisdizione, decreto 11 giugno 2018. I provvedimenti sono consultabili in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>.

27 Per la diversa posizione assunta successivamente dalla Cassazione a sezioni unite rispetto al consenso del genitore biologico v. §6. *Il punto di vista delle Sezioni Unite*.

28 Sembra opportuno ricordare sin da ora come nella differente ipotesi in cui il genitore intenzionale non intenda adottare il minore, a quest'ultimo il nostro legislatore non fornisce alcuno strumento utilizzabile in via diretta per il riconoscimento giuridico del suo *status filiationis* nei confronti del genitore d'affetto. Per un'analisi approfondita della questione v. §6. *Il punto di vista delle Sezioni Unite*.

29 La Consulta fa riferimento alla L. n. 219/2012 e al successivo D.lgs. n. 154/2013.

30 Relativamente all'Unione europea la Corte costituzionale ricorda come nella CDFUE all'art. 24, comma 2, si afferma la preminenza dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano. Rispetto alla posizione assunta dalla Corte di giustizia in ordine a tale disposizione, la Corte costituzionale richiama la sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E.* (reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu>), in cui il giudice europeo "ha affermato il diritto dei figli di mantenere relazioni regolari e contatti diretti con entrambi i genitori, se questo corrisponde al loro interesse".

ne sia già diventato una realtà pratica, la procedura per il riconoscimento deve essere attuata in modo tempestivo ed efficace<sup>31</sup>.

Quindi l'identità del minore rappresenta, secondo il giudice di Strasburgo, una componente della sua vita privata che sicuramente viene rafforzata dal legame di filiazione.

La Consulta ha constatato l'esistenza allo stato dell'arte di una discriminazione nei confronti dei minori nati a seguito di PMA eterologa da parte di una coppia omogenitoriale femminile dovuta all'orientamento sessuale delle persone che hanno voluto e realizzato il progetto procreativo e ha affermato che per la condotta tenuta dai genitori, così come in passato si ponevano in una posizione deteriore i figli incestuosi, oggi si pongono in un piano di tutele deficitario rispetto a tutti gli altri nati i figli di tali coppie, con un'evidente violazione del principio di uguaglianza.

Nella sentenza n. 33, pur essendo confermato in generale il giudizio di disvalore nei confronti della gestazione per altri<sup>32</sup>, è stato posto l'accento sugli interessi del bambino nato tramite questa pratica nei suoi rapporti con la coppia omosessuale o eterosessuale che ha sin dall'origine condiviso il progetto genitoriale, culminato con la sua nascita in uno Stato in cui la maternità surrogata non è vietata, per poi portarlo in Italia e prendersene cura quotidianamente. Al riguardo ha asserito senza esitazione che l'interesse di tale bambino è di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che già di fatto lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia. E ciò in quanto queste relazioni per un verso costituiscono parte integrante della sua identità; per l'altro, se riconosciute, assicurano in capo alla coppia la titolarità giuridica di quei doveri genitoriali funzionali all'interesse del minore.

Ha aggiunto inoltre la Corte che detto interesse del minore non si può ritenere soddisfatto dal riconoscimento dello *status filiationis* solo nei confronti del genitore biologico. Infatti ove il minore nasca e cresca nell'ambito di un nucleo familiare composto da due persone che esercitano congiuntamente la responsabilità genitoriale nei suoi confronti, avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i genitori.

Tuttavia è stato precisato come tale interesse del bambino non possa essere considerato automaticamente prevalente rispetto allo scopo legittimo perseguito dal nostro ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, dovendo essere bilanciato con questo sulla base del criterio di proporzionalità<sup>33</sup>. Proprio la delicatezza di un simile bilanciamento impone che esso sia compiuto dal legislatore, al quale deve essere lasciato un margine di manovra nell'individuazione della soluzione di maggior equilibrio tra i diritti e i principi in gioco.

In ambedue le pronunce, dunque, la Corte costituzionale ha accertato un *vulnus* di tutela del preminente interesse del minore, *vulnus* che funge da fundamenta su cui la stessa Corte ha costruito in entrambe il severo monito rivolto al legislatore di intervenire celermente fornendo dei mezzi in grado di soddisfare adeguatamente le istanze di tutela del minore.

Il monito si modella diversamente nelle due decisioni.

Invero nella n. 32 rispetto alla omogenitorialità femminile ha suggerito al legislatore diverse soluzioni prospettabili, quali la modifica della L. n. 40/2004 ovvero la modifica delle norme del Codice civile disciplinanti il riconoscimento dei figli o, ancora, la modifica dell'adozione in casi particolari valorizzando l'interesse del minore.

Nella n. 33, invece, con riguardo alle ipotesi di nati a seguito di GPA, pur qualificando l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della L. n. 184/1983 come l'unico mezzo al momento praticabile per il riconoscimento del rapporto di filiazione esistente tra minore e genitore intenzionale, tuttavia non ha trascurato di rilevare i limiti insiti nella sua attuale disciplina, tra i quali la necessità del previo consenso del genitore biologico.

31 Si tratta della posizione assunta dalla Corte Edu nelle sentenze gemelle del 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia e Labasse c. Francia*, confermata successivamente in più decisioni tra cui si menzionano, a titolo esemplificativo, il parere consultivo reso dalla Grande Camera il 10 aprile 2019, le pronunce adottate il 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, e il 12 novembre 2020, *H. c. Francia*. Tali decisioni sono consultabili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>. Sul punto, v. C. Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 15 luglio 2014.

32 Emblematica al riguardo la sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272, in cui la Consulta ha affermato che la maternità surrogata "(...) offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane." La pronuncia è reperibile in *Il Foro italiano*, 2018, 1, p. 21 ss., con nota di G. Casaburi, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*.

33 Per un'analisi critica della posizione assunta dalla Consulta nella sentenza n. 33 v. M. C. Venuti, *Diritti dei figli vs. Genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, 4, p. 949 ss.



La Corte costituzionale, quindi, pur non invadendo il perimetro di competenza del legislatore nella materia in esame, ha indicato al legislatore le direttrici da seguire, risultando tale *modus operandi* del giudice delle leggi espressione del doveroso e costruttivo dialogo tra i poteri dello Stato<sup>34</sup>.

#### 4. La giurisprudenza di merito successiva

Naturalmente il piano della relazione tra Corte costituzionale e legislatore non è sovrapponibile a quello tra la medesima Corte e i giudici comuni.

Invero, come evidenziato dalla Consulta nella celebre sentenza n. 347/1998, nelle more dell'intervento legislativo, proprio i giudici sono tenuti a rintracciare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi diritti costituzionalmente coinvolti, garantendo comunque il rispetto della dignità della persona<sup>35</sup>.

Ed infatti all'indomani delle sentenze nn. 32 e 33 si sono già registrate alcune pronunce della giurisprudenza di merito che, proprio facendo leva sugli approdi raggiunti dal giudice delle leggi, hanno accordato tutela a figli di coppie omogenitoriali.

Con riferimento ai nati nell'ambito di un progetto di PMA di tipo eterologo da coppia omogenitoriale femminile, di estremo interesse appare il decreto reso dalla Corte d'Appello di Cagliari, prima sezione civile, il 16 aprile 2021<sup>36</sup>.

In questo provvedimento il giudice di secondo grado ha sottolineato come nella sentenza n. 32 l'Alta corte non ha censurato le posizioni adottate in via provvisoria dal formante giurisprudenziale per presidiare il miglior interesse del minore in fattispecie con tali caratteristiche né si è schierata a favore di alcun orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità sviluppatosi al riguardo; ha evidenziato, inoltre, come sia emersa la necessità, in attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, di dare piena salvaguardia ai nati a seguito di pratiche di PMA al di fuori dei casi consentiti *ex lege*. Per assicurare detta protezione, a parere della Corte d'Appello, è obbligatoria un'interpretazione costituzionalmente conforme della L. n. 40/2004, in particolare degli artt. 8 e 9, che permette di scindere il profilo di illiceità della tecnica di PMA concretamente utilizzata da quello di tutela dell'interesse del minore, imponendo di riconoscere come genitori i due membri della coppia che abbiano espresso il consenso. Partendo da queste premesse il giudice di secondo grado ha ammesso il riconoscimento del legame genitoriale tra il minore e la madre affettiva e, conseguentemente, ha confermato la bontà dell'annotazione dell'ufficiale di stato civile nell'atto di nascita anche della madre intenzionale<sup>37</sup>.

Relativamente, invece, ai nati nell'ambito di un progetto di maternità surrogata portato avanti da coppia omogenitoriale maschile, è da segnalare la posizione assunta dal Tribunale di Milano nel decreto del 23 settembre 2021. Il giudice di merito, qui, ha ordinato l'integrale trascrizione di un atto di nascita formato all'estero riguardante un nato a seguito di GPA indicante due padri, partendo dalla constatata inadeguatezza sottolineata nella sentenza n. 33 della Corte costituzionale dell'adozione in casi particolari a fungere da strumento di piena tutela del preminente interesse del minore nato in questi contesti alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all'estero. Dunque ha ritenuto la trascrizione dell'atto di nascita validamente formato all'estero - in quanto conforme a legge nel paese natio del minore - la soluzione più idonea a garantire l'interesse del minore alla continuità e stabilità del suo *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori.

34 Optando per tale via, infatti, la Corte costituzionale ha evitato il rischio, paventato da una parte della dottrina, di alimentare "un diritto che si affida ai principi e clausole generali a contenuto altamente flessibile ed espansivo[.....] [che] potrebbe dar luogo, oltre che a veri e propri abusi, anche e soprattutto a pericolose, per quanto involontarie, discriminazioni e così compromettere un principio cardine di civiltà giuridica quale quello della uniforme applicazione del diritto": V. Scalisi, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1, p. 128.

35 Corte costituzionale, 26 settembre 1998 n. 347, in *Foro italiano*, 1998, 1, p. 3042.

36 La peculiarità del caso oggetto della pronuncia *de qua* riguarda il fatto che inizialmente la madre biologica e la madre intenzionale agivano in giudizio congiuntamente, richiedendo l'adozione in casi particolari del minore da parte della madre intenzionale al fine di ottenere un riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione concretamente esistente tra ella e il minore. Tuttavia nelle more del giudizio subentrava una crisi di coppia tra le due donne tale per cui la madre biologica impediva a quella intenzionale ogni rapporto con la minore e ritirava il suo consenso all'adozione non legittimante.

37 A tal riguardo, v. M. Gattuso, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 5 maggio 2021; M. Petronelli, *Minori nati a seguito del ricorso all'estero alla PMA eterologa: quali tutele?*, in *Il Familiarista*, <https://ilfamiliarista.it>, 24 settembre 2021.

## 5. Gli approdi ermeneutici della Cassazione

Per quanto riguarda la Cassazione, in un primo momento il suo orientamento è apparso impermeabile agli approdi raggiunti dalla Consulta. Invero da una lettura sinottica delle sentenze del 23 agosto 2021 n. 23319, 23320 e 23321 emerge come in tali decisioni il giudice di legittimità ha continuato a delimitare i casi in cui è possibile il riconoscimento del figlio nato da una coppia omosessuale con tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo da parte del genitore intenzionale. Invero nelle menzionate pronunce è stato confermato il divieto di rettificazione dello stato civile nel caso di nascita in Italia; la sua praticabilità, invece, nel caso di atto di nascita estero, basando ancora il distinguo sulla diversa nozione di ordine pubblico nazionale e internazionale<sup>38</sup>.

Purtuttavia, in un secondo momento, si è assistito ad un cambio di rotta. Infatti la Prima Sezione della Cassazione, riprendendo il giudizio avente ad oggetto la fattispecie sulla quale si è espressa la Corte costituzionale con la pronuncia n. 33 e allineandosi con la posizione ivi assunta, con l'ordinanza interlocutoria n. 1842/2022<sup>39</sup> ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Secondo il giudice di legittimità, invero, in seguito alla sentenza n. 33 del giudice delle leggi si è creato un vuoto nel sistema che, in assenza di un intervento del legislatore, deve essere colmato dalle Sezioni Unite attraverso una nuova *linea interpretativa* in grado di tutelare il minore, considerando non più abbracciabile il precedente indirizzo delle stesse Sezioni Unite<sup>40</sup>.

Nell'ordinanza viene proposta la delibazione della sentenza straniera quale strumento normativo esistente utilizzabile per fornire una risposta coerente con gli approdi della Consulta. Invero si ritiene che la delibazione – purché venga adoperata senza una predeterminata e astratta prevalenza dei diritti del nato o della tutela della dignità della donna, ma mediante un loro bilanciamento basato sui principi di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza - consenta di valutare caso per caso la portata elusiva del comportamento dei richiedenti in una logica di verifica concreta del conflitto con l'ordine pubblico del divieto di maternità surrogata, considerando il polimorfismo della GPA e dando rilievo al legame già istauratosi effettivamente tra il genitore intenzionale e il minore, nell'ottica di soddisfare il suo migliore interesse.

Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, le quali si sono espresse il 30 dicembre 2022 con la sentenza n. 38162<sup>41</sup>, sostenendo, *in primis*, che diversamente da quanto asserito dal rimettente, la pronuncia n. 33/2021 della Corte costituzionale non ha comportato alcun vuoto normativo - come dimostrato dalla sua natura di decisione di inammissibilità-monito, non di illegittimità costituzionale -, essendosi limitata l'Alta corte ad invitare, seppur severamente, il legislatore ad individuare nuove soluzioni che ponderino i valori fondamentali in gioco in modo da tutelare in maniera piena lo *status filiationis* dei nati da maternità surrogata, trattandosi di una materia di "*particolare rilevanza etico-sociale*" riservata alla discrezionalità del formante legislativo, cui è affidato il ruolo di

38 Sul punto, v. G. Montalcini, *Genitore sociale: sì alla trascrizione dell'atto straniero di riconoscimento di un minore da parte della madre intenzionale*, in *Il Familiarista*, <https://ilfamiliarista.it>, 28 ottobre 2021; S. Mendicino, *Trascrivibilità dell'atto di nascita: fecondazione assistita e diritti dei minori*, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 161, p. 7 ss.

39 L'ordinanza è consultabile in *Famiglia*, 2022, 2, p. 235 ss. con nota di R. Trezza, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*; v. anche A. Morace Pinelli, *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, in *Famiglia*, 2022, 3, p. 437 ss.

40 Il Collegio si riferisce alla pronuncia della Corte di Cassazione, sezioni unite civili, 8 maggio 2019 n. 12193, nella quale hanno asserito da un lato che il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della L. n. 40/2004 – rappresentando un principio di ordine pubblico, in quanto volto a tutelare la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione - funge da ostacolo insormontabile alla riconoscibilità del provvedimento straniero in cui viene riconosciuto il rapporto di filiazione tra un minore nato in seguito a maternità surrogata e il genitore intenzionale; dall'altro che il ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore d'affetto sia il mezzo idoneo a salvaguardare il nato tramite tale tecnica. La sentenza è consultabile in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2019, 4, p. 1225.

41 La decisione delle Sezioni Unite è reperibile, tra l'altro, in *Famiglia e diritto*, 2023, 5, p. 408 ss., con nota introduttiva di M. Sesta e note di G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*; M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n.230*; A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*. V. anche G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2023, 2, p. 377 ss.; M. C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162 in Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it> 27 giugno 2023; S. Patti e M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *Rivista Famiglia*, <https://www.rivistafamiglia.it/>, 21 marzo 2023.

“portavoce” della coscienza sociale. Il Supremo Collegio, ponendosi sulla stessa linea del giudice delle leggi, ha ricordato come la “*giurisprudenza non è fonte del diritto*”, non potendosi sostituire al legislatore, ma dovendo dialogare con esso in virtù del principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, al fine di rintracciare il miglior bilanciamento tra gli interessi fondamentali.

Tuttavia la Cassazione ha affermato che, perdurando l’assenza di un intervento normativo regolatore della questione, nei casi concreti il compito di salvaguardare i bambini nati tramite gestazione per altri è affidato ai giudici comuni, chiamati a seguire le chiare direttrici fornite dalla Consulta nella sentenza n. 33/2021, ossia la riscontrata parziale inadeguatezza dell’adozione in casi particolari a garantire i diritti dei minori e l’impraticabilità del riconoscimento *ab initio* della genitorialità intenzionale nelle fattispecie di nascita da una madre surrogata.

## 6. Il punto di vista delle Sezioni Unite

A partire dalle indicazioni date dalla Suprema Corte, sembra opportuno soffermarsi sugli argomenti posti a fondamento della pronuncia delle Sezioni Unite.

Per quanto riguarda la questione dell’adozione in casi particolari, il Collegio ha, innanzitutto, sottolineato come non si possa tralasciare il superamento di uno degli aspetti di maggiore criticità ravvisato dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 33/2021, consistente nella mancata instaurazione di alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante stabilita all’art. 55 L. n. 184/1983 mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, c.c., venuto meno a seguito della sentenza n. 79 del 2022 della medesima Corte, con cui è stato eliminato tale impedimento, dichiarandosi l’illegittimità costituzionale della parte di questa disposizione che lo prevedeva<sup>42</sup>. Conseguentemente, “*in applicazione del principio di unità dello stato di figlio e secondo un approccio teso a considerare unitariamente filiazione e adozione*”, si instaurano relazioni di parentela piena tra l’adottato e i parenti dell’adottante anche nelle ipotesi di adozione in casi particolari.

Tuttavia pare opportuno evidenziare come ciò non elimini del tutto le differenze di ordine giuridico tra adozione legittimante e adozione in casi particolari. Infatti basti ricordare che la genitorialità nella prima risulta “piena”, acquistandosi retroattivamente, a partire dall’atto di nascita dell’adottato; nella seconda appare senza dubbio limitata, essendo attribuita all’adottante dalla data della pronuncia dell’adozione con efficacia *ex nunc* e potendo essere, anche se in casi eccezionali, revocata su richiesta dell’adottante, dell’adottato o del PM<sup>43</sup>.

Per quanto attiene, poi, all’inidoneità dell’effetto ostativo del dissenso del genitore biologico rispetto alla costituzione del rapporto adottivo di cui all’art. 46 della L. n. 184/1983, viene sostenuto che tale dissenso debba “*essere valutato sotto il profilo della conformità all’interesse del minore*”. A detta del giudice di legittimità, infatti, attraverso la lettura sinottica e costituzionalmente conforme degli artt. 46 e 57 della L. n. 184/1983 - in forza dei quali il giudice deve verificare l’effettiva rispondenza dell’adozione particolare al preminente interesse del minore -, il mancato consenso alla costituzione del rapporto di filiazione adottiva del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può esprimere un “*volere meramente potestativo*”, ma deve risultare funzionale all’interesse del minore. Pertanto, il suo mancato assenso sarebbe giustificato solo ove il *partner* richiedente l’adozione non abbia in realtà stabilito alcun rapporto affettivo con il nato, essendosi limitato a condividere il progetto procreativo, ma avendo poi abbandonato il minore e il compagno; qualora, al contrario, esista un “*legame esistenziale*” tra il genitore intenzionale e il minore, il rifiuto non potrebbe essere legittimato dalla rottura della relazione tra genitore d’affetto e genitore biologico né potrebbe dipendere dal mero arbitrio di quest’ultimo. Questo distinguo operato dalla Cassazione non appare condivisibile poiché si reputa non ponga adeguato rilievo all’importanza del consenso prestato alla realizzazione del progetto procreativo.

Infatti, come sostenuto in dottrina e da una parte della giurisprudenza di merito, nell’ambito della procreazione artificiale il principio della volontà dovrebbe assiomaticamente fungere da guida a soste-

42 La pronuncia della Corte costituzionale è consultabile in *Famiglia*, 31 marzo 2022 con nota di M. Picchi, *Maternità surrogata e status filiationis del bambino adottato dal genitore non biologico*. V. anche F. Zanovello, *Identità del minore adottato in casi particolari e riconoscimento giuridico dei legami familiari* (C. cost. n. 79 del 2022), in *Studium Iuris*, 2022, 7-8, p. 813 ss.

43 Così M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell’adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230, cit.*, p. 445. Al riguardo v. anche L. Sacchetti, *Commentario dell’adozione e dell’affidamento*, Maggioli Editore, 1986, pp. 337; 341.

gno dell'ermeneuta per la risoluzione dei casi sottoposti al suo esame<sup>44</sup>. Conseguentemente, si ritiene che il giudice di legittimità, una volta eletto l'istituto dell'adozione in casi particolari quale mezzo idoneo a garantire il riconoscimento dello stato filiare tra nato e genitore d'intenzione nelle ipotesi di GPA, avrebbe dovuto perlomeno interpretarlo e applicarlo alla luce di siffatto principio, conferendo la dovuta attenzione alla coincidenza tra il momento di manifestazione del consenso a detta pratica da parte del genitore intenzionale della coppia e il momento in cui questo ha espresso la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del minore. Pertanto si sarebbe dovuto almeno affermare che ove si riscontri tale consenso a monte, a prescindere sia dal dissenso o meno del genitore biologico sia dall'effettiva sussistenza di un "legame esistenziale" tra il genitore intenzionale e il nato, in via generale si è tenuti ad optare per l'accoglimento della richiesta di adozione in casi particolari avanzata dal genitore d'intenzione proprio nell'interesse del minore, professato dalla stessa Corte. Invero in tal modo a quest'ultimo si garantirebbero, seppur con i limiti insiti in siffatto istituto, il diritto alla bigenitorialità in una con l'adempimento dei doveri genitoriali da parte di entrambi gli adulti che hanno scelto di metterlo al mondo.

Il Supremo Collegio ha evidenziato, invece, come tra i profili strutturali problematici dell'adozione in casi particolari che permangono rispetto alla garanzia piena del nato emerge l'impossibilità per il minore di richiedere la costituzione del rapporto di filiazione con il genitore non biologico mediante l'adozione nel caso in cui il genitore intenzionale abbia partecipato al progetto procreativo assumendosi la responsabilità della sua nascita, ma non abbia poi voluto dare rilievo giuridico al rapporto con il nato, e ciò in quanto tale istanza non può essere promossa dall'adottando.

Questa constatazione solo superficialmente trattata dalla Corte, al contrario avrebbe dovuto rappresentare il punto nevralgico per la soluzione della questione giuridica in esame. Infatti osservandola con un approccio paidocentrico - professato, ma di fatto non seguito dal giudice di legittimità -, la ribadita impossibilità per il minore nato tramite GPA di utilizzare lo strumento dell'adozione in casi particolari al fine del riconoscimento del suo rapporto di filiazione con il genitore intenzionale mostra palesemente l'attuale assenza nel nostro ordinamento di un mezzo in grado di salvaguardare in via diretta il soggetto più debole della vicenda in questione, ossia il minore, sostanzialmente facendo dipendere l'attribuzione del suo *status* filiare nei confronti del genitore intenzionale dalla sua scelta arbitraria di richiedere l'adozione in casi particolari<sup>45</sup>. Ove il genitore intenzionale rimanga inerte, infatti, diverse potranno essere le conseguenze pregiudizievoli subite dal minore, quali ad es. l'impossibilità di pretendere dal primo il diritto al mantenimento nel caso di rottura del legame con il genitore biologico o di divenire suo erede.

Secondo la Corte, nonostante questi rilievi, non si dovrebbe comunque optare per l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale accertata all'estero, essendo necessario rintracciare nel sistema uno strumento che permetta di verificare in concreto, caso per caso, la conformità del riconoscimento alla piena tutela dell'interesse del minore.

Pertanto – alla luce delle considerazioni suindicate - viene qualificata l'adozione in casi particolari, così come oggi regolata, uno "strumento potenzialmente adeguato" a tutelare giuridicamente il nato tramite maternità surrogata in linea con i principi convenzionali e costituzionali, in attesa di un eventuale intervento legislativo in materia.

Per quanto riguarda, invece, il mancato riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero che accerta il rapporto di filiazione anche con il genitore intenzionale, viene affermato che tale rifiuto si fonda sul contrasto con l'ordine pubblico internazionale. Invero, ad avviso del giudice di legittimità, l'art. 12, comma 6, della L. n. 40/2004 – secondo cui è reato ogni forma di maternità surrogata, sanzionando tutti i soggetti coinvolti, inclusi i genitori intenzionali - ha natura di norma di ordine pubblico internazionale, dimostrata dal carattere penale della sanzione, che è stata prevista dal legislatore per salvaguardare il valore fondamentale della dignità della donna, violata dalla surrogazione di maternità. A parere del giudice nomofilattico la disposizione *de qua* fungerebbe da argine all'utilizzo del corpo della donna per esaudire il desiderio di genitorialità, *altrimenti irrealizzabile*. Viene sostenuto che

44 Così M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, cit., p. 23; v. anche Id., *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 5 luglio 2018; Id., *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione Giustizia*, <http://questionegiustizia.it>, 16 gennaio 2018; M. C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente*, in questa *Rivista*, 2018, 1, pp. 85 ss; S. Stefanelli, *Procreazione e diritti fondamentali*, in *La filiazione e i minori*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. IV, UTET, 2018, pp. 134 ss. e 171 ss.; P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè, 2011, pp. 3 ss.

45 Sul punto v. M.C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., p. 21.



rispetto a questa pratica l'intento del nostro legislatore è stato quello di proteggere la dignità della donna nella sua dimensione oggettiva, non in quella soggettiva, non fungendo da *discrimen* il titolo gratuito o oneroso a cui viene resa né le condizioni economiche della gestante né la sussistenza di modalità tali da assicurare che la scelta di sottoporsi alla pratica in questione sia stata libera e consapevole.

Dunque, in base a detta lettura, nel nostro sistema viene vietata qualsiasi forma di surrogazione di maternità, perché solo tramite delle maglie così estese il citato divieto può presidiare la dignità della gestante e impedire preventivamente che ci si approfitti di donne in condizioni di fragilità.

Per queste ragioni, quindi, le Sezioni Unite non hanno abbracciato la soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione della non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione o delibazione di sentenze di ordinamenti stranieri in cui la surrogazione di maternità è lecita, gratuita nonché frutto di una scelta libera e consapevole.

La ribadita qualificazione da parte della Cassazione dell'art. 12 della L n. 40/2004 quale norma costituente l'ordine pubblico internazionale non appare condivisibile. Infatti tale disposizione rientra tra quelle fonti di rango primario che, come osservato puntualmente da attenta dottrina, *certamente devono[dovrebbero] essere coerenti con i sovraordinati dettami costituzionali, ma questo non significa per ciò stesso che esprimano principi indefettibili dell'ordinamento italiano*<sup>46</sup>. Invero il divieto assoluto di ricorrere alla GPA contenuto nella norma in esame rappresenta il risultato di una scelta discrezionale, non già costituzionalmente vincolata, del legislatore, essendo eleggibili dallo stesso altre opzioni, egualmente conformi a Costituzione, che prevedono il restringimento dell'area di illiceità di detta pratica, come si approfondirà in seguito. Senza tralasciare il fatto che la gestazione per altri costituisce una materia strettamente legata ai cambiamenti socio-culturali, la cui disciplina è fisiologicamente mutevole.

La Cassazione ha, poi, ricordato come contribuisce a costruire l'ordine pubblico internazionale anche il *best interest of the child*, il quale - pur non ponendosi in una posizione di tirannia rispetto al valore della dignità della persona - assume un *ruolo centrale e preminente*, tale per cui pretende che sia presidiata la tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con il genitore intenzionale. Ciò viene garantito dall'adozione in casi particolari, la quale permette che acquisti rilievo giuridico il rapporto di filiazione esistente tra il minore nato da GPA e il genitore d'affetto.

Questo valore viene ritenuto, al contrario, non tutelabile tramite la trascrizione del provvedimento giudiziario straniero che riconosce la genitorialità intenzionale, e ciò per tre ordini di ragioni.

*In primis* perché riconoscere *ab origine* attraverso la trascrizione o la delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità lo stato di figlio del nato mediante la maternità surrogata anche verso il "committente" non biologico significherebbe considerare sostanzialmente legittima una tecnica lesiva della dignità della donna.

*In secundis* poiché il desiderio di genitorialità non legittima un diritto alla genitorialità che include anche il *quomodo*. Al riguardo viene sottolineato che gli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 - secondo cui il consenso del soggetto che non contribuisce biologicamente all'evento procreativo nella fecondazione eterologa fa sorgere la responsabilità genitoriale nei confronti del nato e fonda il rapporto di filiazione tra i due - non si applicano ai casi di nati da surrogazione di maternità, rispetto ai quali non viene conferita *ex lege* automatica rilevanza alla volontà del committente non biologico di condividere il progetto genitoriale.

Infatti si reputa che l'acquisto della genitorialità non si debba fondare sulla scelta degli adulti, ma sulla verifica concreta dell'esistenza di un rapporto di cura e affetto intercorrente tra il genitore d'intenzione e il bambino, rapporto che, ove esistente, corrisponde al suo migliore interesse.

Per tali ragioni l'adozione in casi particolari viene eletta quale strumento idoneo a rintracciare la soluzione ottimale per il minore nei casi di maternità surrogata, in quanto permette di verificare caso per caso da un lato se effettivamente il partner del genitore biologico non si è limitato a condividere il progetto procreativo, ma ha contribuito e continua a contribuire alla sua esecuzione, avendo costruito col minore un legame di cura e affetto costante; dall'altro se questo rapporto risponde effettivamente al migliore interesse del minore e, quindi, debba essere riconosciuto giuridicamente.

Viene precisato come questa valutazione si debba porre in essere senza considerazioni relative all'orientamento sessuale, essendo rimarcata la totale irrilevanza dell'orientamento sessuale del richie-

46 Così M. C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., p. 4.

dente l'adozione rispetto alla verifica della sua capacità genitoriale – in linea con quanto ribadito più volte dalla Cassazione<sup>47</sup>, dalla Corte costituzionale<sup>48</sup>, dalla Corte Edu<sup>49</sup> e dalla Corte di giustizia Ue<sup>50</sup> –.

Aderendo, poi, espressamente alla concezione dottrinale dell' "arcipelago di famiglie" che caratterizza l'attuale diritto di famiglia, il giudice nomofilattico ha puntualizzato come oggi la filiazione funga da "collante di diverse comunioni di affetti", corrispondendo allo stato unico di figlio differenti modelli familiari normativi o sociali.

Come comprova della bontà della soluzione dell'adozione in casi particolari rispetto alla questione di cui si discute, viene sottolineata la sua conformità con la giurisprudenza della Corte Edu<sup>51</sup>, secondo cui relativamente alle modalità di riconoscimento del legame tra il nato da GPA e il genitore d'intenzione a ogni ordinamento è lasciato un margine di discrezionalità, purché venga comunque garantita la sua *concreta possibilità*. Tra queste viene inclusa l'adozione del minore da parte del genitore d'affetto, a patto che permetta effettivamente l'istaurazione di un vero e proprio rapporto di filiazione tra adottante e adottato in tempi celeri, in conformità con l'interesse superiore del minore.

Dunque, in definitiva, le Sezioni Unite nel ribadire che l'ordinamento italiano vieta la maternità surrogata, hanno confermato la conseguentemente inammissibilità della trascrizione o della delibazione del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione tra genitore d'intenzione e nato da maternità surrogata, *ma senza voltare le spalle* al minore<sup>52</sup>, garantendogli il riconoscimento di tale legame mediante l'istituto dell'adozione in casi particolari.

## 7. Riflessioni critiche sulla soluzione del giudice di legittimità

Come già anticipato nei passaggi precedenti, la soluzione eletta dal giudice di legittimità non si rivela appagante. Infatti l'adozione in casi particolari non appare in grado di salvaguardare i minori in maniera equivalente al riconoscimento a monte del rapporto bigenitoriale nell'atto di nascita. In particolare si ritiene che il giudice di legittimità sia giunto ad affermare la potenziale adeguatezza di detto istituto alla tutela del nato tramite GPA plasmando il presupposto del consenso del genitore biologico oltre il senso voluto dal legislatore, ossia oltrepassando le maglie del dato normativo. Questo sforzo ermeneutico ultra testuale mostra proprio l'inidoneità di questo strumento - così come attualmente delineato - a supplire alla trascrizione automatica dell'atto di nascita straniero o alla formazione di quello interno nelle fattispecie in esame e, quindi, la sua incapacità a garantire effettivamente il *best interest of the child* al riconoscimento giuridico del suo rapporto con il genitore intenzionale, interesse che lo stesso Supremo Collegio nella pronuncia n. 38162/2022 ha qualificato come principio costituente l'ordine pubblico internazionale.

Inoltre non si comprende la *ratio* sottesa all'asserito nesso biunivoco tra la condotta antiggiuridica dei genitori e la presunta incapacità genitoriale del genitore d'affetto, sostenuto dalle Sezioni Unite, come fondamento del necessario controllo pretorio *ex ante* e caso per caso della idoneità del genitore intenzionale ad assumere la veste giuridicamente rilevante di cogenitore.

Sul punto sembra opportuno ricordare che persino nel caso in cui il genitore sia condannato per il reato di sottrazione di minore all'estero, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'auto-

47 Il giudice nomofilattico menziona le decisioni Corte di cassazione, prima sezione, 11 gennaio 2013 n. 601, reperibile in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 12 gennaio 2013; Corte di cassazione, prima sezione, 2 giugno 2016 n. 12962 visionabile in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it>, 22 giugno 2016; Corte di cassazione, sezioni unite, 31 marzo 2021 n. 9006 consultabile in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 31 marzo 2021 con nota di S. Celentano, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*.

48 Le Sezioni Unite citano il giudizio della Corte costituzionale, 4 novembre 2020 n. 230, disponibile in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2020, 6, p. 2760 ss. con nota di A. Apostoli, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*.

49 La Corte di cassazione richiama le pronunce della Corte Edu, 12 luglio 2001, *K. E T. c. Finlandia*; 22 novembre 2022, *D. B. e altri c. Svizzera*, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Corte Edu [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

50 Il Supremo Collegio fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, disponibile sul sito istituzionale del giudice di Lussemburgo <https://curia.europa.eu>.

51 La Corte evoca la sentenza del giudice di Strasburgo del 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, consultabile sul sito istituzionale della Corte [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

52 Così afferma la Corte di cassazione a p. 61 della decisione.

matica sospensione della sua responsabilità genitoriale<sup>53</sup>. Infatti la Consulta ha affermato che il giudice penale deve controllare *ex post* e caso per caso la corrispondenza di siffatta sospensione all'interesse del figlio, sottolineando come lo Stato debba salvaguardare in via preminente l'interesse del minore alla bigenitorialità "rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale"<sup>54</sup>.

Si ricorda, altresì, come in via generale l'ordinamento non stabilisce alcun controllo preventivo relativo alla capacità genitoriale, apprestando - al contrario - un'apposita rete predisposta al controllo eventuale e successivo alla nascita del figlio, composta dal Tribunale per le famiglie e dagli operatori psico-sociali e dell'area educativa.

Come efficacemente puntualizzato da attenta dottrina, l'ontologica non sovrapposibilità della GPA all'adozione conduce ad escludere la necessità di un previo accertamento della capacità genitoriale della coppia che ricorre a tale tecnica procreativa, potendo, al contrario, prevedersi, come avviene ad es. in California, l'attitudine ad affrontare la complessa vicenda della gravidanza per altre<sup>55</sup>.

I risultati di questo approccio esegetico eletto dalla Cassazione appaiono fortemente disallineati rispetto non solo ai principi costituzionali - in particolare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e all'art. 30 Cost. relativamente ai figli -, ma anche alle direttrici sovranazionali.

Infatti sia la Cedu agli artt. 8 e 12, sia la CDFUE all'art. 9 qualificano il diritto al rispetto della vita familiare e al riconoscimento dello *status* derivante dall'appartenenza ad una famiglia quali diritti fondamentali da garantire a tutti i membri della famiglia, inclusi i minori, a prescindere dalla nascita e dal modello familiare in cui sono inseriti. La Corte Edu, in particolare, in un celebre caso di riconoscimento dello *status filiationis* di un nato grazie al ricorso alla maternità surrogata riguardante l'Italia ha affermato che la normativa domestica contrasta con l'art. 8 Cedu, poiché non salvaguarda adeguatamente l'interesse del minore a vivere nella propria famiglia, anche ove trattasi di famiglia di fatto<sup>56</sup>.

La Grande camera della Corte Edu in un parere consultivo richiesto dalla Corte di cassazione francese ha incluso tra i valori fondamentali garantiti all'art. 8 Cedu il diritto del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale, sottolineando come gli Stati che non ammettono la trascrivibilità del provvedimento straniero attestante tale relazione, debbano comunque fornire degli strumenti giuridici in grado di tutelare in maniera tempestiva ed efficace il nato, individuando tra questi anche l'adozione da parte del genitore d'affetto<sup>57</sup>. Purtroppo in una recente pronuncia il giudice di Strasburgo<sup>58</sup> ha asserito che quest'ultimo rimedio è possibile solo se garantisce celermente il riconoscimento del rapporto intercorrente fra il genitore non biologico e il minore, subendo altrimenti il bambino una condizione di incertezza giuridica rispetto alla sua identità sociale, in contrasto con il *best interest of the child*. Nella stessa decisione è stato chiarito come rispetto ai nati mediante GPA gli Stati sono tenuti a perseguire quale obiettivo primario la loro tutela, dovendo risultare soccombente lo scopo di punire la condotta non rispettosa del divieto penale del ricorso alla GPA.

La Corte di giustizia Ue, ponendosi sulla stessa linea, ha affermato recentemente che, affinché siano rispettati i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 24 CDFUE, al minore deve essere assicurata la conservazione del rapporto sussistente col genitore intenzionale "nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati Membri", non potendo esserne privato in ragione dell'omosessualità dei suoi genitori<sup>59</sup>.

53 Si tratta della sentenza della Consulta del 29 maggio 2020 n. 102, consultabile in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2020, 3 con nota di G. Matucci, *Cecità della legge e interesse concreto del minore. Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale*, p. 1228 e ss.

54 Sul punto v. M. C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., pp. 6-7;10.

55 Così M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 9.

56 Si tratta del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, oggetto della sentenza della Corte Edu, 27 gennaio 2015, reperibile, tra l'altro, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 9, p. 828 ss. con nota di A. Schuster, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*.

57 Si fa riferimento al parere consultivo della Grande camera della Corte Edu del 10 aprile 2019 n. P16-2018-001, consultabile sul sito istituzionale della Corte [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Per un'analisi dettagliata del parere, v. M. Gattuso, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, 6 maggio 2019.

58 Così la pronuncia della Corte Edu, 22 novembre 2022, *D. B. e altri c. Svizzera*, reperibile sul sito istituzionale della Corte [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

59 Si riporta la decisione della Corte di giustizia del 14 dicembre 2021, causa C- 490/2020, *V. M. A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, reperibile sul sito <https://curia.europa.eu/>.

Da ultimo la Commissione europea ha adottato lo scorso dicembre una proposta di regolamento volta ad armonizzare a livello dell'UE le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione. Tale proposta, muovendo dalla preminenza dell'interesse superiore dei minori, ha ad oggetto l'istituzione di un certificato unico europeo di filiazione, che avrebbe la funzione di facilitare il riconoscimento dello *status filiationis* sorto in uno Stato membro in conformità alla normativa ivi vigente all'interno dell'Unione, in quanto verrebbe rilasciato "per essere utilizzato in un altro Stato membro"<sup>60</sup>.

Relativamente alla posizione assunta dal giudice di legittimità riguardo alla maternità surrogata, invece, si ha la sensazione che la Suprema Corte faccia, così come la Corte costituzionale nel 2017, "di ogni erba un fascio"<sup>61</sup>.

Infatti in entrambe le pronunce il formante giurisprudenziale sembra non conferire alcun rilievo, sotto il profilo causale, alla fondamentale distinzione tra la gestazione per altri posta a titolo oneroso e quella effettuata a titolo gratuito, riducendo le due *species* ad *unicum*.

Al contrario, a parere di chi scrive, sarebbe doveroso considerarle separatamente, in virtù della diversa causa che le connota.

Invero la gestazione per altri resa a titolo oneroso si ritiene trovi la sua causa nello scambio tra la prestazione della gestante e il denaro o altra utilità corrisposti dalla coppia "committente". L'onerosità di tale scambio induce a propendere per il carattere illecito della funzione economica-sociale lucrativa perseguita dal negozio *de quo*, in ragione del dubbio che mediante lo stesso si sviliscano il corpo della donna e del nato a meri beni commerciabili per esaudire il desiderio di genitorialità altrui<sup>62</sup>. Chi scrive è consapevole delle diverse opinioni dottrinali al riguardo, le quali, al contrario, ammettono la forma di GPA lucrativa. Secondo attenta dottrina, segnatamente, lo scambio, così come avviene in altri ambienti, non esclude la solidarietà e al contempo può rappresentare per la gestante un modo plausibile per raggiungere l'emancipazione economico – sociale. Tale posizione ermeneutica, inoltre, sottolinea che, in forza delle clausole generali della correttezza e giustizia, la previsione di un compenso sarebbe giustificata proprio dall'attività resa dalla gestante, permanendo comunque il suo connotato prettamente altruistico<sup>63</sup>.

Non si rintracciano, invece, margini di incertezza sulla funzione solidaristica perseguita dalla GPA a titolo gratuito, sostanziandosi in un atto altruistico della gestante a favore della coppia di aspiranti genitori, dalla quale non riceve in cambio alcun vantaggio economico, ma eventualmente il solo rimborso di quanto speso in relazione alla gravidanza<sup>64</sup>. Proprio questi tratti caratterizzanti permeano, ad avviso

60 Tale proposta di regolamento è consultabile sul sito ufficiale della Commissione europea <https://commission.europa.eu/>.

61 Tale espressione è efficacemente impiegata da G. Zagrebelsky con riferimento alla sentenza del 18 dicembre 2017 n. 272 della Corte costituzionale, in cui la Consulta ha asserito che la maternità surrogata "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane": G. Zagrebelsky, "Reato universale" quella formula ipocrita che danneggia i bambini, in *la Repubblica*, 25 maggio 2023, p. 9.

62 Sul punto si segnala che il Comitato nazionale di bioetica ha reputato la gestazione per altri a titolo oneroso "un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione". La mozione del Comitato nazionale di bioetica "Maternità surrogata a titolo oneroso" del 18 marzo 2016 è consultabile all'indirizzo <http://bioetica.governo.it>.

63 Relativamente all'ammissibilità della GPA a titolo oneroso v., tra gli altri, M.R. Marella, La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite, in *Politica del diritto*, 2023, 3, p. 381, la quale sostiene che "[I]l lavoro riproduttivo può conservare e per lo più conserva il proprio corredo di cura, di affettività, di solidarietà pur se prestato in forza di un contratto oneroso, cioè nel contesto dello scambio. Non è forse vero che le donne e gli uomini che forniscono «servizi alla persona», cioè badanti, baby-sitter, ecc., provano generalmente sentimenti di amore e protezione nei confronti delle bambine, delle persone anziane, disabili o malate di cui si prendono cura? Come chiarito definitivamente alcuni decenni fa, lo scambio non necessariamente elide la solidarietà fra le parti. Tanto più in questi casi. Perché mai allora una donna che offre i propri servizi gestazionali a chi non può diversamente procreare non dovrebbe essere gratificata dall'opportunità di mettere la propria capacità generativa al servizio del progetto procreativo altrui? Il portato emotivo positivo, insieme a una retribuzione difficilmente attingibile altrimenti, fa della GPA un'alternativa concreta, la chiave di una diversa prospettiva sociale. È in sostanza empowering, cioè tale da mettere la donna che vi accede in una posizione di maggiore potere di negoziazione dentro la propria famiglia e all'esterno di essa. Ogni argomento fondato sull'ipotesi della falsa coscienza è irricevibile"; M. Gattuso, Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino, cit., p. 19, per cui "non persuade l'impostazione che esclude del tutto ogni remunerazione [...], atteso che ove sia ragionevolmente escluso che condizioni di bisogno concretino una costrizione e dunque una limitazione alla possibilità di scelta, tenuto conto che anche le attività umane più eminentemente altruistiche tollerano una qualche forma di remunerazione, non si vede in effetti in che modo in uno Stato di diritto possa vietarsi ad una donna, in piena autonomia e libera da pressioni sociali o economiche, di realizzare una gravidanza per un'altra donna, non in grado di mettere al mondo il proprio bambino, richiedendole un qualche compenso".

64 Rispetto alla problematica sussumibilità di tale fattispecie in uno degli schemi negoziali esistenti v. G. Palmeri, *Accodi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino: CIRSD – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle



della scrivente, la causa di detto negozio, rendendola lecita e permettono di qualificare gli interessi perseguiti meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, purché il loro assetto "in concreto configurato sia in grado di garantire adeguatamente la posizione delle parti coinvolte nella relazione, i loro diritti e le loro libertà fondamentali"<sup>65</sup>.

In particolare, con riferimento alla possibile previsione di un rimborso, si reputa che lo stesso non mini la natura gratuita della GPA, ma, al contrario, possa fungere da strumento per garantire appieno la gestante. Infatti, come efficacemente asserito in dottrina, vietare del tutto un rimborso in capo alla coppia committente a favore della partoriente "in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne"<sup>66</sup>. Rispetto a cosa includere nel perimetro di detto rimborso, si condivide l'idea secondo cui, oltre alle spese sanitarie o di altro genere sostenute durante la gravidanza, debba essere ripagato il tempo che la gestante ha dedicato alla pratica procreativa<sup>67</sup>, parrendo necessario introdurre delle regole volte a disciplinare nel dettaglio questa precipua pattuizione negoziale.

Le medesime regole dovrebbero anche delineare delle misure in grado di verificare che questo rimborso non rappresenti in concreto un mezzo mediante il quale la coppia committente possa influenzare la donna aspirante gestante nella scelta di intraprendere o meno la GPA. A tal fine si potrebbero prevedere dei controlli antecedenti al perfezionamento del negozio, operati dalla Pubblica Autorità, concernenti le condizioni economiche della donna (per esempio si potrebbe verificare se, in base a tali condizioni, la potenziale gestante avrebbe diritto ai sussidi pubblici)<sup>68</sup>. Ove l'esito fosse positivo, ciò determinerebbe l'impossibilità di perfezionare il negozio.

Al contrario, ove la donna esprima pienamente e incondizionatamente la volontà di partecipare per spirito di liberalità ad un progetto di vita, ossia la GPA, non si ritiene che possa rinvenirsi una violazione della sua dignità, bensì l'esercizio della sua libertà di autodeterminarsi nell'ambito riproduttivo, costituzionalmente garantita dalla lettura sinottica degli articoli 2, 3, 31 e 32 con l'art. 13 Cost. Dunque non si comprende perché anche in tal caso si debba optare per la preclusione totale della GPA da parte del nostro ordinamento<sup>69</sup> sulla base di una sostanziale presunzione assoluta di debolezza della donna, apparendo questo approdo una diretta conseguenza di una costruzione inferiorizzante della capacità femminile<sup>70</sup> e in definitiva lesivo – e non garante – della dignità della donna<sup>71</sup>. Non si condivide, in altri termini, questa posizione netta assunta dalla Cassazione, che appare – come efficacemente sintetizzato in dottrina – "un'evidente manifestazione di nazionalismo giuridico"<sup>72</sup>, e sembra rimettere in discussione gli approdi raggiunti un quarantennio fa con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza rispetto all'autonomia decisionale femminile, emergendo tra le righe della pronuncia una presunzione di debolezza della donna tale per cui necessita di un divieto statale a monte dal carattere paternalista. In sostanza il

---

Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019, p. 62, secondo cui "[V]olere inquadrare una simile situazione in una delle categorie tradizionali della civilistica italiana risulta estremamente difficile. Del tutto inadeguato è lo schema del contratto, qualsiasi sia il tipo di riferimento evocato degli interpreti (donazione, prestazione d'opera, locazione, vendita), del tutto inadeguati sono i principi che regolano i rapporti di natura mercantile. Ma pure le figure consuete del diritto di famiglia non si prestano ad essere richiamate per la definizione delle relazioni che trovano fondamento nella gpa".

- 65 G. Palmeri, *Accodi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., p. 63.
- 66 C. Saraceno, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, 2017, 1, p. 5.
- 67 C. Saraceno, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, 2017, 1, p. 5.
- 68 M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 18.
- 69 Nello stesso senso, tra gli altri, v. U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca...e apre alla maternità surrogata*, in *Il Corriere Giuridico*, 2020, 7, p. 915; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., p. 72 ss.; L. Ronchetti, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino: CIRSD – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019, p. 119 ss. Aderisce, invece, alla soluzione delle Sezioni Unite G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2023, 5, pp. 433 ss., per il quale "qualsiasi ipotesi di maternità surrogata "onerosa" o "gratuita" che sia, ha una finalità 'egoistica', essendo preordinata soprattutto a realizzare l'aspirazione dei committenti a divenire genitori, piuttosto che a salvaguardare le prerogative della gestante e le istanze del minore coinvolto".
- 70 Così B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il 'principio del nome della madre' nella gravidanza per altri*, in S. Niccolai e E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva Costituzionale*, Jovene, 2017, p. 95.
- 71 M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 14.
- 72 Così M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, cit., p. 444.

giudice di legittimità, operando in tal modo, pare voler svolgere il ruolo di portavoce di “uno Stato che mira a circoscrivere gli spazi di apprezzamento del singolo, demandando integralmente all’ordinamento l’individuazione della portata e del contenuto di alcuni valori «prioritari» da preservare nell’interesse della società”<sup>73</sup>.

Sarebbe più opportuno, al contrario, ammettere la GPA, regolandola *ex lege* mediante una procedura statale<sup>74</sup>, che potrebbe seguire le orme di quanto stabilito con riguardo alla cessione di organi *inter vivos*. Il legislatore, invero, ha ammesso e disciplinato quest’ultima se posta in essere a titolo gratuito, vietata e sanzionata penalmente ove resa a titolo oneroso, fungendo da *discrimen* il mercimonio degli organi, assente nel primo caso, presente, invece, nel secondo<sup>75</sup>.

Infatti il legislatore dovrebbe seguire la medesima linea in tutti gli ambiti attinenti al rapporto tra atti di disposizione del corpo e diritti della personalità, incluso quello procreativo, facendo proprio il rilievo di attenta dottrina, secondo cui autodeterminazione e gratuità costituiscono oggi le fondamenta sulle quali si erge lo statuto giuridico del corpo umano, avendo queste sostituito i “due pilastri concettuali che un tempo sorreggevano l’art. 5 cod. civ., ossia a) il corpo visto come elemento esterno alla persona ed oggetto di un diritto a contenuto anche patrimoniale; b) il controllo sulla sua disposizione inteso come funzionale alla tutela di interessi sovraordinati dello Stato”<sup>76</sup>.

Del resto si ritiene che la cessione degli organi *inter vivos* e la GPA si sostanzino in atti di disposizione del corpo ruotanti attorno al bene “vita”, permettendone la prima la sua conservazione, la seconda la sua esistenza. Dunque, con riferimento a tali atti, affinché siano validi, sembrerebbe necessario garantire la libertà di autodeterminarsi, ossia di scegliere liberamente se cedere una parte del proprio corpo a, o a favore di, qualcun altro, perimetrata, però, dalla gratuità del titolo con cui si esercita. Infatti in tal modo si eviterebbe, secondo chi scrive, non solo l’inammissibile mercificazione della persona, ma anche l’approfittamento della parte cessionaria dell’eventuale stato di bisogno in cui versa quella cedente, assicurandosi così che quest’ultima manifesti la sua volontà senza alcun condizionamento.

Si potrebbe, pertanto, disciplinare *ex lege* la GPA solidaristica, prevedendosi una procedura statale caratterizzata da un sistema di controlli multivello - ossia svolti in sede amministrativa, medica, psicologica e giurisdizionale - in cui ruolo centrale dovrebbe essere assegnato al consenso informato espresso da tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, essendo indispensabile da un lato che la volontà di tali soggetti si formi sulla base di informazioni rese *ex ante* adeguatamente e chiaramente, in grado di fare comprendere appieno alla gestante e alla coppia le conseguenze di matrice sanitaria, psicologica e giuridica derivanti dalla scelta di intraprendere la GPA; dall’altro che si correli alla manifestazione di tale consenso la tutela dei due protagonisti principali di questa tecnica, ovvero la gestante e il nato.

Si potrebbe ipotizzare una modulazione differente del consenso dei soggetti partecipi. Infatti, con riferimento alla coppia di aspiranti genitori, parrebbe opportuno statuire che la libertà di procreare della coppia si esaurisce all’atto dell’effettuazione della pratica, potendosi esercitare il diritto al ripensamento fino a questo momento. Una volta iniziata la gravidanza, tale consenso dovrebbe divenire irrevocabile nell’interesse da un lato del minore - che avrebbe garantita l’assunzione della responsabilità genitoriale nei suoi confronti da parte della coppia che ha deciso di ricorrere alla GPA per realizzare il progetto procreativo -; dall’altro della gestante - su cui non graverebbe alcuna coatta responsabilità genitoriale rispetto al nato. Al contrario rispetto alla gestante si dovrebbe prefigurare la revocabilità del suo consenso analogamente a quella del consenso del donante nella donazione degli organi *inter vivos*. Infatti in quest’ultimo contesto la legge assicura la facoltà per il donatore di revocare il consenso fino all’ultimo

73 G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., p. 56.

74 Concorde alla gestione esclusiva della GPA da parte dello Stato A. Lorenzetti, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino: CIRSD - Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019, p. 148, la quale sostiene che “la gestione statale comunque presenterebbe garanzie di maggiore spessore, quanto meno nei termini di parità nell’accesso al servizio sanitario, attualmente non prevista nel ricorso a strutture straniere”.

75 Per un approfondimento sul tema v. S. Rossi, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Utet, 2012, p. 216 ss.; M. C. Venuti, *Corpo (Atti di disposizione del)*, in S. Martuccelli, V. Pescatore (a cura di), *Diritto civile*, Giuffrè, 2011, p. 493 ss.; P. Zatti, *Il governo del corpo*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, 2011; G. Salaris, *Corpo umano e diritto civile*, Giuffrè, 2007, p. 499 ss.; A. Ziino, *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in *Diritto di famiglia*, 2000, 3-4, p. 1409 ss.; B. Guidi, L. Nocco e M. Di Paolo, *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2010, 4- 5, p. 593 ss.; D. Pirilli, *Solidarietà e “dono” nei trapianti tra viventi*, in *Persone e mercato*, 2013, 2, p. 139 ss.; M. Cicoria, *Il dono. Gratuità e diffidenza negli atti di destinazione solidaristica*, De Frede, 2012; G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, Giappichelli, 2022, p. 173 ss.

76 G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Giuffrè, 2011, p. 844.

istante prima dell'intervento chirurgico volto all'esportazione dell'organo<sup>77</sup>; traslato alla GPA ciò significherebbe che alla partoriente dovrebbe essere garantita la possibilità di revocare il suo consenso almeno fino alla nascita o entro un termine ragionevole successivo alla nascita, comunque non eccessivamente esteso<sup>78</sup>, potendosi altrimenti determinare una condizione di incertezza giuridica del nato rispetto alla sua identità, condizione che secondo la Corte Edu – come già detto - deve essere sempre evitata<sup>79</sup>.

Ove la gestante esprimesse in via definitiva il consenso alla GPA, si potrebbero configurare due ipotesi differenti.

Infatti la partoriente nel manifestare tale consenso potrebbe specificare di non volere instaurare alcun legame con il nato. Questa fattispecie si potrebbe considerare una forma di esercizio del diritto all'anonimato di cui all' art. 30, comma 1, D.p.r. n. 396/2000<sup>80</sup>. Mediante tale sussunzione, infatti, si contempererebbero correttamente i suoi interessi con quelli del nato. A tutela di quest'ultimo, invero, potrebbe operare la previsione dell'art. 93 del Codice della Privacy, così come interpretato recentemente dalla Cassazione, secondo cui il nato da madre anonima per tutelare adeguatamente il suo diritto all'integrità psico-fisica (o di un suo discendente) di cui all'art. 32 Cost. può esercitare il suo diritto di accesso al certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica della partoriente, sulla base di un quesito specifico relativo a determinati dati sanitari, "non potendosi consentire un accesso indiscriminato" a tali documenti e "con l'osservanza di tutte le cautele necessarie a garantire la massima riservatezza e quindi la non identificabilità della madre biologica"<sup>81</sup>.

Potrebbe anche accadere, all'opposto, che la gestante, pur confermando il consenso alla GPA, voglia partecipare alla vita del minore. In questa eventualità, sebbene lo *status* giuridico di genitore verrebbe assunto dalla coppia di committenti, la madre biologica potrebbe intrattenere un rapporto affettivo con il nato. Dimostra la percorribilità di tale soluzione nel nostro ordinamento giuridico l'istituto dell'adozione mite<sup>82</sup>, in cui nonostante la responsabilità genitoriale venga attribuita agli adottanti (o all'adottante), il genitore biologico continua ad intrattenere un legame d'affetto con il minore. La differenza tra questa *species* di adozione e l'ipotesi in esame si sostanzia nel fatto che nella prima il genitore naturale non è in grado di esercitare la responsabilità genitoriale; nella seconda la madre biologica non intende esercitarla, ma ciò non preclude la sua volontà di instaurare una relazione affettiva con il nato. Quest'ultima, analogamente a quanto previsto relativamente all'adozione mite, potrebbe essere realizzata attraverso l'attribuzione alla gestante del diritto di visita al minore. Tale diritto potrebbe essere esercitato in base alle modalità concordate con i genitori o, ove non si raggiunga un accordo, seguendo le disposizioni del giudice, nell'esclusivo interesse del minore<sup>83</sup>.

Per quanto attiene, invece, allo *status filiationis* del nato tramite GPA, ove la gestante ribadisca il consenso alla GPA in una delle due ipotesi menzionate, potrebbe replicarsi quanto statuito dall'art. 8 L. n. 40/2004, riconoscendogli lo stato di figlio della coppia che ha manifestato irrevocabilmente la volontà piena e incondizionata di ricorrere a tale tecnica.

In chiave comparatistica, ancora, a sostegno dell'apertura alla maternità surrogata "solidaristica" si reputa opportuno ricordare che questa è già consentita in diversi Stati europei - tra i quali il Portogallo, in cui con la *Lei* n. 90/2021<sup>84</sup> è stata ammessa, in presenza di determinate condizioni, la gestazione per

77 Ad es. la L. n. 458/1967, che regola il trapianto del rene tra persone viventi, garantisce all'art. 2, comma 4, la facoltà per il donatore di ritirare il consenso fino all'ultimo istante prima dell'intervento chirurgico.

78 La questione della revocabilità del consenso da parte della gestante è particolarmente dibattuta in dottrina. Sul punto v., tra gli altri, B. Pezzini, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, in P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino: CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019, p. 207.

79 V., tra le altre, la pronuncia della Corte Edu, 22 novembre 2022, *D. B. e altri c. Svizzera*, reperibile sul sito istituzionale della Corte [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

80 Aderisce a questa soluzione M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 25 ss.

81 Si tratta della posizione assunta dalla Corte di cassazione, prima sezione civile, nell'ordinanza del 9 agosto 2021 n. 22497, reperibile in *Il Familiarista*, <https://ilfamiliarista.it>, 8 settembre 2021.

82 Per un esame approfondito dell'adozione mite, tra gli altri, v. M. Rovacchi, *Le adozioni in casi particolari*, Giuffrè, 2016, p. 61 ss.

83 Sul punto v. M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 34 ss.; P. Laufer-Ukeles Pamela, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption*, in *Indiana Law Journal*, 2013, p. 1254.

84 La *Lei* n. 90/2021 ha modificato la *Lei* n. 32/2006, disciplinante la procreazione medicalmente assistita, la quale originariamente aveva fissato il divieto assoluto di ricorrere alla GPA. Il testo della *Lei* n. 90/2021 e la versione aggiornata della *Lei* n. 32/2006 sono consultabili all'indirizzo <https://www.pgdlisboa.pt>.

altri solidaristica, gratuita e volontaria -, dimostrando ciò come la tesi prospettata non sia peregrina, tanto da essere stata cristallizzata in altri ordinamenti<sup>85</sup>.

Inoltre, volendo spingersi oltre, ci si domanda se la soluzione adottata nel nostro ordinamento dietro l'asserita tutela della dignità della donna non dia, invece, luogo ad una disparità di trattamento tra uomo e donna in ambito procreativo, non considerando debitamente nel rapporto tra dignità e autodeterminazione la fisiologica asimmetria tra i sessi nella procreazione<sup>86</sup>, in cui la donna svolge naturalmente un ruolo primario e insostituibile, detenendo in via esclusiva la capacità di procreare. Il dubbio sorge muovendo da un dato certo, ossia che – sussistendo le condizioni dettate dal legislatore (tra le quali un'età compresa tra i 18 e i 50 anni e assenza di malattie genetiche o psichiatriche ereditarie) - l'uomo è libero di donare il proprio seme per permettere a coppie che hanno problemi di infertilità di realizzare il loro progetto genitoriale. Alla donna, che desidera contribuire al medesimo fine con lo stesso spirito altruistico - e potrebbe realizzarlo non solo con la donazione di ovociti, ma anche portando avanti la gravidanza -, il nostro legislatore ammette, in presenza di determinati presupposti (ad es. avere un'età che va dai 20 ai 35 anni) solo l'ovodonazione nelle ipotesi di fecondazione eterologa, precludendole, invece, la possibilità di "donare" il suo utero. In presenza delle stesse premesse, ossia la gratuità dell'atto e la volontà libera e piena dell'aspirante donante, ci si interroga sulla ragionevolezza dell'attuale trattamento differenziato in base al sesso e all'oggetto dell'atto dispositivo. Comportando tutti questi casi un discostamento dalla procreazione biologica, dato che la coppia senza il contributo del donante non sarebbe in grado di generare naturalmente, ci si chiede se questo trattamento differente possa effettivamente essere giustificato dall'istantaneità che caratterizza l'atto solidale dell'uomo e in parte anche la donazione degli ovuli, contrapposta al necessario carattere di durata - pari ai nove mesi della gestazione - che connoterebbe l'atto altruistico della GPA o se, al contrario, non si sostanzia in una limitazione della libertà di autodeterminazione della donna, una volta illustrato come tale tecnica con le opportune garanzie possa risultare del tutto coerente con il principio di dignità. Sembra opportuno ricordare come del resto il nostro ordinamento, assicurando *ex art. 30 D.p.r. n. 396/2000* alla partoriente la facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita, ha di fatto riconosciuto – in linea con la Corte Edu<sup>87</sup> - come *non tutte le donne che partoriscono intendono (per mille ragioni diverse) diventare madri*, così delineando il diritto di sottrarsi alla maternità. Secondo il formante legislativo risulta già plausibile, dunque, una scissione tra la volontà di procreare e la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato<sup>88</sup>.

Alla luce di tutto ciò, parrebbe maggiormente coerente in chiave sistematica garantire l'esercizio della libertà di autodeterminarsi in materia perimetrando solo al suo carattere pieno e incondizionato e allo scopo altruistico perseguito, senza distinzioni fondate sul genere e sull'oggetto dell'atto<sup>89</sup>.

## 8. I risvolti della sentenza delle Sezioni Unite sul piano interno e sovranazionale

Rispetto all'approccio ermeneutico eletto dalla giurisprudenza nomofilattica sul tema si sono registrate posizioni divergenti da parte del potere esecutivo e giudiziario.

Invero con riferimento al potere esecutivo, il Ministero dell'Interno ha emanato la circolare n. 3 del 2023<sup>90</sup> – il cui oggetto è per l'appunto "*Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 38162 pubblicata il 30 dicembre 2022*" - nella quale ha evidenziato come l'organo di legittimità abbia escluso

85 Per un'analisi della questione in chiave comparatistica, tra gli altri, v. S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino: CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019, p. 82 ss.

86 Per un esame approfondito sul tema v. A. Schillaci, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, cit., p. 186 ss.

87 V. Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

88 Così L. Ronchetti, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, cit., p. 112 e 113. Sul punto v. anche J. Long, *(Ri?)Pensare la maternità*, cit., p. 135 ss.

89 Per un'indagine dettagliata sul tema v. G. Palmeri, *Accodi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, cit., p. 57 ss.

90 Siffatta circolare è consultabile all'indirizzo <https://dait.interno.gov.it/servizi-demografici/circolari/circolare-dait-n3-del-19-gennaio-2023>.



so l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero e, a maggior ragione, dell'atto di nascita qualificante genitore del nato non solo il padre biologico, ma anche il genitore d'affetto, asserendo l'irrelevanza della conformità di tali atti alla *lex loci*.

Conseguentemente il Ministero ha chiesto ai Prefetti, al Commissario del Governo per la Provincia di Trento, al Commissario del Governo per la Provincia di Bolzano e, per mezzo di essi, ai Sindaci di garantire una puntuale ed uniforme osservanza di tale indirizzo giurisprudenziale espresso dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici.

Tuttavia, rientrando formalmente tale circolare tra quelle attraverso le quali l'autorità amministrativa sovraordinata rende note mere notizie agli organi sottordinati<sup>91</sup>, l'indicazione espressa dal Ministero dell'interno non ha *de iure* natura vincolante per i destinatari. Alla stregua di ciò questi ultimi hanno assunto un atteggiamento eterogeneo nei confronti della richiesta ministeriale.

E così alcuni sindaci si sono conformati a quanto sollecitato dal Ministero dell'Interno e dai Prefetti di riferimento, non ammettendo la trascrizione integrale degli atti di nascita stranieri di nati tramite GPA in cui figurano quali genitori entrambi i membri della coppia, limitando la trascrizione soltanto al segmento indicante il genitore che ha fornito il suo contributo biologico alla procreazione, non riconoscendo, dunque, l'automatica genitorialità in capo al genitore intenzionale. Una parte dei Prefetti, invece, si è spinta oltre, adottando questa posizione preclusiva anche rispetto alla trascrizione di certificati di nascita stranieri di nati mediante fecondazione eterologa compiuta all'estero da coppie femminili. Invero in questi casi i Prefetti hanno richiesto ai primi cittadini di indicare in tali atti quale genitore del nato solamente la madre che ha partorito, non anche la comadre affettiva, sebbene le Sezioni Unite non si siano espresse nella sentenza in esame sulla assimilabilità di queste situazioni con quelle concernenti la maternità surrogata in relazione alla contrarietà all'ordine pubblico<sup>92</sup>.

A detto approccio più restrittivo si sono opposti apertamente i sindaci di sette Comuni italiani<sup>93</sup>, i quali in una nota congiunta hanno affermato che continueranno a trascrivere interamente gli atti di nascita stranieri di nati in seguito a fecondazione eterologa, indicanti quali madri sia quella naturale che quella d'affetto. Questi ufficiali dello stato civile, difatti, non solo hanno ricordato come tale *modus operandi* sia stato giudicato legittimo dalla giurisprudenza<sup>94</sup>, ma ne hanno anche asserito la doverosità per tutelare l'interesse preminente del minore alla conservazione del suo *status filiationis* nei confronti di entrambe le donne risultanti sue genitrici in base ad un atto straniero formatosi *ex lege loci*. I medesimi primi cittadini, inoltre, hanno richiesto un incontro al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'interno, finora non accordato, per individuare insieme una soluzione in grado di tutelare efficacemente i figli delle famiglie omogenitoriali nelle more di un intervento legislativo in materia.

Per quanto riguarda il potere giudiziario, anche al suo interno si rilevano delle posizioni diametralmente opposte rispetto alla soluzione prospettata dalle Sezioni Unite.

Talune Procure - ritenendola applicabile retroattivamente - hanno impugnato dinnanzi ai Tribunali competenti la legittimità di alcuni atti di nascita trascritti nei Registri di Stato civile antecedentemente alla sentenza in questione, relativi a nati tramite maternità surrogata, in cui il genitore intenzionale risulta cogenitore, richiedendo l'annullamento del riconoscimento giuridico del genitore d'affetto e,

91 Per un approfondimento sulle possibili funzioni svolte dalle circolari amministrative v., F. Bassi, *Circolari amministrative (voce)*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, vol. III, Utet, Torino, 1989, aggiornamento nel 2011 a cura di S. De Nardi.

92 Così ha richiesto, ad esempio, il Prefetto del Comune di Milano in una circolare inviata il 10 marzo 2023 ai Comuni di riferimento, in cui afferma che *"non è consentita in Italia la registrazione nell'atto di nascita dei bambini nati da coppie dello stesso sesso... Alla luce del divieto per le coppie dello stesso sesso di accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, solo il genitore che abbia un legame biologico con il nato può essere menzionato nell'atto che viene formato in Italia"*.

93 Si sono espressi in tal modo i primi cittadini di Milano, Firenze, Bologna, Torino, Bari, Napoli, Roma. Il sindaco di quest'ultimo Comune, in particolare, ha trascritto integralmente quattro atti di nascita esteri - i primi due il 9 giugno 2023 e gli altri due il 1° settembre 2023 - relativi a bambini generati tramite PMA, indicanti non solo la madre biologica, ma anche quella intenzionale, asserendo che con questi atti vengono garantiti *"ai bimbi il riconoscimento della cittadinanza italiana, con i relativi diritti, e alle madri pieni doveri nei loro confronti"*. I comunicati ufficiali del 9 giugno 2023 e del 1° settembre 2023 sono reperibili sul sito <https://www.comune.roma.it>.

94 Rispetto ai bambini generati da coppie femminili in un Paese estero in cui hanno precedentemente fatto ricorso alla fecondazione eterologa la giurisprudenza di legittimità a partire dal 2016 ha ammesso la trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero recanti entrambe le componenti della coppia quali genitori del nato, sostenendone la non incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale. V. sul punto, Corte di cassazione, prima sezione civile, 30 settembre 2016 n. 19599, consultabile in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, con guida alla lettura di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, 3 ottobre 2016.

quindi, la cancellazione della parte dei certificati attestante tale genitorialità<sup>95</sup>. Alcune di esse hanno presentato la medesima istanza anche con riferimento ad atti di nascita registrati dagli uffici dello stato civile prima della decisione della Cassazione, riguardanti nati in Italia da fecondazione eterologa effettuata all'estero, indicanti quale secondo genitore la madre affettiva<sup>96</sup>, nonostante nella pronuncia n. 38162 non sia rintracciabile alcun punto dove viene asserita la sovrapposibilità di queste due diverse modalità procreative (fecondazione eterologa e GPA) in termini di loro contrarietà all'ordine pubblico.

Queste richieste – in entrambe le ipotesi - sono state già accolte da qualche Tribunale<sup>97</sup>, secondo cui deve essere rimosso dal certificato di nascita del nato il nome del genitore intenzionale con efficacia retroattiva, sostenendosi che quest'ultimo possa avere riconosciuto giuridicamente il ruolo genitoriale soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari.

Al contrario un giudice di primo grado pugliese ha esitato positivamente la domanda presentata da una coppia eterosessuale, in cui veniva chiesta la rettifica della trascrizione parziale dell'atto di nascita straniero relativo al figlio nato mediante maternità surrogata e che fosse indicata in tale atto anche la madre intenzionale come genitrice del minore, deducendosi *la difformità tra l'atto straniero da trascrivere e l'atto effettivamente trascritto dall'ufficiale dello stato civile*. Il Tribunale ha sostenuto che le Sezioni Unite nella sentenza n. 38162 del 2022 abbiano inteso l'ordine pubblico nella sua accezione di "ordine pubblico internazionale", in linea con quanto previsto all'art. 18 del Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile. Secondo questa interpretazione, tale disposizione nello stabilire che *"gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"* si riferisce all'ordine pubblico internazionale, *"da ancorarsi necessariamente"* ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, dai Trattati UE, dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, in particolar modo alla *"tutela dell'interesse superiore del minore"*. Dunque, dovendo fungere questa tutela da linea direttrice per la soluzione del caso in esame riguardante proprio il diritto di un bambino alla genitorialità, *"non può dirsi contrastante con l'ordine pubblico"* la trascrizione dell'atto di nascita in questione, indiscutibilmente valido ed efficace nello Stato di nascita del minore, in cui vengono indicati entrambi i ricorrenti come suoi genitori, *"per il solo fatto che il legislatore nazionale consideri reato le modalità con cui egli è venuto al mondo"*. Il rifiuto di riconoscere la madre intenzionale quale secondo genitore del nato da un lato, infatti, non rispetterebbe i suoi diritti inviolabili e i principi su cui si basa l'ordine pubblico internazionale, ossia *"la tutela del migliore interesse del nato a beneficiare di un'effettiva bigenitorialità, il rispetto della sua vita privata e familiare e il diritto a non essere discriminato per ragioni legate alla sua nascita"*; dall'altro finirebbe per *"far riverberare su di lui le conseguenze dell'altrui (presunta) responsabilità"*. Il Tribunale ha, in ultimo, sottolineato come la valutazione di un'eventuale prevalenza di altri diritti sia riservata esclusivamente al formante legislativo e non è al momento rintracciabile alcuna norma vigente.

In conclusione il giudice di prime cure ha ordinato al sindaco del Comune di residenza dei ricorrenti di procedere alla trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero<sup>98</sup>.

Il Tribunale di Milano ha assunto, invece, una posizione intermedia, da un lato accogliendo l'istanza di annullamento della trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante GPA, presentata dalla Procura meneghina, nella parte in cui riportava il genitore intenzionale quale cogenito-

95 La normativa di riferimento che legittima tali azioni è il D.p.r. n. 396/2000, in particolare l'art. 95 commi 1 - secondo cui *"Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito al di fuori dei casi di cui all'articolo 98, comma 2-bis, o la formazione di un atto omissivo o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento"* e 2 – in base al quale *"Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1"*.

96 Tra queste si menziona, a titolo esemplificativo, la Procura di Belluno, che ha impugnato un atto registrato all'anagrafe cittadina in cui sono stati inseriti i nomi di entrambe le mamme, sostenendone l'illegittimità e chiedendone la cancellazione. Secondo la Procura *"l'ordinamento richiede, quale ineludibile presupposto del riconoscimento di genitorialità, che i genitori non abbiano lo stesso sesso. Ciò si desume dalle disposizioni del codice civile che utilizzano la terminologia "padre", "marito" e "moglie"*. Per tale ragione, a detta della medesima Procura, *"l'ufficiale dello stato civile del Comune di Belluno non poteva formare validamente un atto di nascita in cui vengono dichiarati genitori dello stesso sesso; avrebbe dovuto piuttosto rifiutare (...) perché è necessario che il riconoscimento provenga da un uomo e da una donna"*. Sul punto v. Andrea Priante, *Famiglie lgbt, a Belluno il primo stop a bimbi con due mamme: «Obbligati dalla legge»* in <https://www.corriere.it/> 15 aprile 2023.

97 Ad esempio dalla cronaca emerge che si è espresso in tal senso il Tribunale di Bergamo, che ha accolto l'istanza avanzata dal Procuratore di Bergamo relativa alla cancellazione del nome della madre affettiva dall'atto di nascita di una minore nata in Italia a seguito di fecondazione eterologa praticata in Spagna, registrato dal Sindaco di Bergamo lo scorso agosto. Il provvedimento non risulta ancora edito.

98 Tale ordinanza del Tribunale pugliese è reperibile all'indirizzo <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/136311>.

re del minore; dall'altro dichiarando inammissibile il ricorso *ex art. 95 D.p.r. n. 396/2000* proposto dalla medesima Procura, avente ad oggetto la richiesta di rettifica dell'atto di nascita di un minore nato in Italia in seguito a PMA eseguita in un altro Stato, indicante anche la madre d'affetto come genitrice dei bambini, in luogo della sola madre biologica.

Infatti rispetto al primo caso, aderendo espressamente all'orientamento delle Sezioni Unite, il Tribunale milanese ha asserito che la trascrizione è *"avvenuta in violazione della normativa vigente che vietando il ricorso alla maternità surrogata, vieta altresì la trascrizione dell'atto di nascita nella parte in cui riporta quale genitore anche quello d'intenzione"*, dovendo, quindi, *"essere rettificata annullando nella trascrizione dell'atto l'indicazione del genitore d'intenzione"*. Pertanto, ad avviso del giudice di prime cure meneghino, il diritto del bambino *"al pieno riconoscimento del ruolo svolto dal genitore d'intenzione non solo nel progetto procreativo ma altresì nel successivo progetto volto alla crescita, educazione e istruzione del minore potrà essere riconosciuto con il procedimento di cui all'art. 44 primo comma lettera d) della legge 184/1983 che, come oggi riformato, è in grado di garantire al minore pieno riconoscimento dello status di figlio e dei relativi diritti e al genitore d'intenzione pienezza della titolarità e dell'esercizio della responsabilità genitoriale"*<sup>99</sup>.

Con riguardo al secondo caso, all'opposto, replicando una decisione del Tribunale di Pistoia antecedente alla sentenza della Cassazione *de qua*, il giudice di primo grado milanese ha affermato che la richiesta formulata dal PM *"si sostanzia in una questione avente ad oggetto lo status filiationis che impone – quanto alla sua rimozione – il ricorso ai tipici procedimenti – azioni di stato – previste dal nostro ordinamento allorché si proponga una domanda diretta alla demolizione dello status di figlio"*, individuando quale rimedio da utilizzare nella fattispecie *de quo* l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità di cui all'art. 263 c.c. In particolare, a detta del Collegio milanese, *"il riconoscimento del minore, effettuato successivamente alla sua nascita, con la dichiarazione resa all'Ufficiale dello Stato Civile ai sensi dell'art. 254 c.c., ha determinato quell'accertamento di grado intermedio da cui è sorto il rapporto di filiazione del bambino"*, per cui lo status di figlio *"non potrà essere superato se non da un accertamento di grado superiore, ossia con una tipica azione di stato"*<sup>100</sup>.

Per quanto attiene, invece, alla giurisprudenza di legittimità, in una recentissima pronuncia relativa alla richiesta di adozione *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, della L. n. 184/1993, da parte della genitrice intenzionale di un minore nato in Italia da fecondazione eterologa compiuta all'estero, la prima Sezione civile della Cassazione ha ritenuto estendibili ai casi di bambini generati in Italia a seguito di PMA praticata all'estero da una coppia omoaffettiva le coordinate offerte dalle Sezioni Unite con riguardo alle ipotesi di surrogazione di maternità concernenti l'incidenza (ostativa) del dissenso del genitore biologico rispetto all'adozione da parte del genitore sociale. Infatti in ambedue le fattispecie la negazione dell'assenso, a parere della Corte, rileva solo ove il genitore d'affetto non abbia instaurato alcun rapporto di cura nei confronti del nato o, pur avendo condiviso il progetto procreativo, abbia poi abbandonato *"partner"* e minore. Il dissenso deve, dunque, essere valutato in via esclusiva sotto il profilo della sua corrispondenza all'interesse del nato<sup>101</sup>.

Merita di essere segnalato in questa sede come sulla questione in esame sia intervenuta la Presidente della Corte costituzionale, in occasione della conferenza stampa seguita alla riunione straordinaria della Consulta afferente alla relazione sull'attività e sugli indirizzi giurisprudenziali della Alta Corte nel 2022, evidenziando che per il giudice delle leggi *"ci sono dei punti fermi: i diritti dei minori, la cura dei figli nati"*. Ha - altresì - sottolineato che *"anche dal Lussemburgo viene una indicazione di grande rilievo: quella Corte si occupa del diritto di circolazione dei minori"*. Su tale punto nella relazione viene rimarcato come la Consulta sia *"proiettata in universi ordinamentali più ampi, sulla scorta delle clausole di apertura all'Europa e al mondo previste dalla nostra Costituzione"*<sup>102</sup>.

Un ulteriore tassello di questo mosaico eterogeneo è rappresentato dall'approvazione da parte della Commissione Giustizia della proposta di legge volta a rendere la maternità surrogata reato universa-

99 Si fa riferimento al decreto del Tribunale di Milano del 4 maggio 2023, consultabile in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, con una guida alla lettura di chi scrive, *Il Tribunale di Milano si allinea alle Sezioni unite*, 22 agosto 2023.

100 Si tratta dei decreti del Tribunale di Pistoia del 7 ottobre 2022 e del Tribunale di Milano del 4 maggio 2023, reperibili in *Articolo29*, <http://www.articolo29.it>, con una guida alla lettura di chi scrive, *Pistoia e Milano: inammissibili i ricorsi delle Procure per i bambini con due mamme*, 27 giugno 2023.

101 Si tratta della posizione assunta dalla Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 29 agosto 2023 n. 25436, reperibile in *Diritto & Giustizia*, 30 agosto 2023.

102 La relazione della Presidente Sciarra riguardante l'anno 2022 è consultabile sul sito istituzionale della Corte costituzionale <https://www.cortecostituzionale.it/>.



le, ossia perseguibile anche se praticata in un Paese in cui è legale<sup>103</sup>. La proposta è attualmente all'esame del Parlamento, essendo stata approvata in prima lettura dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023<sup>104</sup> e trasmessa al Senato per la relativa discussione, ancora non avvenuta.

Al livello sovranazionale, il Parlamento europeo a fine marzo ha emesso un emendamento di condanna nei confronti del Governo italiano in merito alla richiesta mossa ai sindaci di sospendere il riconoscimento dei genitori d'intenzione nei casi citati. L'istituzione eurounitaria, infatti, per un verso ha ritenuto che *“questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli”* e *“che tale azione costituisce una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989”*; per l'altro ha espresso *“preoccupazione per il fatto che tale decisione si iscrive in un più ampio attacco contro la comunità Lgbtqi+ in Italia”*. Pertanto ha invitato *“il Governo italiano a revocare immediatamente la sua decisione”*<sup>105</sup>.

I giudici di Strasburgo, invece, con tre decisioni rese il 22 giugno 2023 si sono espressi nuovamente in merito a dei ricorsi presentati da diverse coppie omosessuali ed eterosessuali avverso l'Italia in cui si sosteneva che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra i nati tramite PMA e i genitori intenzionali da parte dell'ufficiale dello stato civile costituisce una violazione dell'art. 8 Cedu ad opera del nostro Stato<sup>106</sup>. Nonostante l'eco mediatica suscitata e l'asserito allineamento della Corte agli approdi delle Sezioni Unite, in realtà tali provvedimenti risultano posti senza soluzione di continuità con le sue precedenti pronunce in materia. Infatti la Corte Edu ha confermato la necessità che gli Stati diano rilievo giuridico al legame affettivo intercorrente tra il minore e il genitore sociale, a prescindere dalle pratiche utilizzate dalla coppia per realizzare il progetto genitoriale e al suo orientamento sessuale. Tuttavia ha ribadito, al contempo, che tale risultato può essere raggiunto dagli Stati non esclusivamente mediante la trascrizione degli atti di nascita stranieri o l'iscrizione nei registri dello stato civile degli atti di riconoscimento indicanti il minore come figlio di una coppia omosessuale, ma anche con altri strumenti, tra cui l'adozione<sup>107</sup>. Rispetto a quest'ultima, non avendo avviato i ricorrenti la procedura per ottenere l'adozione in casi particolari, i giudici di Strasburgo non hanno indagato gli aspetti di possibile incompatibilità di tale *species* di adozione con l'art. 8 Cedu, non rientrando ciò nel *thema decidendum*. Conseguentemente la Corte europea ha dichiarato l'irricevibilità dei ricorsi asserendo l'assenza di ogni violazione della vita privata e familiare dei minori e dei loro genitori, data la possibilità - non sfruttata - dei ricorrenti di ottenere il riconoscimento in questione mediante la procedura per l'adozione in casi particolari dei minori. In definitiva si potrebbe sinteticamente affermare *“nihil sub sole novum”* dal fronte dei giudici di Strasburgo sulla questione *de qua*.

Pare opportuno segnalare che pochi giorni dopo l'adozione di dette sentenze il Ministero dell'Interno ha emesso una circolare, destinata ai Prefetti e ai Commissari del Governo per le province di Trento e Bolzano, in cui ha sottolineato come in tema di trascrizione di atti di nascita da coppie omogenitoriali *“la Corte europea ha rilevato che, con riferimento alla volontà di vedere riconosciuto un legame tra il bambino ed il*

103 La proposta di legge in esame – approvata dalla Commissione Giustizia il 31 maggio 2023 – prevede che siano punibili con la pena della reclusione da 3 mesi a 2 anni e una multa da 600 mila a 1 milione di euro i cittadini italiani che facciano ricorso alla maternità surrogata non solo in Italia – come finora dettato dalla legge n. 40 del 2004 -, ma anche in un Paese in cui è ammessa.

104 La seduta della Camera è visionabile all'indirizzo <https://comunicazione.camera.it/archivio-prima-pagina/19-32905>.

105 Tale condanna viene espressa nella parte relativa alla «Valutazione generale della relazione» (punto 10) della Risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2023 sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea nel 2022, reperibile sul sito ufficiale del Parlamento europeo <https://www.europarl.europa.eu>.

106 Il riferimento è alle decisioni della Corte Edu sui ricorsi nn. 10810/20, 47998/20 e 59054/19, pubblicate il 22 giugno 2023, consultabili sul sito <https://www.echr.coe.int/>.

107 La Corte Edu ha confermato questa lettura nella decisione del 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, relativa a una vicenda peculiare riguardante il rifiuto delle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita di una minore nata in Ucraina da maternità surrogata non solo nella parte indicante la madre intenzionale quale sua genitrice, ma anche in quella riportante il padre biologico come suo genitore. Determinando tale diniego nel nostro ordinamento l'assenza della cittadinanza italiana della bambina e del riconoscimento del suo rapporto di filiazione sia col padre biologico che con la madre sociale, questa subiva una situazione di estrema incertezza giuridica. Pertanto proponeva ricorso dinanzi il giudice di Strasburgo richiedendo di accertare la violazione del suo diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu da parte dell'Italia. La Corte europea si è pronunciata da un lato ribadendo la doverosità delle autorità nazionali di garantire l'instaurazione del legame filiare tra il minore generato tramite GPA e il padre biologico; dall'altro riaffermando la legittimità della scelta nazionale di permettere il riconoscimento del rapporto genitoriale tra genitore intenzionale e nato mediante lo strumento dell'adozione in casi speciali. Pertanto ha condannato l'Italia al risarcimento dei danni subiti dalla minore per violazione dell'art. 8 Cedu con riferimento alla procedura di accertamento della filiazione tra questa e il padre biologico; al contrario, ha accertato l'insussistenza della violazione dell'art. 8 Cedu a causa del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita della minore nei confronti della madre designata. La sentenza è reperibile sul sito <https://www.echr.coe.int/>.



genitore d'intenzione, l'Italia non viola gli obblighi discendenti dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto l'ordinamento italiano riconosce la possibilità di far ricorso all'adozione in casi particolari<sup>108</sup>.

## 9. Brevi considerazioni conclusive

Dalla disamina svolta è possibile notare come nelle fattispecie in esame l'osservazione della questione del riconoscimento del rapporto di filiazione da una prospettiva adultocentrica o da una prospettiva minorecentrica abbia comportato e comporti tuttora un diverso bilanciamento dei diritti coinvolti, i cui esiti divergono sul piano della tutela dei minori e sulla effettiva realizzazione dell'unicità dello *status filiationis*.

Invero ove si valuti tale problematica dall'angolo visuale della condotta tenuta dagli adulti conferendo, per risolverla, rilievo primario alla sua asserita contrarietà all'ordine pubblico - internazionale o interno a seconda dei casi -, inevitabilmente si finisce per adottare soluzioni che pongono i minori - sia nati all'estero mediante GPA, sia nati in un Paese straniero o in Italia in seguito a fecondazione eterologa praticata da coppie femminili in un altro Stato - in una posizione deficitaria rispetto a quella vantata dagli altri bambini nati in contesti familiari e con modalità procreative differenti. Tali nati per delle scelte aliene *de facto* subiscono uno *status filiationis* zoppo, avendo riconosciuto solamente il rapporto nei confronti del genitore biologico, almeno fino a quando - ed eventualmente - intervenga la sentenza di adozione in casi particolari a favore del genitore intenzionale.

L'elezione della prospettiva adultocentrica per affrontare le fattispecie in esame mostra tutta la sua pericolosità in termini di tutela dei minori nelle azioni intraprese dalle varie Procure italiane sopra richiamate. Se, come è già accaduto a Bergamo e Milano, altri Tribunali accoglieranno simili richieste, il risultato sarà la perdita in via retroattiva dello *status filiationis* nei confronti del genitore sociale per un numero elevatissimo di minori, che si troveranno da un momento all'altro privi della titolarità dei loro diritti vantati verso il genitore d'intenzione, subendo altresì la lesione alla loro identità personale.

Da quanto finora evidenziato, dunque, risulta non solo preferibile, ma anche doveroso osservare la questione in esame da una specola puerocentrica, ponendosi come meta da raggiungere l'individuazione di strumenti in grado di garantire piena corrispondenza tra l'identità giuridica del minore e la sua effettiva identità personale, sociale e affettivo-familiare.

Da questa prospettiva, a dato normativo invariato, l'unica via ritenuta attualmente percorribile per garantire massima tutela ai bambini delle coppie che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata o alla fecondazione eterologa all'estero è la trascrizione integrale degli atti di nascita stranieri. Tale esito si reputa raggiungibile declinando il concetto di ordine pubblico con riferimento all'interesse preminente del minore a mantenere il suo *status* di figlio nei confronti non solo del genitore biologico, ma anche del genitore intenzionale, legittimamente riconosciuto nel Paese di nascita. Delineando così le maglie dell'ordine pubblico internazionale, *ex art. 18* del Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile non sussisterebbe alcun ostacolo alla trascrizione di tali atti da parte dell'ufficiale dello stato civile<sup>109</sup>.

Relativamente ai nati in Italia in seguito a fecondazione eterologa effettuata all'estero da coppie femminili, nessuna riserva dovrebbe esserci nell'ammettere la formazione di atti di nascita in cui entrambe le donne vengono indicate quali genitori del minore. Questo risultato sarebbe raggiungibile considerando che in questi casi il consenso alla genitorialità è congiunto. Conseguentemente *de iure condito* gli strumenti normativi utilizzabili potrebbero essere gli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004, attraverso una loro interpretazione che tenga primariamente conto della tutela preminente del nato, mediante cui scindere il profilo della non conformità alla legge italiana (quantomeno sotto il profilo soggettivo) della tecnica di PMA concretamente utilizzata da quello della garanzia dell'interesse del minore alla bigenitorialità, così da giungere a riconoscere come sue due madri le componenti della coppia che si sono assunte la responsabilità genitoriale nei confronti del nato nel momento in cui hanno espresso il consenso alla fecondazione eterologa.

Cionondimeno in entrambi i casi si tratta di soluzioni non pienamente appaganti, proprio perché raggiungibili solo mediante un'attività ermeneutica. Non può, infatti, essere la giurisprudenza a risolvere la questione, rischiando - seppur per il nobile *telos* della tutela dei minori - di violare il principio

108 Si tratta della circolare n. 83/2023, reperibile sul sito ufficiale del Ministero dell'Interno <https://dait.interno.gov.it/>.

109 Infatti in base all' art. 18 del Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile gli atti formati all'estero non possono essere trascritti solo se sono contrari all'ordine pubblico.

della separazione dei poteri mediante un'invasione del campo di creazione del diritto riservato al legislatore. Questa supplenza a rime obbligate, infatti, ha comportato una frammentazione nell'applicazione della normativa esistente, del tutto a discapito dei minori e dei loro diritti.

Al contrario, per assicurare certezza in termini di diritti riconosciuti ai minori in questione è necessario un intervento *ad hoc* del formante legislativo che regoli in maniera puntuale e omnicomprensiva i rapporti di filiazione sorti in seguito a tecniche procreative diverse da quelle tradizionali, indipendentemente dalla loro eventuale contrarietà a legge.

Tale *novum* normativo si reputa dovrebbe basarsi sul principio di autoresponsabilità, il quale ormai ha travalicato gli originari confini dei rapporti giuridici patrimoniali, conquistando anche l'ambito del diritto di famiglia. In particolare con riguardo al *genus* delle famiglie frutto delle pratiche procreative artificiali, globalmente considerato, a parere di chi scrive, il menzionato principio dovrebbe essere applicato attraverso la predisposizione di un apparato dispositivo che attribuisca irrevocabilmente la responsabilità genitoriale non solo del genitore biologico, ma pure del genitore intenzionale a partire dal momento in cui ha prestato il consenso consapevolmente e liberamente alla procedura di procreazione medicalmente assistita eletta, a prescindere che quest'ultima venga giudicata *secundum* o *contra legem*.

Del resto sembra opportuno ricordare che l'art. 9 della L. n. 40/2004, anche prima dell'intervento della Corte costituzionale che ha censurato il divieto della fecondazione eterologa<sup>110</sup>, stabiliva che, ove si ricorresse alla PMA violando l'art. 4, comma 3, della medesima legge il coniuge o il convivente che aveva manifestato il consenso a detta pratica non poteva esperire l'azione di disconoscimento e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Dunque parrebbe già rintracciabile nel nostro ordinamento la *voluntas* del legislatore di valutare, nell'ottica del *favor minoris*, irrevocabilmente assunta la responsabilità genitoriale da parte del genitore sociale, una volta espresso il suo consenso informato, libero e pieno ad una tecnica procreativa artificiale, senza che rilevi a tal fine la sua non conformità a legge. Si ritiene che solo seguendo questa via si assicuri *ab origine* al minore lo stato di figlio anche nei confronti di colui il quale, pur non avendo contribuito alla sua genesi, ha condiviso il progetto procreativo, correlando *ex lege* a ciò l'obbligo di considerarlo come suo figlio.

In questo modo ciascun nato tramite dette tecniche, senza distinzioni basate sulle *species* di volta in volta eseguite, avrebbe garantito il diritto alla bigenitorialità sin dalla sua genitura, venendo anticipato il sorgere irrevocabile delle responsabilità parentale di entrambi gli aspiranti genitori nei suoi confronti al momento della fecondazione.

Si reputa, quindi, che per salvaguardare il *best interest of the child*, il principio di autoresponsabilità nell'ambito della procreazione medicalmente assistita dovrebbe valere come principio generale applicato in ogni caso al genitore biologico e al genitore sociale, purché il progetto filiare sia condiviso da ambedue fin dall'inizio e il consenso del genitore intenzionale alla pratica effettuata abbia i caratteri suindicati.

Sembrerebbe questa la soluzione legislativa in grado di porre effettivamente questi bambini nella stessa posizione di tutti gli altri nati, cosicché si giunga alla realizzazione piena dello statuto unico di figlio.

Certamente l'attuale proposta di legge volta a rendere la surrogazione di maternità reato universale rema in una direzione opposta, non compatibile con il sistema, ragion per cui è auspicabile la sua mancata approvazione da parte del nostro Parlamento.

D'altronde da un lato mostrare resistenza verso il riconoscimento del rapporto di filiazione nelle famiglie omogenitoriali e dall'altro assicurare loro tutela al livello costituzionale determina un evidente e illogico cortocircuito. Invero è ormai consolidato l'orientamento secondo cui risulta anacronistica la relazione biunivoca tra il concetto di "famiglia" e quello di "famiglia coniugale", essendo stata sostituita dal polimorfismo della famiglia, che ha trovato la sua ala protettrice sotto l'art. 2 Cost. attraverso una sua interpretazione evolutiva<sup>111</sup>. In questo odierno arcipelago familiare risulta coerente al dato costituzionale la ricostruzione elaborata da una parte dei commentatori e abbracciata da ultimo dalle Sezioni unite che, qualificando la prole come centro nevralgico dei rapporti familiari, definisce il corrente diritto di famiglia "diritto della filiazione"<sup>112</sup>. E proprio ai figli delle famiglie non fondate sul matrimonio il

110 Si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162, reperibile sul sito istituzionale della Consulta <https://www.cortecostituzionale.it>.

111 R. Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giustizia civile*, 2018, 4, p. 1029; v. anche V. Scalisi, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 1, p. 7 ss.

112 R. Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, cit., p. 1030; M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare, Itaca non c'è*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 5, p. 1306 ss.; R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, cit., p. 953 ss.

comma terzo dell'art. 30 Cost. garantisce che la legge assicuri "ogni tutela giuridica e sociale", evidenziando l'aggettivazione "ogni" il carattere totalizzante di tale protezione<sup>113</sup>.

È indubbio come le tecniche di biogenesi, avendo contribuito a rendere la procreazione "un contenitore complesso"<sup>114</sup>, abbiano inevitabilmente concorso al formarsi di questa nuova lettura.

Oggi, quindi, assodata la sussistenza di eterogenee modalità procreative costituenti "un mosaico complessivo che sembra volgere ad un mutamento antropologico nella trasmissione della vita"<sup>115</sup>, il legislatore deve - e non può che - prendere atto di questa realtà multiforme e garantire a ciascun bambino, indipendentemente dal modo in cui è stato generato, lo stesso *status filiationis* e le medesime tutele.

Da un punto di vista sistemico, la questione in esame appare esemplificativa dell'idea - affermata da autorevole dottrina e qui del tutto condivisa - secondo cui affinché il diritto civile riesca ad offrire adeguate risposte alle istanze attuali e del prossimo futuro è indispensabile abbandonare le sedimentazioni culturali, le categorie dogmatiche e le classificazioni tradizionali. Invero si aderisce pienamente alla tesi in base alla quale dalla realtà fenomenica contemporanea si dovrebbe apprendere la necessità di superare il pregiudizio per cui il sistema giuridico sia completo e definito e approdare a qualificarlo non più come sistema condizionante i consociati, ma condizionato dai cambiamenti socio-culturali e dalle mutate esigenze che li ineriscono<sup>116</sup>.

---

113 G. Werther Romagno, *Dalla "filiazione naturale" alla "parentela naturale". Alcune riflessioni sull'art. 74 c.c.*, in *Giustizia civile*, 2015, 2, p. 328.

114 A. D'Aloia e P. Torretta, *La procreazione come diritto alla persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, 2011, p. 1341.

115 Così G. Savi, *Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a veridicità*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 4, p. 1746.

116 N. Lipari, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, 2, p. 317 ss.

Giorgia Beninati\*

## Vittimizzazione secondaria: proliferazione di un fenomeno contrario ai diritti umani

### Sommario

1. Il caso e la vittimizzazione secondaria: riscontro concreto. – 2. Strumenti di contrasto al fenomeno: efficacia reale o mero proclama? – 3. Interesse superiore del minore: un diritto sostanziale, un principio giuridico e una regola procedurale. – 4. Consulenza tecnica unica: il grimaldello che ha favorito l'accesso della sindrome di alienazione parentale nelle aule giudiziarie. – 5. Un rinnovato sguardo alla sentenza della Corte: considerazioni conclusive.

### Abstract

Nella sentenza in commento<sup>1</sup>, la Corte europea dei diritti umani ha condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 8 della Convenzione, volto alla tutela della vita privata e familiare. Nel caso specifico, il giudice ha dovuto pronunciarsi sulla delicata questione che sorge nel momento in cui, verificatosi un contrasto tra l'interesse della prole e quello dei genitori, si renda necessario l'equo bilanciamento degli stessi. La sentenza pur occupandosi, principalmente, della composizione tra l'interesse superiore del minore e la bigenitorialità, offre spunti di riflessione con riguardo ad una serie di ulteriori tematiche, quali la vittimizzazione secondaria, gli strumenti di contrasto alla stessa e le falle sistemiche che ne hanno favorito l'allarmante diffusione.

*In the decision under review, the European Court of Human Rights condemned Italy for the violation of art. 8 ECHR, which protects private and family life. In this particular case, the court had to rule on the sensitive issue that arises when a clash between the interests of the offspring and the parents has occurred and it becomes necessary to fairly balance them. The ruling, while mainly dealing with the composition between the best interests of the child and the issue of bi-parenting, offers insights with regard to a number of additional matters, such as the secondary victimization, the means to combat it and the systemic flaws that have fostered its alarming spread.*

\* Professoressa ordinaria di diritto penale, Università di Pisa. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Corte Edu, 10 novembre 2022, *I.M e altri c. Italia*. La sentenza è disponibile nella banca dati HUDOC della Corte Edu. Una traduzione della stessa è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia al link: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.page?contentId=SDU404417&previousPage=mg\\_1\\_20#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU404417&previousPage=mg_1_20#). Tutte le sentenze della Corte Edu di seguito citate sono disponibili nella suddetta banca dati al link: <https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> Sulla medesima sentenza, si veda: L. Lenti, *Violenza assistita e condotte ostative*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, p. 349 ss. Si consiglia la lettura di tale commento per un approfondito sguardo al tema della violenza assistita e delle sue ripercussioni sul mantenimento del rapporto genitore-figlio, attraverso l'analisi dei dati giurisprudenziali e delle recenti riforme normative



## 1. Il caso e la vittimizzazione secondaria: riscontro concreto

Nella sentenza in esame la Corte di Strasburgo è stata adita dalla madre (prima ricorrente) e dai suoi due figli (secondo e terzo ricorrente) per l'accertamento della violazione della Convenzione europea dei diritti umani da parte delle autorità italiane. L'origine del caso può farsi risalire al 2014, quando la madre e la prole abbandonavano la casa familiare a causa delle reiterate violenze perpetrate da parte del padre, tossicodipendente e alcolista, per essere accolti in un centro antiviolenza. In tale occasione, la donna sporgeva anche denuncia penale avverso l'uomo. A seguito di tale azione, su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale adottava un provvedimento di urgenza di sospensione della responsabilità genitoriale del padre, riconoscendogli il diritto di svolgere incontri con la prole, a condizione che questi avessero luogo sotto stretta sorveglianza dei servizi sociali e alla presenza di uno psicologo, così da tutelare il benessere psicofisico dei soggetti coinvolti. A causa della mancanza di personale specializzato e della esiguità delle risorse finanziarie, si configurava tuttavia l'impossibilità di garantire un ambiente sicuro, di conseguenza gli incontri diventavano il terreno adatto per la prosecuzione dei comportamenti abusanti da parte del padre nei confronti della donna e dei figli. A nulla servivano le numerose segnalazioni dell'assistente sociale rivolte al Tribunale per un intervento urgente. Per tale ragione, la madre, consapevole del pericolo al quale lei e la prole erano esposti, si asteneva dal condurre i figli ai successivi incontri. Decisione, questa, che determinava il padre ad avviare un procedimento penale a carico della donna, innanzi al Tribunale per i minori, per la mancata presentazione agli incontri dei figli e per il conseguente inadempimento dell'ordine del tribunale. L'autorità giudiziaria decideva così di sospendere dall'esercizio della responsabilità entrambi i genitori<sup>2</sup>: il padre perché rinviato a giudizio per maltrattamenti e minacce nei confronti della donna nel periodo compreso tra il 2009 e il 2014 e per i comportamenti sprezzanti e disturbanti assunti nel corso degli incontri "protetti", e la madre perché valutata come genitore "non collaborativo", a causa della sua opposizione allo svolgimento degli incontri, e, pertanto, "ostile" al ristabilimento del rapporto padre-figli. Nella decisione non veniva accordato rilievo ai molteplici elementi alla base del comportamento della donna, tra cui quelli pregressi, riconducibili alle violenze domestiche subite, e successivi, riconducibili, invece, agli abusi perpetrati nel corso degli incontri, favoriti dall'inidoneità delle condizioni con cui gli stessi si svolgevano. La madre, allora, si muoveva in due direzioni, da un lato, adiva il Tribunale civile, il quale si pronunciava<sup>3</sup> assegnandole l'affidamento esclusivo dei figli e disponendo che gli incontri venissero eseguiti in conformità alle condizioni disposte precedentemente, e, dall'altro lato, faceva ricorso, avverso la decisione del Tribunale per i minori, alla Corte d'appello, che respingeva<sup>4</sup> lo stesso in virtù della violazione da parte della donna del diritto alla cogenitorialità vantato dal padre. Successivamente riprendevano gli incontri che, a causa della persistente assenza di cautele, favorivano l'ulteriore reiterazione dei comportamenti aggressivi del padre. Tali circostanze traumatiche rendevano la genitrice bisognosa di assistenza psicologica e i figli, con particolare riguardo al maggiore, necessitanti di un "follow-up psicologico specifico". L'epilogo di questa complessa e dolorosa vicenda giungeva con la pronuncia del Tribunale civile<sup>5</sup>, il quale ripristinava la responsabilità genitoriale della madre e faceva decadere quella paterna. Decisione confermata anche in appello<sup>6</sup>, per via del "comportamento aggressivo, distruttivo e sprezzante durante le riunioni" tenuto dal padre, il quale "era venuto meno al suo dovere di garantire ai figli uno sviluppo sano e sereno".

Il caso offre spunti di riflessione in relazione al fenomeno della "vittimizzazione secondaria", cioè alla condizione dell'individuo che, dopo aver subito una prima violenza, derivante dall'atto criminoso, ne subisce una seconda, derivante, invece, dalla inadeguatezza delle risposte che le istituzioni, preposte alla sua tutela, forniscono<sup>7</sup>. Il fenomeno è riconducibile a vari fattori, tra i quali spicca la mancata

2 Paragrafo 34.

3 Paragrafo 36.

4 Paragrafo 38.

5 Paragrafo 61.

6 Paragrafo 62.

7 Per un approfondimento sul tema si rinvia a: M. Bouchard, *Sulla vulnerabilità nel processo penale. Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima*, in *Diritto penale e uomo*, 2019, p. 12 ss.; E. Corn, *Non parlarmi, non ti sento. Il perdurante disallineamento tra i bisogni delle donne maltrattate e le tutele offerte dalle norme penali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, p. 599 ss.; G. Fanci, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2011, p. 53 ss.; U. Orth, *Secondary victimization of crime victims by criminal proceeding*, in *Social Justice Research*, 2002, p. 313 ss.

attuazione delle norme internazionali e nazionali poste a tutela della dignità personale, della salute psicofisica e della sicurezza delle vittime. Tale ingiusto, e ampiamente diffuso, fenomeno colpisce sia le donne, che subiscono direttamente violenze e/o abusi da parte del *partner*, sia, di riflesso, i loro figli, i quali, seppur non interessati direttamente da tali condotte, ne sono degli inermi testimoni<sup>8</sup>. L'ambito in cui la vittimizzazione secondaria fiorisce è quello dei procedimenti giurisdizionali, con particolare riguardo a quelli civili e minorili. Proprio in questi rientrano, infatti, le competenze dei giudici in materie eccezionalmente delicate quali la separazione, l'affidamento dei figli e la limitazione e decadenza dalla responsabilità genitoriale. In particolare, la maggiore incidenza del fenomeno si registra nell'ambito della determinazione del diritto di visita del padre, in occasione della quale, nonostante siano richiesti una verifica approfondita della storia familiare e un equo bilanciamento degli interessi in gioco, spesso, si assiste al mancato riconoscimento della violenza. A causa di questo lacunoso accertamento si realizza la negazione di tutele per la madre e la prole nel corso degli incontri che, in tal modo, diventano terreno fertile per la prosecuzione degli abusi e della sofferenza delle vittime. In modo affine, ciò accade con i provvedimenti emanati nell'ambito dei procedimenti c.d. *de responsabilitate*. Tali atti, infatti, non sempre poggiano su un'approfondita valutazione della situazione specifica che tenga conto dei diversi fattori, tra i quali gli eventuali episodi di violenza all'interno del contesto familiare. Il mancato riconoscimento del fenomeno violento, come elemento di rilievo ai fini dell'analisi, rende quest'ultima, non solo parziale, ma anche dannosa per la madre-vittima, i cui eventuali atteggiamenti "oppositivi" verso il padre della prole possono essere erroneamente giudicati e quindi portare all'adozione di un provvedimento limitativo della capacità genitoriale della donna e all'allontanamento del figlio dalla stessa<sup>9</sup>. La mancata individuazione della violenza deriva da una molteplicità di fattori, tra i quali è necessario menzionare la falla all'interno del patrimonio culturale della società, nella quale fioriscono stereotipi e pregiudizi di genere che tendono a far percepire, a livello collettivo e sistematico, la violenza sulle donne come un qualcosa di accettabile o, addirittura, addebitabile alla vittima stessa<sup>10</sup>. Al contempo, tale pregiudizio culturale non risulta, di converso, compensato dalla predisposizione di uno specifico sistema di formazione per gli addetti ai lavori (avvocati, magistrati, consulenti tecnici, operatori dei servizi sociali ecc.), i quali risultano privi degli strumenti necessari per operare adeguatamente in tali contesti. Su questa grave lacuna del sistema, si è pronunciato, nel quadro dell'ordinamento italiano, anche il Consiglio Superiore della Magistratura, il quale ha sottolineato l'importanza di una specifica formazione in materia di violenza di genere e domestica e ha, peraltro, spostato l'attenzione sulla necessità di coordinamento tra processo penale e civile in questa materia<sup>11</sup>. Quest'ultimo spunto risulta tutt'altro che marginale considerando che la maggior parte dei casi di vittimizzazione secondaria si manifesta nei settori civilistico e minorile in cui il tema della violenza è sentito solo secondariamente, a differenza di quanto accade in ambito penalistico, settore in cui proliferano gli interventi legislativi, volti, per la maggior parte, all'inasprimento delle pene e alla creazione di nuove fattispecie incriminatrici. Questa strategia, a causa del mancato coordinamento tra i vari rami della giustizia, per quanto sicuramente utile al contrasto alla violenza di genere, non risulta risolutiva. Il coordinamento dovrebbe impedire quelle situazioni in cui un soggetto indagato e condannato per le violenze commesse a danno della madre dei suoi figli nel quadro

8 L'Istat, attraverso i dati raccolti nel 2015, ha rilevato che la maggior parte delle donne che subisce violenza dal proprio *partner* ha figli. Questi bambini, pertanto, si ritrovano testimoni delle violenze e, pur non costituendone direttamente l'oggetto, riportano gravi danni psicologici, i quali, se non opportunamente trattati, possono diventare irreparabili. In considerazione di ciò, anche la "mera" violenza assistita costituisce, per la vita e l'integrità fisica del minore, un "grave pregiudizio", idoneo a giustificare, nell'ordinamento italiano, non solo l'eventuale allontanamento, ma anche la decadenza dalla responsabilità genitoriale del genitore maltrattante. I dati Istat su "la violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia", 5 giugno 2015, [www.istat.it/it/files/2015/06/Violenze\\_contro\\_le\\_donne.pdf](http://www.istat.it/it/files/2015/06/Violenze_contro_le_donne.pdf)

9 Per la trattazione di tale argomento si rinvia ai paragrafi successivi. Qui importa, semplificativamente, riportare che ciò si verifica quando la donna, traumatizzata dalle precedenti violenze, assume nei confronti del responsabile delle stesse, un atteggiamento oppositivo che, a causa del mancato riconoscimento della violenza, non viene interpretato come un atteggiamento di difesa, ma disfunzionale, volto alla distruzione del rapporto padre-figlio. E, perciò, incapace di essere una buona madre, meritevole di una piena responsabilità genitoriale.

10 Con l'espressione "*victim blaming*" si allude all'emarginazione e alla svalutazione della vittima. Si tratta di un fenomeno che affonda le proprie radici nella convinzione che la sofferenza dell'offeso sia ricollegabile a un suo comportamento, e che, pertanto, lo stesso se la sia, in qualche modo, "meritata". Per approfondire: W. Ryan, *Blaming the victim*, New York, 1971.

11 Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica (delibera 9 maggio 2018) e Monitoraggio del 3 novembre 2021.

del procedimento penale, possa essere, contemporaneamente, considerato nelle aule civili e minorili un genitore adeguato al pari dell'altro, vittima dei maltrattamenti<sup>12</sup>.

La vittimizzazione secondaria, in quanto fenomeno complesso, richiede, pertanto, una attenta trattazione.

## 2. Strumenti di contrasto al fenomeno: efficacia reale o mero proclama?

Il fenomeno della vittimizzazione secondaria, come emerso dalle precedenti riflessioni, è figlio di un problema più ampio e radicato quale risulta essere quello della violenza di genere e costituisce, come tale, una piaga che non conosce confini geografici e imperversa in tutto il mondo, seppur con diversa intensità. In conseguenza di ciò, le soluzioni per il contrasto di un fenomeno globale non possono che essere a loro volta tali. Non sorprende, pertanto, che negli ultimi decenni, della violenza di genere, non si siano occupate solo le normative nazionali, ma anche quelle internazionali, le quali hanno ricondotto il contrasto a tale fenomeno all'alveo della tutela dei diritti umani. Tale prospettiva è stata presa in considerazione anche dai giudici di Strasburgo che, nella sentenza in esame, hanno dedicato particolare attenzione alla Convenzione di Istanbul del 2011<sup>13</sup>. Tale trattato ricopre un ruolo importante in materia sia perché è uno tra i primi trattati internazionali a contenere una definizione della "violenza contro le donne basata sul genere"<sup>14</sup> sia perché impone agli Stati che l'hanno ratificata, da un lato, di astenersi dal compimento di qualunque atto che integri violenza sulle donne e, dall'altro, di adottare tutte le misure legislative o di altro tipo necessarie per esercitare la *debita diligenza* nel prevenire, indagare, punire i responsabili e risarcire le vittime di violenza posta in essere da soggetti non statali. L'art. 5, che parla espressamente di "*due diligence*" rimanda alla distinzione tra i c.d. obblighi di risultato e i c.d. obblighi di condotta (o *due diligence*), operante, non solo nel diritto internazionale generale, ma anche nell'ambito dei diritti umani<sup>15</sup>. In virtù di tale classificazione è possibile riscontrare i primi, quando la norma pretenda il raggiungimento di un determinato esito, e i secondi, quando la regola imponga un certo comportamento, a prescindere dal risultato dello stesso<sup>16</sup>. La ratio sottesa a tale distinzione è da ricondurre alla impossibilità di poter pretendere dagli Stati la realizzazione di certi scopi aventi natura aleatoria. La Convenzione di Istanbul, quindi, nonostante la sua importanza nel quadro delle relazioni internazionali, non può che limitarsi a chiedere agli Stati di impiegare i "*best efforts*" nella lotta alla violenza di genere senza poterli, però, vincolare al raggiungimento di determinati risultati; circostanza che crea un *vulnus* all'interno del sistema di tutela delle vittime. Ai fini dell'indagine risulta di vitale importanza soffermarsi su alcune disposizioni della Convenzione, dedicate al contrasto della violenza di genere, alle quali nella sentenza in esame la Corte ha riservato una particolare attenzione.

- 
- 12 La rilevanza di tale disfunzione sistemica, in materia di violenza familiare, emerge dal tentativo del legislatore italiano di porvi rimedio attraverso l'introduzione all'interno del Codice di procedura civile di una serie di disposizioni, quali, ad esempio, gli artt. 473-*bis* 42, comma 3 e 5, e 473-*bis* 44, comma 1, a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 149/ 2022.
- 13 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011. Per un approfondimento si rinvia a: S. Braschi, *Combating domestic violence against women: does italian legislation comply with Istanbul Convention?*, in *European Criminal Law Review*, 2022, p. 312 ss.; S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, 2016; J.A. McQuigg Ronagh, *The Istanbul Convention, domestic violence and human rights*, Londra, 2017.
- 14 Art. 3, lett. d., "l'espressione violenza contro le donne basata sul genere designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato".
- 15 Per approfondire, si rinvia a: J. Bourke-Martignoni, *The history and development of the due diligence standard in international law and its role in the protection of women against violence*, in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, 2008, p. 47 ss., R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989; R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani*, Torino, 2020; M. Monnheimer, *Due diligence obligations in international human rights law*, Cambridge, 2021.
- 16 Questo diverso punto focale delle disposizioni si riflette anche sul loro eventuale inadempimento. Infatti, mentre nella prima categoria di obblighi, l'inottemperanza deriva dal mancato raggiungimento dell'obiettivo, nella seconda classe, l'inadempimento dipende dalla circostanza che l'obbligato non abbia usato la diligenza richiesta. Tale classificazione, per quanto utile, rivela, però, una certa astrattezza della tutela, considerato che la diligenza richiesta varia a seconda delle circostanze concrete. Ciò, pertanto, renderebbe aleatoria la natura dell'obbligo e, di conseguenza, particolarmente complesso l'onere della prova dell'inadempimento.

L'art. 15, ad esempio, evidenzia l'importanza di un'adeguata formazione delle figure professionali che entrano in contatto con le vittime, la quale rende gli operatori in grado, non soltanto di prevenire e individuare la violenza, ma anche, specificamente, di contrastare il fenomeno della vittimizzazione secondaria.

L'art. 18, invece, impone agli Stati l'adozione di misure legislative o di altro tipo che siano volte alla protezione della vittima e che favoriscano un approccio globale del problema attraverso la predisposizione di "adeguati meccanismi di cooperazione efficace" tra tutti gli operatori coinvolti, statali e no. Le iniziative in questione, per essere efficaci, devono basarsi su un'effettiva comprensione della violenza di genere, intesa come fenomeno lesivo, non solo della sicurezza delle vittime, ma anche dei diritti umani delle stesse. Perciò è importante che l'approccio al problema sia integrato e prenda in considerazione, non semplicemente il rapporto vittima-carnefice, ma abbracci il più ampio contesto sociale, garantendo così l'attenzione a tutti i soggetti coinvolti, tra cui i minori. Ed è proprio ai bambini che sono dedicati gli artt. 18, par. 3, e 31 della Convenzione. Il primo articolo, incoraggia gli Stati a adottare tutte quelle misure, legislative o di altro tipo, che agevolino la considerazione dei diritti e dei bisogni dei minori nell'ambito dei servizi di supporto e protezione delle vittime. Il secondo, invece, si focalizza su un argomento più specifico, quale risulta essere il tema della custodia dei figli e dei diritti di visita. In tale delicato contesto è, infatti, di fondamentale importanza che sia tenuto conto degli episodi di violenza in modo tale che, nella determinazione di tali diritti, non vengano lese le prerogative dei minori. La tutela del bambino, oggetto diretto o indiretto delle condotte violente, riveste una rilevanza così manifesta che l'art. 45 giunge alla legittimazione della "privazione della patria potestà" se necessario alla tutela dell'interesse superiore del minore<sup>17</sup>, non altrimenti garantibile.

A seguito della ratifica ed esecuzione della Convenzione – attraverso la legge n. 77/ 2013<sup>18</sup> – l'ordinamento italiano ha dovuto subire, negli anni, delle modifiche che consentissero l'adeguamento dello stesso al trattato, entrato in vigore il 1° agosto 2014 in virtù del raggiungimento del prescritto numero di dieci ratifiche. Esempio lampante di ciò, tra i vari interventi effettuati, risultano: l'introduzione dell'aggravante comune *ex art. 61 c.p.*, n. 11- *quinquies*<sup>19</sup>, l'istituzione della misura preventiva dell'ammonimento da parte del questore anche per condotte di violenza domestica e, da ultimo, l'adozione del c.d. codice rosso<sup>20</sup>.

La Convenzione, per garantire l'effettivo adempimento da parte degli Stati aderenti, ha istituito un organismo di esperti indipendenti, il GREVIO ("Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence"), incaricato di monitorare l'attuazione della stessa negli ordinamenti interni. Tale gruppo, in occasione della pubblicazione, nel 2020, di un *report*<sup>21</sup>, riguardante l'applicazione del trattato nell'ambito dei procedimenti attinenti all'esercizio e alla titolarità della responsabilità genitoriale in Italia, si è in particolar modo soffermato sull'attuazione degli artt. 26 e 31, rubricati rispettivamente "protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza", e "custodia dei figli, diritti di visita e sicurezza", della Convenzione. Nel rapporto<sup>22</sup>, il GREVIO ha verificato, in riferimento all'art. 26, che la mancanza di adeguata formazione dei professionisti osta all'entrata dei minori nei servizi di sostegno e protezione che la norma convenzionale prevede. Nel testo, infatti, si legge "*a major obstacle hampering such access is the lack of a proper understanding of gender-based violence and its effects on children among professionals working in social services. The crux of the problem lies in the tendency of competent agencies, in particular social services, to minimise violence, overlook the danger it poses to the safety and well-being of the mother and the child, and blame victims for the difficult relationship between the violent father and the child. In these circumstances, many child witnesses are not receiving the support that is in their best interest*".

In riferimento all'art. 31, il GREVIO denuncia<sup>23</sup> che nessuna legge in vigore in Italia, al momento, prevede espressamente l'obbligo per gli enti istituzionali di assicurare che, nell'ambito della determinazione dei diritti di affidamento e di visita, venga tenuto conto degli episodi di violenza, come, invece, richiesto dalla disposizione convenzionale. Al contempo, non è presente nell'ordinamento nazionale alcuna disposizione che riconosca la violenza domestica come causa di revoca, sospensione o limitazione

17 Per la trattazione di tale argomento si rinvia ai paragrafi successivi.

18 L. 27 giugno 2013 n. 77.

19 "L'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza".

20 L. n. 69/ 2019, integrata dalla Legge delega n. 134/2021, attuata dal D.lgs. n. 150/2022.

21 [www.coe.int/en/web/istanbul-convention/italy](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/italy)

22 Al paragrafo 161.

23 Al paragrafo 180.



della responsabilità genitoriale. L'organismo sottolinea, pure, come l'assenza di rinvii espliciti al trattato rende la tutela delle vittime solo teorica, e non reale come dovrebbe essere. La vaghezza delle norme<sup>24</sup>, oltre a non garantire una protezione effettiva, in certi frangenti, può penalizzare la vittima stessa, esponendola al rischio di vittimizzazione secondaria. Tali dati vengono, inoltre, confermati dal Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria, dal quale emerge che, in gran parte dei Tribunali italiani, il fenomeno della violenza non sia oggetto di particolare attenzione e, specificamente, come lo stesso non sia opportunamente valutato nei procedimenti civili e minorili<sup>25</sup>. Da ulteriori verifiche condotte sulla giurisprudenza<sup>26</sup>, sia di legittimità sia di merito, rileva che la Convenzione, sebbene sia stata ratificata nel 2013, viene espressamente richiamata nei provvedimenti giudiziari delle Corti di merito solo a partire dal biennio 2017-2018 e, nelle decisioni di legittimità della Corte di Cassazione, solo successivamente agli anni 2020-2021<sup>27</sup>.

Con riguardo all'art. 8 della Convenzione, nella sentenza in esame, la Corte europea dei diritti umani coglie occasione per puntualizzare il contenuto di questa norma che ricopre un ruolo di fondamentale importanza, non solo a livello internazionale, ma anche nazionale, in considerazione dei diritti alla protezione dei quali è preposta. L'art. 8, seppur semplificativamente titolato "diritto al rispetto della vita privata e familiare", si occupa, com'è noto, della tutela di ben quattro distinte sfere dell'autonomia personale<sup>28</sup>: la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza. La norma aspira alla protezione di tali diritti da qualunque indebita ingerenza, da parte delle pubbliche autorità, attraverso la predisposizione, in capo agli Stati aderenti, di obblighi di natura sia negativa sia positiva. I primi impongono ai soggetti passivi l'astensione da qualunque misura (ad esempio, legislativa), atto (ad esempio, amministrativo) o condotta (ad esempio, un comportamento materiale della pubblica autorità) in grado di integrare l'indebita ingerenza. I secondi, invece, obbligano lo Stato a proteggere le prerogative degli individui attraverso il compimento di un *facere*, che, solitamente, coincide con la predisposizione di misure che rendano effettivo l'esercizio e la tutela dei diritti riconosciuti. La protezione offerta dall'art. 8, pertanto, non ha carattere assoluto, in quanto è rivolta alle sole ingerenze che, a causa del mancato rispetto delle condizioni di legalità<sup>29</sup>, finalità legittima<sup>30</sup> e proporzionalità<sup>31</sup>, vengono considerate "indebite".

- 
- 24 Esemplicativa, di quanto denunciato dal GREVIO, risulta la formulazione dell'art. 330 c.c., il quale, nonostante sia dedicato a un istituto straordinariamente delicato, quale è la decadenza dalla responsabilità genitoriale, invece di menzionare espressamente la violenza come causa di pregiudizio per il figlio e, di conseguenza, come base giustificativa di tale provvedimento, parla, astrattamente, di violazione e trascuranza dei doveri o abuso dei poteri da parte del genitore. Enunciato che, data la sua estrema genericità non è idoneo a garantire l'effettività della tutela, poiché chi interpreta e applica la norma potrebbe farvi rientrare la violenza, ma non vi è obbligato.
- 25 Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria, Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, DOC. XXII -bis, n.4, 17 giugno 2021.
- 26 Sul punto, Relazione: la vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l'affidamento e la responsabilità genitoriale, Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, [www.senato.it/leg/18/BGT/Testi/Allegati/00000366.pdf#page56](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Testi/Allegati/00000366.pdf#page56)
- 27 Per i provvedimenti di merito, fra i vari, si rinvia a: Tribunale di Roma, sentenza del 15 dicembre 2020 n. 17902; Tribunale di Terni, sentenza del 3 settembre 2021 n. 709. Per le decisioni di legittimità, fra tutte, si rinvia a: Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 17 novembre 2021 n. 35110.
- 28 L. Tomasi, *Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 298. Più ampiamente, si rinvia a: M. Sturiale, R. Russo, *Responsabilità e tutela dei diritti nella vita privata e familiare*, Milano, 2016.
- 29 La soddisfazione del requisito di legalità dipende dall'esistenza di una base giuridica che giustifichi l'intromissione e che soddisfi i caratteri di accessibilità, in virtù della quale il testo deve risultare chiaro e preciso e deve essere reso adeguatamente pubblico, e prevedibilità, in base alla quale i destinatari del disposto siano in grado di prevedere gli effetti che l'atto riconnette a determinati comportamenti. Si veda: Corte Edu, 8 aprile 2021, *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, par. 266- 269; Corte Edu, 14 febbraio 2023, *Byčenko c. Lituania*, par. 101- 103.
- 30 L'intrusione è da considerarsi legittima quando la sua messa in essere è giustificata dalla soddisfazione di interessi ritenuti meritevoli e, in quanto tali, contenuti nella c.d. clausola di limitazione. Le finalità elencate possono essere raggruppate in tre ampi gruppi, in base alla titolarità dell'interesse: la tutela della sicurezza e difesa nazionale è attribuibile allo Stato; il benessere economico e la prevenzione della criminalità al corpo sociale; la protezione dei diritti e delle libertà altrui ai privati. Si veda: *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, cit., par. 272; Corte Edu, 15 novembre 2022, *A e altri c. Islanda*, par. 81- 84.
- 31 L'ingerenza deve essere commisurata alla finalità che si vuole perseguire. La giurisprudenza della Corte non ha ancora provveduto all'attribuzione di una puntuale nozione della proporzionalità, il che comporta che la stessa vada, di volta in volta, valutata alla luce delle circostanze concrete. Si veda: Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odievre c. Francia*, par. 40- 42; Corte Edu, 25 febbraio 1997, *Z c. Finlandia*, par. 94.

L'intero sistema di garanzia predisposto dall'art. 8 si basa su una valutazione operata dalle autorità nazionali<sup>32</sup> e volta al corretto bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, non sempre coincidenti. Sebbene nel compimento di tale ponderazione lo Stato goda di un certo margine di apprezzamento, che si restringe o amplia a seconda delle circostanze concrete, la Corte è competente ad esercitare sullo stesso un controllo, il quale è volto, non soltanto all'accertamento della ragionevolezza, accuratezza e buona fede adottate dalle autorità nazionali nell'ambito dell'ingerenza, ma anche alla verifica del regolamento di interessi risultante dal bilanciamento. Attraverso tale vaglio, la Corte ha modo di appurare se gli Stati abbiano debitamente tenuto in considerazione tutti i fattori rilevanti per l'equo bilanciamento degli interessi, il quale costituisce un requisito di correttezza procedurale nell'esercizio della discrezionalità<sup>33</sup>.

Sebbene l'ingerenza possa avvenire all'interno di quattro sfere personali, in questo caso specifico, interessa solo quella incidente la vita privata e familiare degli individui. Volgendo preliminarmente lo sguardo al concetto di vita privata, è necessario affermare che, al momento, non esiste una definizione puntuale dello stesso. La Corte, infatti, si limita ad attribuirgli una portata ampia, all'interno della quale è possibile individuare, grazie alla giurisprudenza della stessa, una serie di importanti valori, tra i quali, ai fini del caso concreto, rilevano il diritto all'integrità fisica<sup>34</sup> e psicologica<sup>35</sup>. Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani emerge l'importanza che gli obblighi positivi, sopra esaminati, ricoprono nella tutela di tale diritto. L'esortazione più importante proveniente dalla stessa è orientata alla predisposizione, da parte degli Stati, di misure che rendano effettivi e accessibili i mezzi per la garanzia della vita privata. Questo discorso assume una certa imperatività per quanto concerne la protezione di minori o donne vittime di violenza, poiché quest'ultima rappresenta una minaccia, *in primis*, all'integrità psico-fisica degli offesi e, di riflesso, alla vita privata degli stessi. Soprattutto in ordine alla sicurezza dei minori, è necessario che gli Stati, nell'adempiere agli obblighi positivi da cui sono gravati, emanino misure ragionevoli ed efficaci, idonee, non solo a contrastare, ma anche a prevenire i maltrattamenti e gli abusi, di cui le stesse autorità sono o dovrebbero essere edotte. Nell'ambito di tali misure è importante che vengano tenute in alta considerazione e rispettate sia la dignità umana sia il superiore interesse del minore<sup>36</sup>.

Il concetto di vita familiare, invece, viene ormai interpretato dalla Corte come il diritto di vivere insieme in modo tale che i membri della famiglia possano sia rafforzare il loro legame<sup>37</sup> sia godere della reciproca compagnia<sup>38</sup>. Ciononostante, può accadere che l'ambiente familiare non rappresenti un luogo idilliaco in cui i soggetti possano liberamente svilupparsi, ma un ambiente disfunzionale in cui trovano terreno fertile violenze e abusi. Tali circostanze possono determinare la legittimità di un'eventuale ingerenza da parte dello Stato nel contesto familiare. In questi momenti le autorità nazionali sono chiamate a compiere delle valutazioni, le quali sono rese possibili grazie all'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alle stesse dall'art. 8 il quale, pur non contenendo espliciti requisiti procedurali, chiede che, nell'ambito del processo decisionale inerente all'intromissione nella sfera privata, siano rispettati una serie di principi. Il più importante tra questi è quello di equità, attraverso il quale, per esempio, si rende possibile ai soggetti interessati la partecipazione all'*iter* e la possibilità di esporre le proprie osservazioni (*ex art. 6 Convenzione europea dei diritti umani*). Tale ampio margine viene, però, sottoposto a un controllo particolarmente rigoroso quando a essere coinvolto è il superiore interesse del minore, soprattutto, in occasione di delicati frangenti quali la determinazione del diritto di visita, l'affidamento o la limitazione della responsabilità genitoriale. Premesso che, in condizioni ordinarie, gli interessi dei genitori e della prole coincidono e hanno come fulcro l'unità del nucleo, può accadere che gli stessi, in particolari circostanze, non siano più allineati. Sebbene la regola preveda che l'interesse superiore del minore sia volto alla conservazione dei rapporti familiari, in situazioni eccezionali, in cui la famiglia si riveli particolarmente inidonea a garantire il benessere del bambino, il contenuto di tale concetto può giungere a propendere per la rescissione dei legami. In virtù della radicata importanza nel sistema dell'unità familiare, la giurisprudenza della Corte puntualizza che, anche quando venga disposto un

32 In ossequio al principio di sussidiarietà, le autorità nazionali sono considerate le prescelte per questo compito, in virtù della prossimità ai cittadini.

33 L. Tomasi, *Art. 8: Diritto al rispetto cit.*, p. 308.

34 Si veda: Corte Edu, 27 maggio 2021, *J.L c. Italia*, par. 118.

35 Si veda: Corte Edu, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia* [GC], par. 80.

36 Si veda: Corte Edu, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65.

37 Si veda: Corte Edu, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, par. 31.

38 Si veda: Corte Edu, 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*, par. 59.

allentamento dei rapporti, le autorità competenti devono, con ogni sforzo, agire per la ricostruzione di un sano ambiente familiare che permetta il salutare sviluppo emotivo dei suoi membri.

### 3. Interesse superiore del minore: un diritto sostanziale, un principio giuridico e una regola procedurale

Al fine della soluzione del caso, la Corte ha richiamato regolarmente il c.d. “interesse superiore del minore”, la cui disciplina fondamentale è contenuta, al giorno d’oggi, nella Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989<sup>39</sup>. Il trattato del 1989, per realizzare la tutela del “*best interests of the child*”, da un lato, ha predisposto speciali garanzie per la protezione dei fanciulli (in varie ipotesi quali gli abusi, lo sfruttamento economico e sessuale, la violenza in famiglia ecc.) e, dall’altro lato, ha onerato gli Stati aderenti di adempiere a importanti obblighi positivi volti alla garanzia di adeguati *standards* di vita per i minori. Al fine di controllare i progressi compiuti dagli Stati in questo senso, la Convenzione ha istituito il Comitato sui diritti del fanciullo, costituito da 18 esperti indipendenti. Nell’espletamento di tale funzione, questo organismo monitora l’attuazione del trattato attraverso l’esaminazione di rapporti che gli Stati devono inoltrare periodicamente e, allo scopo di orientare gli stessi nell’adempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione, fornisce l’esatta interpretazione del contenuto delle norme sui diritti umani attraverso la pubblicazione di commenti generali. Proprio all’interno di uno di questi<sup>40</sup>, il Comitato ha provveduto alla definizione di ciò che è effettivamente il superiore interesse del minore. Il concetto presenta una natura particolarmente complessa e dinamica la quale permette allo stesso di esistere sotto tre differenti aspetti. Come diritto sostanziale, in virtù del quale ogni minore, nell’ambito del bilanciamento di interessi differenti, vanta una legittima pretesa a che il suo interesse sia considerato prevalente rispetto a quello degli altri soggetti coinvolti<sup>41</sup>. Come principio giuridico, in virtù del quale qualora, nell’ambito dell’attività ermeneutica, una norma sia aperta a plurime interpretazioni, tra le varie, dovrà prevalere quella più idonea a garantire la tutela dell’interesse del fanciullo. E, infine, come regola procedurale, in virtù della quale, nell’ambito di un *iter* decisionale idoneo a incidere sulla posizione del minore, è necessario che si provveda sia alla valutazione di tutti gli elementi rilevanti per la decisione, sia alla determinazione dell’interesse del minore attraverso il rispetto di rigorose garanzie procedurali. A causa della natura multiforme di tale concetto, il Comitato stesso rileva l’impossibilità di poterne definire aprioristicamente il contenuto, che, pertanto, dovrà essere determinato caso per caso attraverso una valutazione su base individuale che tenga conto del contesto personale, delle circostanze concrete (età, sesso, maturità, ambiente sociale e culturale ecc.) e delle specifiche necessità di quel determinato individuo.

In base all’art. 3, par. 1, della Convenzione, valutazione e determinazione rappresentano due momenti necessari per conferire concretezza all’astratto concetto dell’interesse superiore del minore. Una volta fatto ciò, lo stesso deve rappresentare “una considerazione permanente”. Tale ruolo di preminenza deve essergli assicurato “in tutte le azioni che riguardano minorenni, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi”. La minuziosità del disposto è giustificata dall’intenzione di offrire all’interesse la copertura più ampia possibile. Infatti, sotto il termine “azione”, il Comitato è riuscito a ricondurre tutta una serie di fattispecie che, altrimenti, sarebbero rimaste escluse. La parola in questione comprende, non solo le decisioni, gli atti, i comportamenti, le proposte o misure di altro tipo, ma anche l’inazione e le omissioni

39 Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, New York, 20 novembre 1989. Sebbene la disciplina cardine sia contenuta in tale trattato, è d’uopo puntualizzare che si rinvengono riferimenti al “*best interests of the child*” anche in altri documenti più risalenti, come, ad esempio, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, GA, A/RES/1386(XVI), 20 novembre 1959, par. 2.

40 Commento Generale n. 14, *On the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration*, Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia, CRC/C/GC/14, 29 maggio 2013.

41 Nel quadro dell’ordinamento italiano, a proposito della considerazione prevalente di cui l’interesse del minore beneficia, la Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2021 n. 33, ha voluto specificare che lo stesso “non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro contro interesse in gioco”, dal momento che ciò sarebbe idoneo a renderlo “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e garantite. Per approfondire la particolare questione, si rinvia a: E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016. Per un approfondimento più generale sul tema, si rimanda a: V. Lorubbio, *The best interests of the child. More than a right, a principle, a rule of procedure of international law*, Napoli, 2022; M. Bianca, *The best interest of the child*, Roma, 2021.

delle autorità competenti<sup>42</sup>. L'onere di tenere in debita considerazione il superiore interesse del minore riguarda una vasta gamma di soggetti, fra i quali assumono particolare rilevanza i tribunali<sup>43</sup>. Tra le varie cause affidate a tali organi, una notevole attenzione è dedicata, nel Commento, alle cause civili, in considerazione della delicatezza delle questioni che possono essere trattate all'interno delle stesse. In special modo rilevano le procedure di divorzio, di affidamento, di adozione e via dicendo, per la loro idoneità a generare un significativo impatto sulla vita, non soltanto del minore, ma di tutti i soggetti coinvolti. L'astrattezza dell'interesse superiore del fanciullo se, da un lato, favorisce la maggiore adattabilità dello stesso alle varie situazioni, dall'altro lato, può diventare oggetto di manipolazioni, soprattutto, nei delicati ambiti sopra indicati.

L'iter volto alla eventuale separazione del minore da uno o da ambedue i genitori rappresenta uno dei luoghi in cui è essenziale definire il reale contenuto dell'interesse del bambino, così da scongiurare eventuali manipolazioni da parte degli stessi genitori. L'allontanamento del fanciullo rappresenta nel sistema giuridico una misura di *extrema ratio*, assunta in deroga al principio di unità familiare, di cui si occupa l'art. 9 della Convenzione. Tale norma, infatti, dispone che il minore non venga separato dai genitori, a meno che tale allontanamento si riveli indispensabile per tutelare l'interesse dello stesso. Qualora, pertanto, si verifichi tale eventualità, il figlio ha comunque diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali con il genitore (o i genitori) da cui è stato allontanato, purché ciò non sia contrario al superiore interesse del bambino. Alla base dei provvedimenti adottati in caso di situazioni familiari disfunzionali deve esserci un'importante valutazione di tutti gli elementi rilevanti, tra i quali non può mancare l'eventuale accertamento di episodi di violenza domestica. Tale materia, pertanto, non tollera alcuna presunzione astratta, ma richiede una valutazione concreta e una ponderazione bilanciata degli interessi in gioco. La raccolta di fatti e informazioni utili per tale analisi deve essere affidata a professionisti qualificati<sup>44</sup> o, meglio, a un *team* multidisciplinare, in grado di conferire a ciascun fattore il giusto peso. Nell'ambito di tali valutazioni può anche verificarsi l'emersione di un'incompatibilità tra la posizione del minore e quella dei genitori. Ciò accade, soprattutto, quando venga disposto l'allontanamento della prole da uno dei genitori a causa del compimento, da parte di quest'ultimo, di condotte considerate pregiudizievoli per la stessa. In questo caso, da un lato, si profila l'interesse del genitore non collocatario al mantenimento di un rapporto continuativo coi figli attraverso l'esercizio del diritto di visita<sup>45</sup>, in ossequio al principio di bigenitorialità<sup>46</sup>, e, dall'altro lato, l'interesse del minore a conservare, sì, un legame col genitore, purché conforme al benessere psico-fisico e allo sviluppo olistico dello stesso.

La distinzione tra la posizione del genitore e quella della prole è il risultato di un importante processo evolutivo che ha favorito l'emancipazione dell'interesse superiore del minore dal principio di bigenitorialità, il quale era, fino a pochi anni fa, considerato, a causa di un'errata e distorta interpretazione, il fulcro del "*best interests of the child*". Tale rappresentazione restrittiva risultava, peraltro, contraria a varie norme internazionali, tra cui la stessa Convenzione di Istanbul.

Al di là dell'accertamento e della susseguente valutazione degli elementi rilevanti ai fini dell'equo bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, risulta di fondamentale importanza il coinvolgimento del minore all'interno del procedimento attraverso l'ascolto delle sue opinioni<sup>47</sup>. Allo stesso, infatti, viene riconosciuto il diritto di esprimere liberamente le proprie osservazioni su ogni questione che lo riguardi e

42 Elemento di centrale importanza poiché consente di ritenere lo Stato responsabile, anche nel caso in cui lo stesso si limiti a non agire per la protezione dei minori da eventuali abusi.

43 Il termine "tribunali" va interpretato in modo ampio così da far rientrare tutti i procedimenti giudiziari, gestiti da giudici sia togati sia onorari, e stragiudiziali (conciliazione, mediazione e arbitrato). Sul punto: Commento Generale n. 14, *On the Right of the Child cit.*, pp. 16-17.

44 Per professionisti qualificati, il Comitato intende soggetti specializzati in psicologia e sviluppo infantile o in altri campi adiacenti.

45 Sulla possibilità di mantenere un rapporto significativo tra genitori e figlio, anche in caso di allontanamento, si veda: Corte Edu, 8 luglio 2003, *Sahin c. Germania*, par. 65. Per quanto concerne il diritto di visita del padre, questo si presume conforme all'interesse del fanciullo fino a prova contraria, si rinvia a: *Sahin c. Germania, cit.*, parr. 85-95.

46 Nel quadro dell'ordinamento italiano, la consacrazione a livello normativo del principio di bigenitorialità è avvenuta con l'emanazione delle disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, L. n. 54/2006.

47 Il diritto all'ascolto del minore è tutelato a livello sia internazionale, ad esempio nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (sopra esaminata), sia nazionale, agli artt. 336 *bis* c.c. e 473-*bis* 6 c.p.c. Dell'importanza dell'audizione del minore si è occupata anche la Corte di cassazione la quale, con l'Ordinanza del 2 settembre 2021 n. 23804, ha riconosciuto l'ascolto del fanciullo, non solo come un diritto di quest'ultimo, ma anche come un atto istruttorio necessario, il cui assolvimento è previsto a pena di nullità. Il giudice, infatti, può astenersi dal compimento di tale adempimento qualora l'audizione si riveli contraria all'interesse del bambino o manifestamente superflua, a condizione, però, che dia atto delle sue ragioni con provvedimento motivato. L'essenzialità dell'ascolto emerge anche dal disposto dell'art. 473-*bis* 6 c.p.c. che lo identifica come



che alle medesime venga attribuito il giusto peso, tenendo in considerazione l'età e il grado di maturità del minore<sup>48</sup>. Sebbene sul piano formale tale diritto sia garantito, in concreto lo stesso risulta spesso eluso. Ciò accade nei casi in cui il personale competente, come i servizi sociali, giunge a qualificare l'ascolto del minore superfluo. Questa dannosa decisione viene spesso giustificata adducendo una ventilata incapacità del bambino di esprimere le proprie opinioni in modo libero, a seguito del condizionamento del genitore collocatario. Influenza che, per gli addetti ai lavori, rende del tutto inattendibili le parole del figlio.

#### 4. Consulenza tecnica unica: il grimaldello che ha favorito l'accesso della sindrome di alienazione parentale nelle aule giudiziarie

Il condizionamento psicologico, cui fanno spesso riferimento i servizi sociali o i consulenti tecnici nelle loro relazioni, ha assunto una notevole rilevanza nel corso degli ultimi anni a causa della teorizzazione da parte del medico statunitense, Richard Gardner, nel 1985, della c.d. Sindrome di alienazione parentale (PAS). Nelle sue osservazioni, lo studioso rileva come, molte volte, il bambino affidato alla madre subisce, da questa, una forte influenza volta all'allontanamento, non solo fisico, ma anche emotivo dal padre. Secondo tale teoria, il condizionamento sarebbe dovuto al compimento, da parte della madre "degenere", di sistematiche condotte quali, esemplificativamente, l'addizione di scuse per non permettere gli incontri padre-figlio, l'omissione di importanti informazioni concernenti la vita della prole o l'avviamento di una politica denigratoria a danno del genitore non collocatario. Il *modus operandi* materno, nel lungo termine, sarebbe idoneo a causare nel minore l'emersione della PAS, in conseguenza della quale, il figlio manifesterebbe un atteggiamento di chiusura e di opposizione nei confronti del padre. In virtù dell'incrollabile binomio "madre-malevola" e "padre-vittima", la teoria dell'alienazione parentale, è anche nota come la c.d. sindrome della madre malevola. Nonostante questi studi siano manifestamente frutto di una narrazione a senso unico basata su "stereotipi di genere"<sup>49</sup>, in molti ordinamenti, tra cui quello italiano, è accaduto che questa teoria abbia trovato modo di entrare all'interno delle aule giudiziarie. Ciò è dimostrato dalla circostanza che molti giudici abbiano posto gli indicatori tipici<sup>50</sup> di tale sindrome alla base di provvedimenti che incidevano sulla responsabilità genitoriale della madre o che disponevano l'allontanamento del minore dalla stessa. La mentalità misogina che permea questi atti è tale che, invece di cercare di capire il reale motivo alla base del comportamento oppositivo della madre e della prole verso il padre, quali, ad esempio, le violenze subite all'interno delle mura familiari, è considerato più probabile che, a giustificare tale atteggiamento, sia la natura malevola della donna. L'ingresso di tale teoria all'interno dei procedimenti, soprattutto nelle cause civili e minorili, aventi ad oggetto l'affidamento dei minori o la responsabilità genitoriale, ha comportato il mancato accertamento della violenza, elemento questo che rende la valutazione di giudici e ausiliari, non solo parziale, ma anche, come visto, dannosa. Tali dinamiche sono perfettamente riconducibili al fenomeno della vittimizzazione secondaria che tra i suoi effetti primari, annovera lo scoraggiamento della vittima a denunciare violenze e abusi subiti poiché timorosa, non solo di non essere creduta, ma di essere, addirittura, colpevolizzata. Per questo motivo, la sindrome di alienazione parentale viene considerata il bavaglio con cui zittire le donne abusate<sup>51</sup>. In ragione di ciò, era solo questione di tempo prima che l'ascientificità

---

strumento adatto all'individuazione dei motivi alla base di un eventuale rifiuto del minore nei confronti di uno o di entrambi i genitori.

- 48 Commento Generale n. 12, *The Right of the Child to be heard*, Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, CRC/C/GC/12, 20 luglio 2009.
- 49 Nella Relazione sull'impatto della violenza da parte del partner e dei diritti di affidamento su donne e bambini, Parlamento Europeo, 23 luglio 2021, A9-0254/ 2021, par. 41, si legge "la Sindrome di alienazione parentale e concetti e termini analoghi, che si fondano solitamente su stereotipi di genere, operano a scapito delle donne vittime di violenza domestica". Cfr. [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0254\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0254_IT.html)
- 50 Sebbene la sindrome risulti raramente menzionata espressamente nei provvedimenti, gli indicatori, ricollegabili alla stessa, sono frequentemente citati. Tra questi possono annoverarsi i termini: condizionamento, alienazione, conflitto di lealtà, ostruzionismo, mancato accesso al padre ecc.
- 51 A tale giudizio sulla PAS sono giunti vari studi condotti anche in altri paesi, tra cui è bene menzionare la ricerca effettuata recentemente in Inghilterra e contenuta nell'articolo: A. Barnett, *A genealogy of hostility: parental alienation in England and Wales*, 2020, p. 18 ss., in cui si legge che "PA is a concept that is proving more powerful than any other in silencing the voices of women and children resisting contact with abusive men. PA is not an 'equal' counterpart to domestic abuse, it is a means of obscuring domestic abuse,

di tale teoria fosse portata in superficie. A tal proposito, preme sottolineare che la PAS non è mai stata unanimemente accettata all'interno della comunità scientifica, come dimostrato dalla circostanza che la stessa non è menzionata tra i disturbi psichiatrici riconosciuti all'interno del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (c.d. DSM- 5). La negazione di validità a tale teoria è provenuta, non solo dal mondo scientifico, ma anche da quello giuridico, sia nazionale<sup>52</sup> sia sovranazionale<sup>53</sup>, e istituzionale<sup>54</sup>.

A questo punto, l'ultimo aspetto della vicenda su cui preme concentrare l'attenzione è lo strumento che ha permesso a una simile teoria di entrare in un luogo solenne, come quello delle aule giudiziarie. Il mezzo di cui si parla è rappresentato dalle consulenze tecniche uniche (CTU), le quali si rendono necessarie nel momento in cui il giudice ravveda la necessità del compimento di indagini, valutazioni o acquisizione di dati, per il cui svolgimento sono richieste specifiche competenze scientifiche o tecniche. Per tali attività viene, pertanto, nominato un esperto, il quale viene scelto dall'albo dei consulenti tecnici, presente in ogni tribunale. L'ordinamento italiano, pur riconoscendo la professionalità e la preparazione dell'ausiliario del giudice, attribuisce, però, a quest'ultimo il potere di dire l'ultima parola, in quanto *peritus peritorum*. Ciò comporta, pertanto, che il giudice, non solo non sia vincolato in modo definitivo alle conclusioni raggiunte dal perito, ma che possa anche discostarsene, in virtù del principio del libero convincimento. Nel deviare dalla relazione dovrà, però, adempiere all'obbligo di motivazione, in virtù del quale, all'interno del proprio provvedimento dovrà giustificare, in modo minuzioso, i motivi che l'hanno determinato a disattendere il parere. La stessa Corte di cassazione<sup>55</sup> ha statuito che il giudice, nella valutazione della CTU, deve verificare la validità scientifica dei criteri e dei metodi utilizzati dal perito, soprattutto, qualora questi si presentino come nuovi e sperimentali e, a causa di ciò, non possano essere ancora considerati acquisiti dalla comunità scientifica. In tali circostanze, è risultata di fondamentale importanza la predisposizione di linee guida, elaborate oltreoceano, alle quali i giudici devono attenersi nel vaglio della perizia, in modo tale da impedire l'accesso delle c.d. *junk science* all'interno del processo. Il criterio sovrano è quello della "generalizzazione scientifica", sulla base della quale un metodo o una teoria sono considerati validi scientificamente solo se in grado di superare la soglia di attendibilità, corroborata dalla comunità di riferimento. Nonostante ciò, il grande pericolo di tale strumento probatorio permane ed è ravvisabile nella circostanza che, in taluni casi in cui le competenze richieste risultino particolarmente tecniche, si rischia di assistere al trasferimento del potere decisorio dal giudice al perito. Questo preoccupante fenomeno, notevolmente diffuso in Italia, è stato anche denunciato dal GREVIO, proprio con riguardo al tema della vittimizzazione secondaria. L'organismo, infatti, ha accertato che "*civil law magistrates tend to rely on the conclusions of court-appointed experts (...) which often assimilate instances of violence to situations of conflict and entirely dissociate considerations pertaining to the relationship between the victim and the perpetrator from those regarding the relationship between the violent parent and the child. Moreover, victims' claims of abuse by their partner are often dismissed on such dubious grounds as the "parental alienation syndrome" and mothers are blamed for their children's reluctance to meet their violent father*"<sup>56</sup>. Anche dai dati raccolti dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere<sup>57</sup>, emerge che le decisioni, emesse a conclusione del processo, recepiscono *tout court* quanto contenuto nelle relazioni dei periti, comportando, di fatto,

---

*and should be recognized as such. We need to find 'other' ways of talking about children's welfare that recognize children's interlinked vulnerability, agency and relationships before any further harm is done to them".*

- 52 Corte di cassazione, sentenza del 20 marzo 2013 n. 7041, nella quale, in riferimento alla PAS si legge: "nei giudizi in cui sia stata esperita c.t.u. medico-psichiatrica (nella specie, allo scopo di verificare le condizioni psico-fisiche del minore e conclusasi con un accertamento diagnostico di sindrome da alienazione parentale), il giudice di merito, nell'aderire alle conclusioni dell'accertamento peritale, non può, ove all'elaborato siano state mosse specifiche e precise censure, limitarsi al mero richiamo alle conclusioni del consulente, ma è tenuto - sulla base delle proprie cognizioni scientifiche, ovvero avvalendosi di idonei esperti e ricorrendo anche alla comparazione statistica per casi clinici - a verificare il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale e che risulti, sullo stesso piano della validità scientifica, oggetto di plurime critiche e perplessità da parte del mondo accademico internazionale, dovendosi escludere la possibilità, in ambito giudiziario, di adottare soluzioni prive del necessario conforto scientifico e potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che intendono scongiurare".
- 53 Ris. 2019/ 2166 INI, Parlamento europeo, 6 ottobre 2021, sull'impatto della violenza da parte del partner e dei diritti di affidamento su donne e bambini.
- 54 Risposta del Ministero della Salute a interrogazione parlamentare n. 4-02405, 29 maggio 2020.
- 55 Corte di cassazione, sentenza del 16 aprile 1997, n. 2751.
- 56 Report, GREVIO, *cit.*, par. 182.
- 57 Commissione istituita con delibera del Senato della Repubblica 16 ottobre 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 249 del 25 ottobre 2018.

un'abdicazione del potere decisorio dal giudice al soggetto ausiliario, quale risulta essere il consulente tecnico. Nei procedimenti civili e minorili, pertanto, si assiste a una "de-giurisdizionalizzazione" della decisione, la quale viene assunta, non dall'organo giudicante, ma da un soggetto terzo. La realizzazione di un quadro così critico è stata possibile grazie all'assenza di specifica formazione degli addetti ai lavori i quali, pertanto, non risultano dotati degli strumenti necessari per il riconoscimento del fenomeno violento e, di conseguenza, per la valutazione delle misure che sarebbe appropriato adottare per la tutela delle vittime. Ciò determina l'adozione di provvedimenti stereotipati, non tenenti conto dei bisogni dei soggetti coinvolti e delle circostanze concrete, i quali sono idonei a causare la reiterazione di dinamiche e comportamenti violenti.

## 5. Un rinnovato sguardo alla sentenza della Corte: considerazioni conclusive

Nel caso in esame, i ricorrenti, la madre e i suoi due figli, adiscono la Corte di Strasburgo allo scopo di ottenere, da quest'ultima, una pronuncia che accerti la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 8 della Convenzione, volto alla tutela della vita privata e familiare. Nel rispondere a tale istanza, la Corte, non si limita all'emissione di un sintetico *decisum*, ma si impegna nell'elaborazione di una riflessione di ampio respiro, avente ad oggetto l'analisi della situazione concreta alla luce del diritto. La Corte, in tale spazio, esplicita che il suo scopo essenziale è quello di valutare, sulla base di tutti gli elementi rilevanti del caso, se i tribunali italiani intervenuti abbiano fornito una motivazione pertinente, sufficiente e, in generale, idonea a giustificare la decisione di sospendere la madre dalla responsabilità genitoriale<sup>58</sup>. La Corte, a tal riguardo, ricorda che i provvedimenti incisivi sulla vita privata e familiare, alla presenza di particolari condizioni sono considerati legittimi, nonostante rappresentino una importante intromissione all'interno delle sfere personali dell'individuo. Fatta tale premessa, il giudice si dedica all'analisi degli elementi che avrebbero giustificato l'adozione della sospensione della responsabilità genitoriale. A tal riguardo, la Corte rileva che la motivazione di tale atto risiede nel presunto "comportamento ostile" della donna verso il padre e nella opposizione della stessa alla bigenitorialità<sup>59</sup>. Al giudice europeo tale conclusione risulta parziale, a causa di numerose carenze. Infatti, nella valutazione dei tribunali nazionali la decisione poggia sulla circostanza che la donna non abbia portato i figli agli incontri programmati col padre, andando così a ledere il diritto di visita e la bigenitorialità di quest'ultimo. I giudici italiani, all'interno dei loro provvedimenti, non premurandosi di menzionare i motivi alla base della condotta della donna, si sono resi responsabili dell'omissione di elementi essenziali per una giusta valutazione. Nelle sentenze, infatti, non c'è traccia della difformità tra le misure prescritte e le reali modalità con cui si sono svolti gli incontri, i quali, più che rappresentare un luogo adatto al mantenimento del rapporto padre-figlio, costituivano lo spazio idoneo alla prosecuzione degli abusi del padre sulle vittime. Modalità, queste, che venivano reiteratamente denunciate dai servizi sociali alle autorità competenti, le quali, nonostante ciò, non intervennero mai a tutela della madre e della prole. I giudici, oltre a non aver tenuto conto della realtà traumatica che costituivano gli incontri, non hanno neppure considerato i precedenti episodi di violenza domestica. Il quadro alla base della decisione risulta, pertanto, gravemente parziale a causa del mancato esame dei fattori emotivi, fattuali, psicologici e medici. Tale incompletezza, peraltro, non viene neppure colmata, nel corso del giudizio, attraverso l'ascolto delle ragioni della donna, la quale vede, in aggiunta al resto, sacrificato il suo diritto a partecipare e a rendere note le proprie osservazioni (*ex art. 6* Convenzione). A essere frustrate risultano, non solo le prerogative della madre, ma anche, e soprattutto, quelle dei figli. Come dimostra la circostanza per cui al superiore interesse del minore, in questa vicenda, viene attribuita una portata eccessivamente limitata, basata su una acritica identificazione tra tale principio e quello della bigenitorialità. Tale considerazione conduce alla pericolosa conclusione per cui il rapporto coi genitori sia obbligatorio, a prescindere dalla qualità dello stesso. Ed è proprio su tale punto che la Corte sottolinea che, sebbene la famiglia rappresenti un elemento essenziale nello sviluppo del minore, tale considerazione non va intesa in senso assoluto, trascurando elementi rilevanti come i maltrattamenti, gli abusi e le violenze, che il bambino subisce o alle quali assiste. L'interesse superiore del minore, infatti, ha una portata molto più ampia, all'interno della

58 La garanzia della motivazione nelle decisioni giudiziali è stata qualificata, dalla giurisprudenza della Corte Edu, come uno degli elementi essenziali posti alla base dell'equo processo, *ex art. 6* della Convenzione.

59 Sentenza in esame, *cit.*, paragrafo 139.

quale rientra il diritto dello stesso a crescere in un ambiente sano che garantisca il suo sviluppo olistico e che tuteli, anche, la sua dignità e la sua sicurezza.

È sulla base di tali esaustive argomentazioni che la Corte giunge al riconoscimento della violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Tale sentenza, oltre a costituire un importante punto di riferimento in materia di composizione dei contrasti tra gli interessi dei figli e quelli dei genitori, rappresenta una chiara denuncia nei confronti degli ordinamenti nazionali che hanno permesso e continuano a permettere la proliferazione della vittimizzazione secondaria e, più ampiamente, della violenza di genere.



---

## *Commenti*

Radzhana Buyantueva\*

# Queer visibility and conservative political turn in Russia

## Summary

1. Introduction. – 2. LGBTQ+ rights in Russia: a brief overview. – 3. Visibility politics. – 4. Becoming visible in Russia. – 5. Russia’s conservative turn. – 6. Precarious visibility. – 7. Conclusion. – 8. References.

## Abstract

Following the increased queer visibility in the public sphere, the norms concerning gender and sexuality have become increasingly restrictive in Russia. This essay explores the implications of adopting Western identity politics in non-democratic settings. Putin’s Russia has shown strengthening authoritarianism and rejection of Western liberal values. The Kremlin’s active promotion of ‘traditional values’ and depiction of LGBTQ+ rights as a ‘threat’ to society have facilitated significant growth of public homophobia and discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity. The paper discusses how these developments have negatively affected the LGBTQ+ community in Russia.

*A seguito dell’aumentata visibilità queer nello spazio pubblico, le norme riguardanti il genere e la sessualità sono diventate sempre più restrittive in Russia. Questo saggio esplora le implicazioni dell’adozione della politica identitaria occidentale in contesti non democratici. La Russia di Putin ha mostrato un rafforzamento dell’autoritarismo e il rifiuto dei valori liberali occidentali. La promozione attiva del Cremlino dei “valori tradizionali” e la rappresentazione dei diritti LGBTQ+ come una “minaccia” alla società hanno facilitato una significativa crescita dell’omofobia pubblica e della discriminazione basata sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere. Il contributo discute come questi sviluppi abbiano avuto un impatto negativo sulla comunità LGBTQ+ in Russia.*

## 1. Introduction

In the last three decades, Russian society has experienced significant changes regarding national policies and geopolitics. The fall of the Soviet Union marked an era of liberalization, followed by the decriminalization of homosexuality in 1993. The country’s goal to adopt democratic ideas and transition toward a neoliberal economy facilitated the growing increase of LGBTQ+ visibility through media discussions, the appearance of queer-oriented infrastructure such as night clubs, and the work of LGBTQ+ activists. Queer Russians took advantage of the socio-political transformation happening in the country by setting up bars and clubs, founding groups and organizations, establishing transnational and international networks, and engaging in other various activities. However, many queer initiatives relied heavily on international donors, making them more responsive to Western ideas about sexuality, gender, and activ-

\* PostDoc Researcher, Le Fonds National de la Recherche Scientifique Centre for the Study of Politics (Cevipol) at the Université Libre de Bruxelles, Belgium.  
Double-blind peer reviewed contribution.

ism (e.g., visibility politics, ‘coming out’, and LGBTQ+ rights discourse)<sup>1</sup> (Buyantueva, 2022a). As such, Russian LGBTQ+ activists have gradually adopted Western identity politics, becoming more visible through public events such as Pride.

The paper highlights that the expectations and demands of Western identity politics might not travel easily to non-Western settings<sup>2</sup>. Attempting to follow them may negatively affect queer lives in non-Western non-democratic environments such as Russia. Queer visibility is often treated as part of the promotion of Western liberalism, becoming one of the central points of anti-gender pushback across the globe (Shirinian, 2020; Rao, 2020). In a number of non-Western countries, including Russia, anti-gender agenda has been adopted as part of nationalist strategies to assert conservatism and challenge Western liberal ideas (Edenborg, 2017; Kuhar and Paternotte, 2017). Consequently, the geopolitical tensions surrounding the questions of sexuality and gender have facilitated political homophobia and denial of LGBTQ+ rights.

Putin’s Russia is one of the leading forces, promoting patriarchy and ‘traditional values’ on the national and international levels (Wilkinson, 2014). Since Vladimir Putin’s reelection in 2012, the Russian state has displayed growing authoritarianism, conservatism, and anti-Westernism, which manifests in the policies in favor of the ‘traditional family’ and the promotion of heteronormative gender and sexuality. Notably, conservative ideology is treated by the Kremlin as an important developmental component related to internal and external security and sovereignty of the nation (Lewis, 2020). As such, LGBTQ+ rights have become not only an issue of civil rights but an important geopolitical standpoint. The Kremlin portrays LGBTQ+ rights as the Western imposition incompatible with ‘Russian traditional values.’ Because of that, the LGBTQ+ community experienced increasing repression, becoming a convenient target for the state. Putin’s Russia has adopted a range of policies to curb queer visibility and limit LGBTQ+ rights (e.g., the 2013 law banning propaganda of nontraditional sexual behavior, the 2020 amendments to the Constitution to obstruct the possibility of same-sex unions). As a result, queer Russians are in a tough position when public visibility becomes dangerous, invoking censorship, discrimination, and even violence. Drawing on desk research of data from legal documents, media articles, and academic records, this article outlines the situation with LGBTQ+ rights over the last three decades and discusses the issues and dilemmas faced by the LGBTQ+ community in the light of political and economic tenuousness caused by strengthening conservative authoritarianism in Russia.

## 2. LGBTQ+ rights in Russia: a brief overview

In Russia, LGBTQ+ rights have faced different dynamics throughout the post-Soviet period. The 1990s signified the country’s intention to adopt Western democratic values, reflected in the decriminalization of same-sex relations between men, which was considered a criminal offense in the Soviet Union (since 1934). The turn of the 21st century showed increasing socio-political weariness of the West and liberal democratic values, questioning the advances regarding gender norms and LGBTQ+ rights achieved in Western liberal democracies. Thus, the dynamics of Russia’s national and foreign political strategies and regard of the West determined the regime’s political treatment of LGBTQ+ rights.

The dissolution of the Soviet Union led to substantial socio-political changes, moving away from prosecution of queers and facilitating the blossoming of the LGBTQ+ community. Homosexual relations (consensual sexual intercourses between men) were decriminalized in 1993 and depathologized in 1999<sup>3</sup>. Since then, however, there were not a lot of legislative advances regarding LGBTQ+ rights. Even though the 1993 Russian Constitution declares equality and prohibits discrimination on the grounds of race, social status, national, language, or religious origin, it does not explicitly mention sexual orientations and gender identities as protected groups. Until the mid-1990s, heterosexual and same-sex expe-

1 For the purposes of this article, I use the terms ‘queer’, ‘nonheteronormative, and ‘LGBTQ+’ interchangeably to be inclusive of multiple identities and desires that do not conform to dominant heteronormative standards on gender and sexuality. More on the subject of gender and sexual identities in Russia can be found in the works of Laurie Essig (1999), Baer (2015), and Alexander Kondakov (2020).

2 There is a growing criticism of the West/East divide that frames the West as progressive and ‘others’ the East, emphasizing queerphobia as the Eastern issue (Kulpa and Mizieleńska, 2011; Kulpa, 2014; Puar, 2007). Such a binary approach might exacerbate regional nationalist tendencies and lead to the rebound of conservatism and anti-genderism (Gladskova and Morell, 2018).

3 In the Soviet period, consensual sexual intercourse between men was considered a criminal offense (since 1934) and female same-sex inclinations were viewed as a psychiatric disorder (Stella, 2015).

riences were treated differently in the Russian Criminal Code, which affirmed stricter punishments for crimes committed during same-sex encounters. In 1997, these differences were removed from the Code.

Since the mid-2000s, Putin’s Russia has started demonstrating growing authoritarian tendencies, characterized with growing restrictions of political freedoms, anti-Western sentiments, and a search for a unifying ideology. Such ideology was found in patriarchal conservatism and ‘traditional values,’ which will be discussed in more detail later in the paper. These developments were accompanied by an attempt to curb queer visibility that had significantly increased in the 1990s-2000s. To do so, the state introduced policy changes on regional and federal levels, prohibiting ‘propaganda of nontraditional sexual relations.’

The first ban was adopted in Ryazan’ region in 2006, with some other regions following the suit in the early 2010s. The federal law banning ‘propaganda of nontraditional sexual relations’ to children (the ‘anti-LGBTQ+ propaganda law’) was adopted in 2013<sup>4</sup>. The law was amended in 2022 banning any positive or neutral depictions of nonheteronormativity to anyone regardless of age. The law equates queerness to pedophilia and prohibits its propaganda in the public sphere (i.e., online and offline media, literature, art, films, and on the streets). According to the 2022 amendments, such propaganda involves public actions and/or distribution of information on ‘nontraditional sexual relations and preferences or change of gender’. Thus, any mention of queerness, or even openly queer behavior, may constitute an ‘LGBTQ+ propaganda.’ In the eyes of the law, explicitly queerphobic information, however, may be deemed acceptable since it does not cultivate “the attractiveness of nontraditional sexual relations and/or preferences or sex change” (Article 6.21 of The Russian Code of Administrative Offences). ‘LGBTQ+ propaganda’ is considered an administrative offence punishable by large fines (up to five million rubles – around 55,000 euros), administrative arrest and deportation (for foreigners).

The Russian Constitution was also amended in 2020 to declare the country’s ideological foundation. The amendments strongly highlight the centrality of patriotism, religion, and ‘traditional values’ (with an emphasis on ‘traditional family’ and children) and declare marriage a union between a man and a woman. These constitutional changes prevent the possibility of same-sex unions and ensure the superiority of heteronormativity.

There were other policy changes, aiming to negatively affect the situation with LGBTQ+ rights in the country. For example, since 2013, foreign queer couples and citizens from countries legitimizing sex-sex unions are not allowed to adopt Russian children. In the summer of 2023, Russian legislators banned gender transitioning procedures, which would bring another deterioration of LGBTQ+ rights. Prior to the ban, the procedure had been rather straightforward, requiring just a medical diagnosis of ‘transsexualism’ without the proof of surgery or hormonal therapy. Interestingly, gender transitioning had been performed in the country since the early Soviet years (1926) and was legally defined in 1976. The ban has severely impeded the advancements in medical care and bureaucratic process. Furthermore, in November 2023, Russia’s Supreme Court ruled that LGBTQ+ activism is considered ‘extremist.’ Under Russian criminal law, participating in extremist activity is punishable by imprisonment, which increases the risks of queer visibility in the public sphere.

As can be seen, over the last three decades, the Russian political environment has seen considerable changes regarding LGBTQ+ rights since the dissolution of the Soviet Union and legalization of same-sex desire. These changes have been reflected in and surrounded the issues of queer visibility in the public sphere

---

4 The European Court of Human Rights (ECHR, 2017) found the law discriminatory, violating the European Convention of Human Rights and facilitating queerphobia. The ECHR also found Russia violating the rights of LGBTQ+ people by banning queer public events (ECHR, 2018) and refusing to register LGBTQ+ organizations (ECHR, 2019). In the last decade, however, Russia has adopted an isolationist approach to international law. Since 2015, the Russian Constitutional Court could rule the decisions of international courts as non-executable if found incompatible with the Russian Constitution. Due to the 2020 constitutional changes, international treaties and decisions of international bodies can be disregarded if they contradict the Constitution. In the wake of Russia’s military aggression toward Ukraine in 2022, the country ceased its membership in the Council of Europe and withdrew from the European Convention of Human Rights. Therefore, the ECHR’s judgements regarding LGBTQ+ rights are unlikely to be implemented in Russia.



### 3. Visibility politics

Visibility and coming out have become an important part of queer politics in Western democracies. Increased visibility has been critical for many LGBTQ+ movements in those countries to be able to claim and achieve recognition of their rights as well as gain greater social acceptance (Ayoub, 2016; Garretson, 2018). Public visibility may facilitate greater public attention to the issues experienced by the LGBTQ+ communities and give their demands more clout (Currier, 2012; Zivi, 2012). The strategy of visibility and ‘coming out’ is thought to normalize nonheteronormative identities, which would eventually facilitate equality and recognition their rights (Wilkinson, 2020). As Ayoub (2016) suggests, even if visibility might originally encounter socio-political pushback, such backlash can generate greater visibility and success of the LGBTQ+ movements. But that success is highly dependent on local socio-political contexts.

The necessity and usefulness of visibility have started, thus, to be problematized when applied to non-Western, especially authoritarian repressive contexts (Acconcia et al, 2022; Edenborg, 2020; Wilkinson, 2017). Critics (Stella, 2015; Newton, 2016) emphasized that, since visibility politics is part of the Western approach, when applied in non-Western conditions might harm the local LGBTQ+ communities. In such realities, visibility may be followed by intensified discrimination and violence (Edenborg, 2017, 2020).

Visibility can also be a part of dominant power structures. According to Butler (2004, 2010), hegemonic power manages what can be visible and what should be excluded from the public sphere. In this regard, how queer visibility is presented in the public sphere is depended on dominant powers. On the one hand, public visibility may be helpful for the development of LGBTQ+ identity and community by generating a feeling of belonging (Edenborg, 2020). Increased public visibility may affect LGBTQ+ people’s perceptions of societal acceptance and encourage more queer individuals to come out or engage in activism (Buyantueva, 2018). On the other hand, in the conditions of political queerphobia, queer visibility in the public sphere may be instrumentalized to highlight the ‘deviant’ nature of non-heteronormative identities (Bosia, 2013). Some non-Western states politicize queerphobia to reinstate themselves and their role on the global stage (Amar, 2013). In essence, a queer becomes a subject of hypervisibility (Wilkinson, 2020), scrutinized “on perceived difference, which is usually (mis)interpreted as deviance” (Ryland, 2013). The state may use such hypervisibility to portray queerness as a threat to society (Wilkinson, 2014). Such targeted ‘othering’ may facilitate further social marginalization and discrimination of queers.

Thus, visibility may be generated by the LGBTQ+ community with the goal of normalization of queerness in society. It may also be instrumentalized by the state to reinforce hegemonic power balance. The following section will show how those aspects of visibility have been realized in Russia.

### 4. Becoming visible in Russia

In the last three decades, queer Russians have achieved increased visibility through the cultural scene, media, and work of LGBTQ+ activists. The spread of queer cultural landscape (nightlife venues, literature, art) facilitates the feeling of belonging and contributes to the development of nonheteronormative identities and communities by helping people to (re)claim and realize their queerness in a positive way, especially in the contexts of conservative authoritarianism and heteronormativity. Globalization was conducive to the popularity of Western queer cultures across the globe (Altman, 2002). Russia was not an exception in that regard. It is important to note, however, that non-Western settings do not necessarily blindly import Western queer culture (Jackson, 2001). Local nonheteronormative practices and experiences can be more diverse and less clear-cut as might be expected from the Western perspective. Nevertheless, the Russian LGBTQ+ community has increasingly imported Western ideas. For example, Russian LGBTQ+ organizations and media sources employ the terms ‘queer’, ‘gay’, ‘lesbian’ ‘bisexual’, ‘transgender’, display rainbow symbols, and use the rhetoric of LGBTQ+ rights being human rights. Russian queer subculture practices neoliberal economic approaches to queer venues (the rapid development of Western-style bars and clubs and decline of Soviet-style cruising spaces as shown in Healey’s study (2018) and popularizes Western queer pop culture.

Since the decriminalization of homosexuality, Russia has experienced the expansion of queer culture via pop culture, television, and cinema. A range of performers (e.g., Boris Moiseev, t.A.T.u, Little Big) generated queer discourses in their songs and visuals. Federal TV channels such as TNT attempted to normalize discussions of various sex practices and sexual and gender identities by broadcasting talk

shows such as *Sex with Anfisa Chekhova*. The country also saw a production of films on queer themes. For example, the first Russian film dedicated to same-sex relations between men ‘*Я Люблю Тебя*’ [‘I Love You’] was released in 2004. The film is remarkable for its intersectionality (the relationship is between a middle-class Russian from Moscow and a working-class internal migrant from Kalmykiya<sup>5</sup>) and a happy ending (protagonists end up together, despite the attempts to separate them by homophobic relatives).

In the first decade of the 21st century, clubbing scene in bigger cities has become well-developed and visible through online advertisements and publications in the popular press such as *Афиша* [Poster] magazine. Two Russian cities in particular – Moscow and Saint Petersburg – have developed the most diverse and vibrant night life scene for queer clientele. As of now, despite the increasingly hostile socio-political conditions, there is still a rich club scene in these urban spaces. This club scene, however, is diffused and spread across different locations for safety reasons (Stella, 2013). Some clubs and bars are hidden and run underground. The venues’ exterior does not display any distinct signs that could identify them as part of queer scene. These measures are undertaken for the reasons of safety to decrease the possibility of queerphobic violence.

The development of nightclubs, bars, and parties catering to queer clientele was accompanied by the growth of LGBTQ+ groups and organizations, many of which organized discos and other nightlife events to foster the development of queer identities and community. The first LGBTQ+ organizations (e.g., Moscow Association of Sexual Minorities, *Крылья* [Wings] in Saint Petersburg) appeared in the late 1990s-early 1990s. They were mostly concentrated in bigger cities and were actively involved in the creation, acquisition, and distribution of knowledge through conferences, exhibitions, parties, and festivals. Most of these organizations ceased their activities by the mid-1990s for a range of reasons such as lack of resources and underdeveloped community. LGBTQ+ groups and organizations that started to appear since the mid-2000s (e.g., The Russian LGBT Network, Saint Petersburg group *Выход* [Coming Out], Avers in Samara, Maximum in Murmansk, Rainbow House in Tyumen’, Revers in Krasnodar) saw greater geographical expansion and higher levels of visibility. Since the mid-2000s and the first attempts to organize Moscow Pride, LGBTQ+ organizations and groups prioritized visibility through the organization of public events as an instrumental means to achieve their goals (Buyantueva, 2022c).

Queer press, art, and literature are also an important aspect of visibility and belonging since they offer knowledge that there are people with similar lived experiences and struggles (Cart and Jenkins, 2006). The late Soviet and post-Soviet period produced a rich literary scene with such authors as Evgenyi Kharitonov, Victoriya Tokareva, and Mariya Stepanova, exploring sexuality and gender (Doak, 2020; Utkin, 2021). Increased visibility of such artistic and literary sources in the post-Soviet years was a relevant developmental point in the formation of queer identities and communities. The cultural landscape of the Russian LGBTQ+ community has been also enriched by the press, art, and literature that was produced with an active involvement of LGBTQ+ groups and organizations. For example, Moscow lesbian group MOLLI (founded in 1991) organized art exhibitions and concerts and issued a literary almanac. The first newspaper *Тема* [Theme] was published by the Moscow Association of Sexual Minorities in 1989. The Russian LGBTQ+ community produced a variety of press such as magazines for male audiences (e.g., *Gay Times*, *Квир* [Queer]) and magazines for lesbian readers (e.g., *Пробуждение* [Awakening] and *Остров* [Island]). What can be seen is the prioritization of gay and lesbian audiences, without much attention to other queer identities. The publication of most of these sources stopped due to economic issues and the development of the internet and social media.

Cyberspace has provided new spaces (e.g., *Gay.ru*, VKontakte, Facebook, Grindr) for queer individuals to connect and explore their identities. Digital sources have been vital for the development of LGBTQ+ community and connecting people across the country with a large territory. The internet has offered spaces and information unavailable offline, especially in rural and remote areas. Websites like *Gay.ru* (launched in 1997) and *Lesbi.ru* (launched in 1998) have served an important role of knowledge production and distribution of information on queer topics, news, events, and venues. The role of social media was also crucial in connecting people across the country. Through social media, queer Russians have been able to engage in ‘digital coming out’ by sharing their life experiences online (Tudor, 2022). Social media groups such as LGBT Discussion Platform and *Дему-404* [Children-404] for queer teenagers have provided a relatively safe and supportive space to interact and realize oneself as a queer individual and part of the community.

LGBTQ+ activists took an active part in the distribution of knowledge and production of social relations through social media groups and activist group websites. Increased visibility and the new ways of mobilization brought by digital technologies led to the expansion of LGBTQ+ groups and organizations

5 Kalmykiya is a republic in southwestern Russia. The majority of the local population are the Kalmyks, of Mongol origin.

across the country. Activists employed social media to organize public events such as Pride and Rainbow Flash Mob to gain visibility and recognition of their rights. These events garnered international spotlight and public support. Locally, however, they frequently procured rather hostile and even violent responses from the authorities and homophobic public (Buyantueva, 2022b; Stella, 2013).

On the whole, Russian queer media and cultural landscape has reflected and solidified the public perception of queerness as part of the Westernization process. On one hand, in the eyes of LGBTQ+ audience, the West acquires utopian features of escaping queerphobia. On the other hand, the state makes queerness hypervisible by accentuating the ‘alien’ nature of nonheteronormativity to protect the nationhood (Doak, 2020). Increased visibility as well as close association with Western queer cultures have made the LGBTQ+ community a convenient target for the state and queerphobic individuals. Even in the less repressive period of the 1990-2000s, queer visibility was not normalized and was often accompanied by queerphobia (Baer, 2013). The illustrative example of that could be the violent attacks on Moscow Pride participants in 2006. That queerphobia, however, was mostly social, impacted by the legacy of Soviet prison culture (Healey, 2018), it was not yet instrumentalized by the state. Since the early 2010s, however, Putin’s Russia have politicized anti-LGBTQ+ sentiments by actively promoting conservatism wrapped in patriarchy and masculinity.

## 5. Russia’s conservative turn

The economic hardships of the 1990s exhausted the society. The role and influence of Western institutions in the Russian political and economic areas began to be viewed as a plot to ruin the nation (Malinova, 2020). By the early 2010s, Russia saw the expansion of protests spurred by corruption, dissatisfaction with federal policies, and demands for democratic reforms (Gel’man, 2013). For the Kremlin, the country needed a unifying ideology that would ensure security and obedience of the population (Østbø, 2017). That ideology was found in patriarchal conservatism.

Since Vladimir Putin’s reelection in 2012, the state has begun an active promotion of patriarchal conservatism, which emphasizes the centrality of ‘traditional values’ and rejects gender norms and LGBTQ+ rights (Moss, 2017). Russia’s conservative turn has several reasons such as state- and nation-building (Johnsons, 2014), reestablishment on the geopolitical stage (Foxall, 2019), and distrust of the West (Weber, 2016). ‘Traditional values’ are defined as “moral guidelines that form the worldview of Russian citizens” (Kremlin.ru, 2022). The Russian legislation specifically highlights patriotism, strong family, and religiosity (Orthodoxy in particular) as important ‘traditional values’ helping to protect and strengthen the nation.

The Kremlin’s promotion of conservatism is heavily intertwined with the increased socio-political role of religion, specifically the Russian Orthodox Church and Muslim clerics. In his December 2012 address to the Federal Assembly, Putin declared his commitment to strengthening ‘traditional values’ with the assistance of religious institutions (Kremlin, 2012). To appeal to the population, the religious elite has built some of its patriarchal approaches on the ideas drawn from Soviet morality and queerphobia (e.g., solid family as a cornerstone of a strong nation, pathologization of same-sex relations), playing into the popular nostalgia for a better glorious past (Agadjanian, 2017).

The value and uniqueness of Russian culture is juxtaposed to Western decadence and lack of morality (Agadjanian, 2017). It is important to note that the Kremlin does not see the country apart from Europe per se, but rather envisions Russia as a bastion of ‘true European values’ without gender norms and LGBTQ+ rights (Suchland, 2018). Russia positions itself as a protector of majority and heteronormativity as opposed to Western liberal ideals of equality and LGBTQ+ rights (Neumann, 2017; Weber, 2016). Western liberal countries are portrayed as a space of depravity and moral decay, where gender roles are perverted, same-sex couples can adopt and corrupt children, and masculinity is lost.

Russia’s patriarchal traditionalism includes the ideology of masculinity, which can be understood as an active “endorsement and internalization of cultural belief systems about masculinity and male gender” (Pleck et al., 1993). The Kremlin’s promotion of masculinity is embedded in national, economic, and geopolitical insecurities. In the 1990s-2000s, Russia experienced a range of issues such as economic and demographic crises and the loss of its impactful role on the international stage, causing the ‘emasculatation’ of the population (Zdravomyslova and Temkina, 2001; Stella and Nartova, 2016; Riabov and Riabova, 2014). The Kremlin has utilized such insecurities to direct the nation’s goal in re-establishing itself as a global power. Consequently, the country has witnessed the militarization of society (e.g., glorification of the victory in the Second World War, patriotic military education), culminating in the esca-



lating military aggression toward other nation-states<sup>6</sup>. In this vein, Putin has become a vivid frontrunner of machismo in the form of masculine performances such as visual images of his physical strength and prowess as well as his forceful speeches (Novistkaya, 2017). Putin’s masculinity symbolizes his geopolitical stance of a tough guy in opposition to the ‘immoral’ and ‘effeminate’ West (Foxall, 2013).

Socio-political promotion of masculinity has normalized misogyny and queerphobia, firmly embedding the idea of a strong man as inherently Russian and rejecting nonheteronormativity as the Western attempt to ‘feminize’ the nation (Riabov and Riabova, 2014). Kondakov (2014) pointed out that the accentuation of masculinity in the Russian socio-political discourse also stems from the Soviet past. Combined with the Soviet legacy of queerphobia, it generates public and political exclusion of queers.

Marginalizing and radicalizing a certain minority can be helpful in entrenching superiority of a majority (Hansen, 2006). Political popularization of queerphobia appeals to a wider Russian population, who is still mostly conservative. As the public opinion polls show, the majority of Russians (69%) are against same-sex relations (Levada Center, 2021). The narrative of nonheteronormativity as a threat to society justifies discrimination of the LGBTQ+ community and the necessity to make it invisible (Cooper-Cunningham, 2022). Thereby, Russian legislators prohibited LGBTQ+ propaganda to curb queer visibility in the public sphere in order to protect the nation.

## 6. Precarious visibility

The visibility of a marginalized group may bring public attention and, consequently, facilitate negative socio-political response (Casper and Moore, 2009). In Russia, widely publicized Pride marches and other public events have attracted negative attention from the political and religious elite. Increased queer visibility in the public sphere is presented by the Russian political and religious elite as a destabilizing threat to society. According to Russian Orthodox Church leader Patriarch Kirill, Pride parades signify Western liberal values that would lead to the end of civilization (The Moscow Times, 2022). To contain such visibility the authorities banned queer public events for various reasons from ‘LGBTQ+ propaganda’ to the violation of the regulations on public events (Buyantueva, 2022b). Nowadays, the organization of queer public events (e.g., art exhibitions, movie screenings, street protests) has become nearly impossible due to the potential charges for ‘LGBTQ+ propaganda.’

Positive and even neutral mentions of LGBTQ+ rights have become extremely problematic due to the ‘anti-LGBTQ+ propaganda law’. Governmental media watchdog Roskomnadzor has actively censored LGBTQ+ information. Apart from blocking online queer content, Roskomnadzor distributed a list of books with queer content that should be removed from the libraries. That governmental body has also regulated cinema, banning or censoring films and TV shows that depict queerness (e.g., film ‘Brokeback Mountain’ was banned, TV show ‘Sex and the City’ censored) (The Moscow Times, 2023).

The 2022 amendments to the ‘anti-LGBTQ+ propaganda law’ have caused self-censorship in the cultural landscape. As the co-owner of two popular Moscow gay clubs admitted, “if clubs are required to stop any displays of affection between patrons, they will do so” (Farniev, 2022). Many book publishers, offline and online bookstores, theaters, and online streaming services decided to preemptively remove presumed queer content to avoid the charges for ‘LGBTQ+ propaganda’.

At the same time, Russia’s patriarchal conservatism has hypervisibilized queer subjects, demonizing them in the public discourse. The Kremlin strives to establish itself as a ‘regime of truth’ (Foucault, 1979), using ‘traditional values’ as a discursive notion to embed heteronormativity and exclude the queer. Nonheteronormative identities are presented as ‘sinful’ and ‘dangerous.’ The war on Ukraine has spotlighted political and media justifications of aggression, requiring further measures to protect the nation from the imagined enemy, that is, Western liberalism and everything it embodies, including LGBTQ+ rights. In his speech announcing the full-scale invasion of Ukraine, Putin proclaimed the West ‘the empire of lies’ that aims to destroy ‘traditional values’ and impose ‘pseudo-values,’ meaning liberal

6 Russia’s aggression against Ukraine that began in February 2022, however, challenged the effectiveness of the state’s propaganda. The war has been met with widespread public opposition. Since the start of the invasion, thousands of Russians protested the war and military mobilization (The Guardian, 2022). Russian society also demonstrated somewhat low levels of societal regard for military service. In the fall of 2022, Russian military call-up resulted in the mass emigration of thousands of men trying to avoid fighting in the war. To curb these developments, the state has strengthened repressive measures, introducing an array of laws, restricting freedom of speech, assembly, and expression (e.g., harsher treason penalties, criminal responsibility for the distribution of ‘false information’ regarding state actors and governmental bodies, stricter regulation of protest activity).



values (Meduza, 2022). Ukraine is portrayed as falling under ‘evil Western influence’ and in need of saving. For example, the Orthodox conservative TV channel Tsargrad expounded in detail how Ukraine is manipulated by the Western ‘gay lobby’ (Khomyakov, 2022).

Policy changes aimed to suppress queer visibility have been successful in facilitating the increase of queerphobia, discrimination, and violence against the LGBTQ+ community. Queer events have been frequently disrupted by the police and anti-queer religious and nationalist groups and individuals (Buyantueva, 2022b). Anti-queer state rhetoric has also encouraged the increase in violent attacks against anyone who could be taken for a member of the LGBTQ+ community (Kondakov, 2022; Stella, 2015).

Online queer visibility has also come at the risk of cyberbullying and even violence. Russian anti-LGBTQ+ vigilante groups and individuals have frequently employed digital technologies to lure their victims, humiliate, and violate them (Buyantueva, 2018). LGBTQ+ groups and online sources such as Gay.ru have had to develop and distribute safety recommendations for online dating to minimize the risks of queerphobic violence.

As a result, queer visibility has suffered to a great extent. Queer initiatives must resort to working underground, relying on anonymity, closed group contacts, and caution. Many LGBTQ+ activists had to relocate abroad, fleeing repression that escalated since the beginning of the full-scale invasion of Ukraine.

## 7. Conclusion

The Russian LGBTQ+ community has gained greater visibility in the post-Soviet years. There are various groups and organizations, nightlife venues, art, and literature dedicated to queers. However, the increased visibility has come at a high cost related to political queerphobia.

The Kremlin has endeavored consistent political processes to push the Russian LGBTQ+ community to the margin of society. Among various severe impacts of state conservative authoritarianism, one of the most principal changes in queer lives would likely be forced invisibility in the public sphere. There might be a radical transformation of social interactions reminiscent of secretive gatherings of the Soviet era. Online interactions would also face certain challenges. There is a potential issue of queer distancing, disengagement, and self-censorship in cyberspace. Nevertheless, there is hope that technological developments such as anonymizers would keep the online presence of queer Russians. In the context of conservative authoritarianism, LGBTQ+ Russians face the reality of becoming ‘subaltern counterpublics’ in online space (Fraser, 1992; Kjaran, 2016), generating and distributing alternative discourses of gender and sexuality to challenge the Kremlin’s heteronormative patriarchal traditionalism.

Developing strategies that are alternative to those offered by Western identity politics, which accentuate visibility and ‘coming out’, is of top priority. There is an urgent need to rethink the expectations of visibility in favor of the safe preservation and nurturing of the links between members of the LGBTQ+ community. As Butler (2018) argues, vulnerability can serve as a resistance mechanism, empowering marginalized minorities. Thus, in the context of strengthening conservative authoritarianism as can be seen in Russia, even living an everyday life as a queer may serve as a resistance to hegemonic powers. To minimize the dangers of visibility and ‘coming out,’ cultural expressions that utilize metaphors and symbolism referring to queerness may also empower and negotiate visibility in the highly repressive conditions (Utkin, 2021). The large underlying issue of the Russian society, however, that needs to be addressed first is democratization accompanied by feminist and queer politics. As long as patriarchal authoritarianism persist and heteronormativity remain mainstream, queers would be marginalized, struggling with mistreatment and discrimination. Negotiating public visibility in such conditions would be extremely difficult requiring greater discretion. It might be that LGBTQ+ Russians would have to resort to the Soviet era tactics of discretion adapted to modern times.

## 8. References

Acconcia, G., Perego, A., and Perini, L. (2022) LGBTQ Activism in Repressive Contexts: The Struggle for (In)Visibility in Egypt, Tunisia, and Turkey. *Social Movement Studies*, DOI: 10.1080/14742837.2022.2070739

Altman, D. (2002) *Global Sex*. Chicago: Chicago University Press

- Amar, P. (2013) *The Security Archipelago: Human-Security States, Sexuality Politics, and the End of Neoliberalism*. Durham, NC: Duke University Press
- Ayoub, P. (2016) *When States Come Out: Europe's Sexual Minorities and the Politics of Visibility*. Cambridge: Cambridge University Press
- Baer, B.J. (2015) Let's Talk about Sex: Mapping (Homo)Sexual Discourse in Post-Soviet Russia. In Scheller-Boltz, D. (ed.) *New Approaches to Gender and Queer Research in Slavonic Studies*, 173-184. Wiesbaden: Harrasowitz Verlag
- Bosia, M.J. (2013) Why States Act: Homophobia and Crisis. Weiss, M.L. and Bosia, M.J. (eds.) *Global Homophobia: States, Movements, and the Politics of Oppression*, 30–54. Chicago, IL: University of Illinois Press
- Butler, J. (2004) *Precarious life: The powers of mourning and violence*. London: Verso
- Butler, J. (2010) *Frames of War: When is Life Grievable*. London: Verso
- Butler, J. (2016) Rethinking Vulnerability and Resistance. In Butler, J., Gambetti, Z., Sabsay, J. (eds.) *Vulnerability in Resistance*. Durham, NC: Duke University Press
- Buyantueva, R. (2018) LGBT Rights Activism and Homophobia in Russia, *Journal of Homosexuality*, 65(4), 456-483
- Buyantueva, R. (2022a) Cultural and Geopolitical Conflicts between the West and Russia: Western NGOs and LGBT Activism, *Connexe*, 8, 148-167
- Buyantueva, R. (2022b) *The Emergence and Development of LGBT Protest Activity in Russia*. Cham: Palgrave Macmillan
- Buyantueva, R. (2022c) What Motivates LGBT Activists to Protests: The Case of Russia. *Problems of Post-Communism*, 69(3), 242-255
- Cart, M. and Jenkins, C.A. (2006) *The Heart has its Reasons: Young Adult Literature with Gay/Lesbian/Queer content, 1969-2004*. London: The Scarecrow Press, Inc
- Casper, M.J. and Moore, L.J. (2009) *Missing Bodies: The Politics of Visibility*. New York: New York University Press
- Cooper-Cunningham, D. (2022) Security, Sexuality, and the Gay Clown Putin Meme: Queer Theory and International Responses to Russian Political Homophobia. *Security Dialogue*, 53(4), 302-323
- Currier, A. (2012) *Out in Africa: LGBT Organizing in Namibia and South Africa*. Minneapolis: University of Minnesota Press
- Doak, C. (2020) Queer Transnational Encounters in Russian Literature: Gender, Sexuality and National Identity. In Byford, A. Doak, C., Hutchings, S. (eds.) *Transnational Russian Studies*, 213-231. Liverpool: Liverpool University Press
- ECHR (2017) Baev and Others v. Russia, June 20. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-174422%22%5D%7D> (Accessed 13 June 2023)
- ECHR (2018) Alekseyev and Others v. Russia, November 27. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-187903%22%5D%7D> (Accessed 13 June 2023)
- ECHR (2019) Zhdanov and Others v. Russia, Julyk 16. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-194448%22%5D%7D> (Accessed 13 June 2023)
- Edenborg, E. (2017) *Politics of Visibility and Belonging: From Russia's 'Homosexual Propaganda Laws' to the Ukraine War*. London and New York: Routledge
- Edenborg, E. (2020) Russia's Spectacle of 'Traditional Values': Rethinking the Politics of Visibility. *International Feminist Journal of Politics*, 22(1), 106-126
- Essig, L. (1999) *Queer in Russia: A Story of Sex, Self, and the Other*. Durham: Duke University Press
- Farniev, D. (2022) Gei Klubi Otsenili Proekt o Zaprete LGBT-Propagany [Gay Clubs Assessed the Project to Ban LGBT Propaganda], *Sekret Firmy*, October 28. Available at: <https://secretmag.ru/news/gei-kluby-ocenili-proekt-o-zaprete-lgbt-propagandy-zakryvatsya-oni-ne-speshat-i-gotovy-perestroitsya-28-10-2022.htm> (Accessed 8 June 2023)
- Fraser, N. (1992) *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. ed. Craig Calhoun. Cambridge, MA: MIT Press

- Foxall, A. (2013) Photographing Vladimir Putin: Masculinity, Nationalism and Visuality in Russian Political Culture. *Geopolitics*, 18(1), 132–156
- Foxall, A. (2019) “From Evropa to Gayropa: A Critical Geopolitics of the European Union as Seen from Russia.”. *Geopolitics*, 24(1), 174–193
- Foucault, M. (1979) *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Vintage Books
- Garretson, J.J. (2016) *The Path to Gay Rights: How Activism and Coming out Changed Public Opinion*. New York: New York University Press
- Gel'man, V. (2013) Cracks in the Wall: Challenges to Electoral Authoritarianism in Russia. *Problems of Post-Communism*, 60(2), 3-10
- Gradskova, Y., and Morell, I.A. (2018) *Gendering Postsocialism: Old Legacies and New Hierarchies*. New York: Routledge
- Hansen L (2006) *Security as Practice: Discourse Analysis and the Bosnian War*. New York: Routledge
- Healey, D. (2018) *Russian Homophobia: From Stalin to Sochi*. London: Bloomsbury Publishing
- Jackson, A.P. (2001) ‘Pre-Gay, Post-Queer: Thai Perspectives on Proliferating Gender/Sex Diversity in Asia, *Journal of Homosexuality*, 40(3), 1-25
- Johnson, J.E. (2014) Pussy Riot as a Feminist Project: Russia’s Gendered Informal Politics. *Nationalities Papers*, 42(4), 583–590
- Khomyakov, V. (2022) Goluboe Lobbi: Tretya Tsel’ Voennoi Operatsii na Ukraine [Gay Lobby: Third Goal of Military Operation in Ukraine], Tsargrad, March 14. Available at: [https://tsargrad.to/articles/goluboe-lobbi-tretja-cel-voennoj-operacii-na-ukraine\\_511141?ysclid=liu3gabu20958222783](https://tsargrad.to/articles/goluboe-lobbi-tretja-cel-voennoj-operacii-na-ukraine_511141?ysclid=liu3gabu20958222783) (Accessed 13 June 2023)
- Kjaran, J.I. (2016) Queer Counterpublic Spatialities. In Rodriguez, N.M., Martino, W.J., Ingrey, J.C., and Brockenbrough, E. (eds.) *Critical Concepts in Queer Studies and Education: An International Guide for the Twenty-First Century*, pp.249–257 New York: Palgrave Macmillan
- Kondakov, A. (2014) The Silenced Citizens of Russia: Exclusion of Non-Heterosexual Subjects from Rights-Based Citizenship. *Social and Legal Studies*, 23(2), 151–174
- Kondakov, A. (2020) The Queer Epistemologies: Challenges to the Modes of Knowing about Sexuality in Russia. In Davy, Z., Santos, A.C., Bertone, C., Thoreson, R., and Wieringa, S. (eds.) *The SAGE Handbook of Global Sexualities*. London: SAGE Publications. p.82-98
- Kondakov, A. (2022) *Violent Affections: Queer Sexuality, Techniques of Power, and Law in Russia*. London: UCL Press
- Kremlin.ru (2012) Poslanie Prezidenta Federal’nomu Sobraniyu [Presidential Address to Federal Assembly], December 12. Available at: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/17118> (Accessed 14 June 2023)
- Kremlin.ru (2022) Ukaz Prezidenta Rossiiskoi Federatsii 09.11.2022 N809 Ob Utverzhdenii Osnov Gosudarstvennoi Politiki po Sokhraneniyu i Ukrepleniyu Traditionnykh Rossiiskikh Dukhovno-Nravstvennykh Tsennostei [Presidential Decree On The Approval of the Fundamentals of State Policy for the Preservation and Strengthening of Traditional Russian Spiritual and Mora Values]. Available at: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/48502> (Accessed 12 June 2023)
- Kuhar, R., and Paternotte, D. (2017) *Anti-Gender Campaigns. Mobilizing against equality*. London: Roman & Littlefield
- Kulpa, R. (2014) Western Leveraged Pedagogy of Central and Eastern Europe: Discourses of Homophobia, Tolerance, and Nationhood. *Gender, Place & Culture*, 21(4), 431–448
- Lewis, D.G. (2020) *Russia’s New Authoritarianism*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- LGBTRU.com (2017) Gei-Pressa Rossii v 1990e-2000e Godi [Russian Gay Press in the 1990s-2000s], July 28. Available at: <https://lgbtru.com/movement/smi/3660/> (Accessed 13 June 2023)
- Levada Center (2021) The Attitude of Russians To the LGBT Community, October 19. Available at: <https://www.levada.ru/en/2021/10/19/the-attitude-of-russians-to-the-lgbt-community/> (Accessed 13 June 2023)

- Malinova, O. (2020) Framing the Collective Memory of the 1990s as a Legitimation Tool for Putin’s Regime. *Problems of Post-Communism*, 68(5), 429-441
- Meduza (2022) Putin Ob’yavil Voinu [Putin Announced War], February 24. Available at: [https://meduza.io/paragraph/2022/02/24/putin-ob-yavil-voynu-vot-chto-on-skazal?utm\\_source=email&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=2022-07-28](https://meduza.io/paragraph/2022/02/24/putin-ob-yavil-voynu-vot-chto-on-skazal?utm_source=email&utm_medium=social&utm_campaign=2022-07-28) (Accessed 13 June 2023)
- Mizielinska, J., and Kulpa, R. (2011) ‘Contemporary peripheries’: Queer studies, circulation of knowledge and east/west divide. In J. Mizielinska and R. Kulpa (eds.), *De-Centering Western Sexualities: Central and Eastern European Perspectives*, pp.11–26. London: Ashgate Press
- Moss, K. (2017) Russia as the Saviour of European Civilization. Gender and the Geopolitics of Traditional Values. In Kuhar, R. and D. Patternotte (eds.) *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing Against Equality*, 195–214. London: Rowman & Littlefield
- Neumann, I.B. (2017) *Russia and the Idea of Europe: A Study in Identity and International Relations*. 2nd ed. London: Routledge
- Newton, N. (2016) Contingent Visibility. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 22(1), 109-136
- Novitskaya, A. (2017) Patriotism, Sentiment, and Male Hysteria: Putin’s Masculinity Politics and the Persecution of Non-Heterosexual Russians. *International Journal of Masculinity Studies*, 3-4(12), 302-318
- Østbø, J. (2017) Securitizing ‘Spiritual-Moral Values’ in Russia. *Post-Soviet Affairs*, 33(3), 200–216
- Pleck, J.H., Sonenstien, F.L., and Ku, L.C. (1993) Masculinity Ideology and its correlates. In S. Oskamp, S. and Costanzo, M. (eds.), *Gender issues in social psychology*, 85-110. Newbury Park, CA: Sage
- Rao, R. (2014) The Locations of Homophobia, *London Review of International Law*, 2(2), 169-199
- Riabov, O., & Riabova, T. (2014) The Remasculinization of Russia? Gender, Nationalism, and the Legitimation of Power under Vladimir Putin. *Problems of Post-Communism*, 61(2), 23–35
- Ryland, M. (2013) Hypervisibility: How Scrutiny and Surveillance Makes You Watched, but Not Seen. Tumbler, August 8. Available at: <https://thebodyisnotanapology.tumblr.com/post/57763238146/hypervisibility-how-scrutiny-and-surveillance> (Accessed 8 June 2023)
- Shirinian, T. (2020) The Illiberal East: The Gender and Sexuality of the Imagined Geography of Eurasia in Armenia, *Gender, Place & Culture*, 28(7), 1-20
- Stella, F. (2012) The Politics of In/Visibility: Carving Out Queer Space in Ul’yanovsk. *Europe-Asia Studies*, 64(10), 1822-1846
- Stella, F. (2013). Queer space, pride, and shame in Moscow. *Slavic Review*, 72, 458–480
- Stella, F. (2015) *Lesbian Lives in Soviet and Post-Soviet Russia: Post Socialism and Gendered Sexualities*. New York: Palgrave Macmillan
- Suchland, J. (2018) The LGBT Specter in Russia: Refusing Queerness, Claiming ‘Whiteness’. *Gender, Place & Culture*, 25(7), 1073-1088
- The Guardian (2022) Russia Protests: More Than 1,300 Arrested at Anti-War Demonstrations, September 22. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2022/sep/22/russia-protests-more-than-1300-arrested-at-anti-war-demonstrations-ukraine> (Accessed 13 June 2023)
- The Moscow Times (2022) Russian Church Leader Appears to Blame Gay Pride Parades for Ukraine War, March 7. Available at: <https://www.themoscowtimes.com/2022/03/07/news-from-russia-what-you-missed-over-the-weekend-153-a76802> (Accessed 13 June 2023)
- The Moscow Times (2023) Books Removed and Movies Banned Under Russia’s ‘LGBT Propaganda’ Law, March 20. Available at: <https://www.themoscowtimes.com/2023/03/15/books-removed-and-movies-banned-under-russias-lgbt-propaganda-law-a80444> (Accessed 13 June 2023)
- Tudor, M. (2022) A Queer Kind of Dwelling: Digital Thrownness and Existential Security Among Sexual Minorities in Russia. *New Media & Society*, <https://doi.org/10.1177/14614448221109801>
- Utkin, R. (2021) Queer Vulnerability and Russian Poetry after the “Gay Propaganda” Law. *The Russian Review*, 80(January), 77-99
- Weber, C. (2016) *Queer International Relations: Sovereignty, Sexuality and the Will to Knowledge*. New York: Oxford University Press



Wilkinson, C. (2014) Putting 'Traditional Values' into Practice: The Rise and Contestation Anti-Homopropaganda Laws in Russia. *Journal of Human Rights*, 13(3), 363-379

Wilkinson, C. (2020) LGBT Rights in the Former Soviet Union: The evolution of hypervisibility. In Bosia, M. J. McEvoy, S. M. and Rahman, M. (eds.) *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics*, 233-248. Oxford: Oxford University Press.

Cristina Luzzi\*

## Sui “venuti al mondo” grazie alla surrogazione di maternità, la Corte Edu supporta le Sezioni unite, ma delude (comprensibilmente) qualche aspettativa. Osservazioni a partire dalla sentenza *C. c. Italia*.

### Sommario

1. La complessità del panorama giurisprudenziale interno a proposito dello *status filiationis* dei bambini nati attraverso la surrogazione di maternità. – 2. Il diritto del minore all’identità personale tra possibili drammaticità della prassi e doverosi meccanismi di tutela *effectifs e cèleres*. – 3. All’origine di tutto: la surrogazione di maternità quale nodo irrisolto (o irrisolvibile?) anche a Strasburgo.

### Abstract

Con la sentenza *C. c. Italia*, la Corte Edu conferma l’idoneità dell’adozione in casi particolari a garantire, tempestivamente ed effettivamente, il diritto dei bambini nati grazie alla surrogazione di maternità al riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre o la madre sociali, supportando così anche l’orientamento delle Sezioni unite sul punto. Inoltre, l’assenza di profili di novità della decisione conferma la perdurante primazia assunta in sede convenzionale dal legame biologico nella costruzione delle relazioni genitoriali, nonché la capacità dell’adozione in casi particolari di conciliare il divieto interno di surrogazione di maternità, e la dignità da quest’ultimo presidiata, con il diritto dei bambini a essere riconosciuti figli dei propri genitori *solo* sociali.

*In C. v. Italy, the ECHR ruled that the Italian mechanism “special cases adoption” is suitable to guarantee in a prompt and effective manner the right of children born through a gestational surrogacy arrangement abroad to establish legally recognised filiation with their intended parents. The ECHR thus supported the previous decision of the Italian Court of Cassation, Plenary Assembly, on this issue. Moreover, in the analysed judgment, the ECHR confirmed biological ties relevance in the construction of parental relationships, as well as the ability of special cases of adoption to balance the domestic ban of surrogacy with the right of children to be recognized by their intended parents.*

\* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università di Pisa.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. La complessità del panorama giurisprudenziale interno a proposito dello *status filiationis* dei bambini nati attraverso la surrogazione di maternità

Con la decisione *C. c. Italia* della Corte Europea dei diritti umani, il dibattito giurisprudenziale interno sulla questione della surrogazione di maternità<sup>1</sup> e sul riconoscimento dei bambini nati grazie a tale pratica si arricchisce di un ulteriore tassello, sebbene non di significativi elementi di novità.

Per apprezzare quella che si presenta come una decisione complessivamente “assertiva”, confermativa cioè di quanto emerso nel dialogo nazionale tra Corti<sup>2</sup>, occorre anzitutto ripercorrere brevemente la complessa sequenza giurisprudenziale che ha recentemente interessato lo *status filiationis* dei bambini di coppie italiane generati all'estero attraverso la surrogazione di maternità.

Limitando il campo di osservazione alla giurisprudenza più recente, la riflessione prende avvio dalla sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale<sup>3</sup>; in tale occasione, infatti, il Giudice delle leggi esclude che l'esigenza di tutela dell'interesse del minore al mantenimento e al riconoscimento giuridico, e sociale, della relazione con il genitore non biologico sia tale da sottrarlo *in toto* alla ponderazione con il divieto di surrogazione di maternità, norma di ordine pubblico internazionale posta dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004, e con l'esigenza di disincentivare il ricorso a tale tecnica. Quest'ultima, ricordano i giudici costituzionali alla prima sezione civile della Corte di cassazione, giudice *a quo* della controversia costituzionale, comprensibilmente nel diritto vivente sorregge il rifiuto della trascrizione completa dei provvedimenti stranieri che attribuiscono *ab origine* anche al padre o alla madre intenzionali lo *status* di genitore del minore nato attraverso una surrogazione di maternità, nonché la predilezione per il diverso percorso dell'adozione in casi particolari<sup>4</sup>.

Consapevoli, tuttavia, in quel frangente, dei limiti dell'istituto (quali, ad esempio, la necessità dell'assenso del genitore biologico e, in generale, la non assimilabilità all'adozione piena<sup>5</sup>) e del bisogno di assicurare all'interesse del minore una protezione effettiva e tempestiva, in armonia con quanto stabilito anche dalla giurisprudenza convenzionale, i giudici costituzionali esortano il legislatore a intervenire individuando una soluzione *ad hoc* in grado di offrire una tutela ai distinti principi e diritti in gioco nella vicenda, quelli del minore *in primis*.

La risposta a tale sollecitazione non si fa attendere, sebbene essa non giunga dal legislatore. È, infatti, ancora una volta la prima sezione civile della Corte di cassazione<sup>6</sup> a richiedere, questa volta

- 
- 1 Nel presente contributo si fa riferimento a tale pratica utilizzando, alternativamente, le espressioni surrogazione di maternità, maternità surrogata o gestazione per altri, ben consapevoli che la preferenza per quest'ultima locuzione o per le altre due, corrisponda frequentemente in letteratura a precise e distinte connotazioni valoriali della pratica stessa che, tuttavia, in questa sede si sceglie di non affidare all'impiego di una dizione specifica, sulla scorta di quanto avviene a livello giurisprudenziale, soprattutto sovranazionale.
  - 2 Dialogo a sua volta significativamente influenzato dall'ormai noto parere della Corte europea dei diritti umani del 10 aprile 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention?*, su cui cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in questa *Rivista*, n. 2019, 1, p. 68 ss.
  - 3 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2021, 2, p. 321 ss.; la pronuncia è stata oggetto di grande attenzione in dottrina, spesso congiuntamente a un'altra, contestuale, decisione del Giudice delle leggi, la sentenza n. 32/2021, dedicata alla (solo per certi versi simile) questione del riconoscimento dei bambini nati all'estero da una fecondazione eterologa praticata da coppie omosessuali femminili. A titolo esemplificativo, cfr. G. D'Amico, *La Corte e il "non detto"*. *Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2021, 4, p. 930 ss.; E. Lamarque, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 2023; P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, n. 2021, 3, p. 483 ss.; A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, n. 2021, 2, p. 74 ss.
  - 4 Ci si riferisce in particolare all'orientamento affermato dalla Cassazione civile, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Foro italiano*, n. 2019, 12, p. 4027, con nota di G. Luccioli, *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*.
  - 5 Giova ricordare che in occasione della successiva sentenza del 28 marzo 2022, n. 79, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2022, 3, p. 1685 ss., con nota di F. Astone, *Adozione in casi particolari» e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale*, la Corte costituzionale ha stemperato le distinzioni a tutt'oggi esistenti tra i due tipi di adozione, attribuendo anche al minore adottato in casi particolari il diritto al riconoscimento dei legami familiari sorti con i parenti del padre o della madre adottivi.
  - 6 Corte di cassazione, prima sezione civile, 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Rivista di diritto di famiglia e delle successioni*, n. 2022, 2, p. 172 ss.

alle sezioni unite, di revocare in dubbio il proprio orientamento; quest'ultimo sarebbe stato superato dall'incapacità dell'adozione in casi particolari, rilevata dalla giurisprudenza costituzionale, di assicurare all'interesse del minore nato attraverso la surrogazione di maternità una tutela adeguata, in assenza perlomeno di un intervento del decisore politico. A fronte della presumibile e perdurante inerzia di quest'ultimo, e a seconda delle specificità del caso concreto, il riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) e, pertanto, l'accertamento dello *status filiationis* del minore nei confronti di entrambi i genitori, può considerarsi la soluzione in grado di assicurare una pronta garanzia all'interesse del bambino coinvolto, tanto più laddove la surrogazione di maternità sia avvenuta in uno Stato in cui la regolazione e la modalità di svolgimento della pratica lascino presumere l'adesione libera e consapevole della gestante al progetto genitoriale dei committenti e, dunque, l'assenza di una lesione della sua dignità, così come tutelata dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004.

Tuttavia, la replica delle sezioni unite smentisce nuovamente la lettura della prima sezione<sup>7</sup>; ritenendo che con la decisione n. 33/2021 i giudici costituzionali abbiano espressamente individuato nel legislatore il principale soggetto responsabile dell'adeguamento della disciplina dell'adozione in casi particolari, ma rilevando come quest'ultima sia stata nel frattempo positivamente innovata dalla successiva sentenza n. 79/2022 della medesima Corte costituzionale, essi circoscrivono, pertanto, la creatività del proprio intervento a un unico profilo; si ammette, infatti, la possibilità per i giudici di merito di superare l'eventuale rifiuto opposto dal genitore genetico in caso di istanza di adozione da parte del padre o della madre intenzionali, laddove la partecipazione di questi ultimi al progetto genitoriale e la relazione di cura e di affetto instaurata con il minore lascino presumere che corrispondano al suo interesse la prosecuzione e il riconoscimento giuridico di tali rapporti. Questi elementi rendono, a detta delle sezioni unite, l'istituto dell'adozione in casi particolari certamente perfettibile, ma potenzialmente adatto a rispondere al diritto del minore a vedersi riconosciuto il rapporto di filiazione nei confronti del genitore che, anche in assenza di un legame genetico, lo abbia dapprima desiderato e dopo allevato. Diversamente, riconoscendo cioè l'immediata esecutività di un provvedimento straniero che certifichi la genitorialità di entrambi i *partners*, la Corte invaderebbe una sfera di intervento che la giurisprudenza costituzionale riserva al legislatore espressamente (e comprensibilmente) alla luce dei plurimi interessi in gioco; accanto all'interesse del minore si colloca, infatti, *ex* articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004 anche il divieto di surrogazione di maternità in ogni sua forma, norma di ordine pubblico internazionale la cui portata, a detta delle sezioni unite, non può considerarsi automaticamente ridimensionata nell'ipotesi in cui il giudice accerti che tale tecnica procreativa si sia svolta in condizioni che fanno presumere l'assenza di forme di sfruttamento della gestante e la sua partecipazione consapevole al progetto riproduttivo dei genitori intenzionali.

La scelta dell'ordinamento di vietare la maternità surrogata risponde, infatti, a un'esigenza più ampia di tutela della dignità, intesa in senso oggettivo, che preclude - anche alla donna che lo desidera - di offrire il proprio corpo per la realizzazione del desiderio altrui di genitorialità, nel tentativo di frenare un'eventuale «*china scivolosa*» che possa condurre, invece, donne in stato di vulnerabilità e bisogno economico a scegliere di sottoporsi alla medesima pratica<sup>8</sup>.

La sentenza della Corte europea dei diritti umani, *C. c. Italia*, del 31 agosto 2023 si inserisce, dunque, in un panorama giurisprudenziale in cui la tutela dell'interesse del minore nato in seguito a una gestazione per altri a preservare la certezza e la stabilità del rapporto con il genitore intenzionale sembra rappresentare il punto fermo delle ponderazioni poste in essere dai giudici di legittimità, anche laddove

7 Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro italiano*, 2023, n. 1, 83, con commento di V. Calderai, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustizia insieme*, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023.

8 Giova precisare che, ad avviso di scrive, le sezioni unite non paiono escludere la possibilità che infinite e diverse ragioni possano condurre una donna a scegliere di prestare il proprio ventre, gratuitamente o meno, a una persona o a una coppia per la realizzazione di un loro rispettabile desiderio di genitorialità; tuttavia, l'impiego dell'argomento della dignità oggettiva giustifica il sacrificio di tale eventuale espressione dell'autonomia riproduttiva femminile fondandolo su un'esigenza più ampia di tutela dell'autonomia femminile medesima; specificamente, sul punto, cfr. A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, 2020, p. 148 ss.; S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre)*, *Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, n. 2016, 2, p. 93 ss.; più in generale, sebbene non da una prospettiva femminista, considera la dignità possibile limite e contestuale strumento di garanzia dell'autonomia, M. Mahlmann, *The Good Sens of Dignity: Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law*, in C. McCrudden (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2012, p. 593 ss. Diversamente, sulla nozione di dignità intesa in senso soggettivo, emersa nell'ordinanza interlocutoria della prima sezione, sebbene non espressamente riferite a tale ultima vicenda, cfr. le osservazioni di A. Schillaci, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di) *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell'Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, p. 179 ss.



questi ultimi appaiono decisamente restii ad ammettere, in sede giudiziale, la definitiva “attenuazione” del divieto (interno) di surrogazione di maternità<sup>9</sup>. D’altra parte, l’invito (rimasto comunque inascoltato) della prima sezione a considerare in concreto la posizione della madre surrogata al fine di consentire ai giudici di merito la delibazione dei provvedimenti stranieri che attestino la genitorialità di entrambi i *partners*, per quanto indicativo della reticenza di parte dei giudici di legittimità a ritenere potenzialmente recessivo l’interesse del minore medesimo a vedere celermente riconosciuto il proprio rapporto con il padre o la madre intenzionali, lascia intravedere la consapevolezza che la pratica della surrogazione di maternità possa intercettare esperienze tra loro ben diverse, perlomeno in termini di autonomia della madre gestante<sup>10</sup>.

## 2. Il diritto del minore all’identità personale tra possibili drammaticità della prassi e doverosi meccanismi di tutela *effectifs e cèleres*

La vicenda da cui trae impulso la sentenza *C. c. Italia* della Corte Edu riguarda lo *status filiationis* di una bambina venuta al mondo nel 2019 in Ucraina in seguito alla conclusione di un contratto di maternità surrogata di tipo gestazionale, dunque grazie all’apporto genetico del padre intenzionale e di una donatrice. Con la nascita della figlia, in conformità a quanto previsto dalla legge ucraina, al padre biologico e alla madre sociale veniva rilasciato un certificato di nascita nel quale entrambi venivano individuati quali genitori della minore. Rientrata in Italia, a fronte del rifiuto della trascrizione del certificato di nascita da parte dell’ufficiale di stato civile, la coppia ricorreva al tribunale competente chiedendone la trascrizione integrale e, in subordine, quella parziale (recante, cioè, l’indicazione del solo padre biologico). Ciononostante, il giudice di primo grado rigettava l’istanza dei ricorrenti considerando l’interesse della minore a essere riconosciuta dai propri genitori recessivo a fronte dell’elusione del divieto di surrogazione di maternità, *ex* articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004 da questi ultimi realizzata. A tale decisione faceva logicamente seguito il ricorso alla Corte d’appello che, tuttavia, confermava la decisione di primo grado, rifiutando espressamente anche la richiesta di trascrizione parziale dell’atto di nascita di cui lamentava l’irricevibilità, essendo l’oggetto della domanda principale costituito dalla distinta richiesta di trascrizione integrale dello stesso.

Alla luce del contesto nazionale poc’anzi descritto e di un dibattito giurisprudenziale che si interroga ad oggi sulla latitudine dell’interesse del minore, divergendo sul *quomodo* (ma non sull’*an*) dell’accer-

9 È chiaro, infatti, che nonostante la preferenza per la *stepchild adoption* all’automaticità della trascrizione, l’assicurazione della continuità delle relazioni instaurate con i genitori intenzionali comporta comunque un minimo ridimensionamento della normatività del divieto della surrogazione di maternità laddove, come osserva B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p.116, «proprio l’applicazione del principio dell’interesse del minore diviene paradossalmente il veicolo che favorisce la rimozione della madre biologica», nonché la corrispettiva espansione dell’interesse dei padri e delle madri sociali a vedere riconosciuta la propria genitorialità nonostante quest’ultima si sia costituita in violazione del dettato legislativo interno. In assenza, tuttavia, di tale ridimensionamento si assisterebbe a un’espansione del divieto di surrogazione di maternità significativamente compromissoria dell’interesse del minore al mantenimento del proprio *status* di figlio del genitore intenzionale legittimamente costituito all’estero; cfr. sul punto, le osservazioni di A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l’omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, cit., p. 95, il quale rileva a margine della sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale come solo «la specifica attenzione all’idoneità degli strumenti alternativi a tutelare la posizione del minore può ravvisarsi un temperamento di un iter argomentativo che – altrimenti – sarebbe risultato completamente sbilanciato sul versante della salvaguardia dell’interesse pubblico a disincentivare il ricorso alla GPA».

10 Per restituire *in toto* l’idea del clima che circonda a livello interno la vicenda della surrogazione di maternità, e della distanza che sembra sussistere tra i piani di riflessione e di azione del decisore politico e delle Corti (Corte Edu compresa), giova ricordare che l’attuale proposta di legge n. 887, Varchi e co., è volta ad ampliare il raggio d’azione dell’articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 e a sanzionare penalmente le condotte di coloro che ricorrono alla maternità surrogata fuori dai confini nazionali. Sul punto cfr. le osservazioni di A. D’Aloia, *Serve davvero il ‘reato universale’ di maternità surrogata? in Federalismi.it*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 2023, 25, p. IV ss., il quale, senza revocare in dubbio l’attuale divieto di surrogazione di maternità, osserva come tra gli elementi di criticità della modifica legislativa, la presumibile assenza del requisito della doppia incriminazione segni la norma, con buone probabilità, all’ineffettività disvelandone al contempo il carattere «*inutile e simbolico*». Analogamente, pur ritenendo la GPA offensiva per la madre surrogata e il minore «*in ogni sua conformazione*», considera la proposta di legge «*di chiara ispirazione propagandistica e di evidente matrice identitaria, nonché priva di ogni utilità sul piano concreto*», G. Luccioli, *Il totem del “reato universale” e quei bambini dimenticati dal Parlamento*, in *Giustizia insieme*, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023.

tamento del suo rapporto di filiazione con il genitore sociale, il ripetuto rifiuto della trascrizione (anche parziale) del certificato di nascita è indicativo, tuttavia, della pluralità (e dell'imprevedibilità) di risposte che la coesistenza nell'ordinamento del divieto di maternità surrogata e della necessità di regolare gli effetti della sua elusione possono drammaticamente instillare nella giurisprudenza di merito, anche a spese delle persone più piccole<sup>11</sup>.

Si fa presto a comprendere, infatti, che l'impossibilità di accertare il proprio rapporto di filiazione, e conseguentemente di acquistare la cittadinanza italiana, pongano la minore ricorrente in una prolungata situazione di incertezza giuridica tale da costituire una potenziale violazione del suo diritto alla vita privata, ex articolo 8 CEDU. Nonostante il margine di apprezzamento accordato ai singoli Stati nell'individuazione delle procedure maggiormente adatte a garantire il riconoscimento dei bambini nati in seguito a una gestazione per altri fuori dai confini nazionali, il giudice di Strasburgo valuta, infatti, «l'*effectivité et la célérité*» dei meccanismi approntati dai singoli ordinamenti «*conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant*»; quest'ultimo impone alle autorità statali di arginare tempestivamente la situazione di incertezza giuridica dei bambini venuti al mondo grazie a tale pratica, in ragione, inoltre, di quel «*devoir de diligence exceptionnelle*» che ne deve orientare l'operato ogni qualvolta siano coinvolte le relazioni tra genitori e figli.

Con riferimento al caso di specie, la Corte rileva pertanto come la condotta dei giudici nazionali segnali l'assenza di ponderazione tra gli interessi in gioco (la normatività del divieto di surrogazione da un lato, l'interesse del minore dall'altro); la laconicità con la quale i giudici rigettano le richieste di trascrizione parziale del certificato di nascita del pubblico ministero, il rifiuto della stessa, avvenuto anche in secondo grado e sorretto da mere ragioni formali, l'assenza di qualsiasi indicazione al genitore biologico circa la percorribilità di procedure alternative per ottenere il riconoscimento della propria paternità, incidono sul grado di *effectivité* della tutela che il giudizio avrebbe dovuto offrire alla ricorrente. Analogamente, la circostanza per cui siano trascorsi quattro anni dalla richiesta della prima trascrizione da parte del padre e della madre della minore senza che questi ultimi abbiano visto accolte le loro richieste (nemmeno parzialmente) conduce i giudici di Strasburgo a ritenere evidentemente assente anche il requisito della celerità, la cui mancanza ha posto la bambina in una situazione di incertezza giuridica significativa, aggravata dalla sua conseguente apolidia.

Il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nella regolazione della GPA e dei suoi effetti non vale, dunque, a escludere la lesione del diritto alla vita privata della ricorrente, ex articolo 8 Cedu, e specificamente del suo diritto all'identità personale, sebbene limitatamente alla mancata attestazione della derivazione paterna; la Corte Edu ricorda, inoltre, ai giudici nazionali come, al fine di garantire l'effettività e la celerità del riconoscimento del legame tra il genitore biologico e il bambino nato attraverso una gestazione per altri, il processo decisionale debba essere «*suffisamment axé sur l'intérêt supérieur de l'enfant*», superare eventuali vizi formali e aprire alla cooperazione con le parti, indicare loro se necessario le distinte soluzioni presenti nell'ordinamento e finalizzate all'accertamento dello *status filiationis*<sup>12</sup>.

Diversamente, con riferimento invece al riconoscimento della maternità sociale, i giudici di Strasburgo ritengono che la condotta delle autorità italiane, e in particolare il rifiuto della trascrizione integrale del certificato di nascita, non integri una lesione del diritto dell'articolo 8 CEDU, residuando al riconoscimento per il rapporto di filiazione materno, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale italiano sul punto, il distinto percorso dell'adozione in casi particolari, non avviato nel caso di specie dalla madre intenzionale<sup>13</sup>.

Niente di nuovo dal fronte Strasburgo verrebbe da dire; in effetti, fin dalle note decisioni *Labasse c. Francia e Mennesson c. Francia* del 2014, la Corte Edu rileva, ex articolo 8 CEDU, l'ineludibilità del riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo padre genetico, al fine di garantire il diritto all'identità personale dei bambini nati attraverso una gestazione per altri; al netto dell'eventuale criminalizzazione

11 Sebbene proprio dall'osservazione della giurisprudenza di merito si rilevi una tendenza tutt'altro che indifferente alle esigenze di tutela *concrete* dell'interesse dei minori coinvolti nei casi di specie, maggiormente aperta pertanto anche all'eventualità della trascrizione automatica e integrale dei provvedimenti stranieri che attestino lo *status* di figli dei minori nati grazie a una GPA nei confronti di entrambi i genitori intenzionali; cfr. sul punto, A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, cit., p. 97 ss.

12 Corte europea dei diritti umani, 31 agosto 2023, C. c. Italia, p. 68.

13 Analogamente, qualche mese fa, in occasione delle decisioni *Bonzano e altri c. Italia, Modanese e altri c. Italia*, del 30 maggio 2023, la praticabilità del percorso adottivo e la scelta dei genitori intenzionali di non intraprenderlo, conduce la Corte a escludere che la trascrizione solo parziale dei certificati di nascita dei bambini da parte delle autorità italiane costituisca una lesione dell'articolo 8 Cedu e un superamento del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel riconoscimento dei rapporti di filiazione.

della surrogazione di maternità nei panorami interni, ostacolare l'accertamento dello *status filiationis* del genitore biologico costituisce una lesione dell'articolo suddetto. In effetti, nell'affermazione della derivazione paterna e/o materna del bambino nato in seguito a una gestazione per altri, il dato biologico sembra assumere un'evidente primazia per i giudici sovranazionali; come opportunamente osservato in dottrina, tale profilo si rileva anche *a contrario* dalla decisione della *Grande Chambre* nel noto caso Paradiso e Campanelli, sebbene in quella circostanza, l'assenza del legame genetico tra il padre intenzionale e il bambino appaia addirittura dirimente per escludere l'esistenza di una vita familiare *de facto* tra il minore e la coppia committente, nonostante quest'ultima avesse accudito il bambino nei suoi primi, e significativi, otto mesi di vita<sup>14</sup>.

Nessuna novità nemmeno in merito al riconoscimento dello *status filiationis* dei bambini nati attraverso una surrogazione di maternità nei confronti della propria (eventuale) madre intenzionale, non genetica; a partire dall'*Avis Consultatif* del 10 aprile 2019, infatti, la Corte Edu sottolinea come la possibilità del ricorso all'istituto dell'adozione «*produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger*»<sup>15</sup>; laddove attuata con celerità (sebbene nel caso di specie nella forma dell'adozione in casi particolari) essa può rispondere all'esigenza di certezza e stabilità che sorregge il riconoscimento della relazione del minore con la propria madre o con il proprio padre *solo* intenzionali<sup>16</sup>.

Va detto che, prescindendo dall'assenza di profili di novità, l'esortazione esplicita alle autorità giudiziarie italiane a orientare il proprio operato al rispetto dei *best interests* del minore coinvolto e, dunque,

14 Cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, cit., p. 74; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 2021, 1, p. 383; M. Picchi, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *Federalismi.it*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 2020, 29, p. 126; diversamente, I. Andrò, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti Europee*, in E. Olivito, S. Nicolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 66 ss., osserva come la combinazione tra interesse superiore del minore e valorizzazione della derivazione genetica di quest'ultimo, conduca la Corte Edu a suffragare talvolta anche decisioni discutibili, quali ad esempio il cambiamento, in favore del padre biologico, dello *status* di filiazione del minore che avvenga contro l'espressa volontà di quest'ultimo; con riferimento poi ai diritti dei bambini venuti al mondo attraverso la surrogazione di maternità, l'Autrice rileva criticamente come i giudici di Strasburgo considerino certamente nell'interesse del minore il mantenimento delle relazioni instaurate da quest'ultimo con i genitori intenzionali, *in primis* genetici, sebbene queste ultime si siano instaurate illegalmente (perlomeno secondo le leggi dei Paesi di provenienza dei genitori) e, pertanto, spesso in assenza di una procedura atta a valutare l'effettiva idoneità di padri e madri sociali a svolgere le funzioni genitoriali, diversamente da quanto tendenzialmente avviene nel caso dell'adozione.

15 Corte europea dei diritti umani, 10 aprile 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, p. 53.

16 D'altronde, sarebbe stato difficile immaginare una tutela del diritto all'identità del minore che revocasse in dubbio la capacità dell'adozione di garantire il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre sociale non genetica; in effetti, nel caso *D. c. Francia*, 16 luglio 2020, la maternità genetica (anche) della madre intenzionale non impedisce alla Corte Edu di considerare l'adozione il percorso potenzialmente adatto a soddisfare l'interesse del minore alla protezione della sua relazione con quest'ultima. Tuttavia, se in tale occasione la mancata indicazione, in sede giudiziale, del proprio apporto genetico da parte della madre sociale limita evidentemente il sindacato della Corte di Strasburgo, non può fare a meno di ricordarsi che nell'*Avis consultatif* del 2019, come ricordato anche nella sentenza *C. c. Italia*, la Corte Edu sottolinei come «*la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori*» nell'eventualità in cui quest'ultima sia anche la madre genetica del minore. Da un punto di vista teorico, si può osservare come l'eventuale valorizzazione immediata della linea anche materna nel riconoscimento dei bambini nati attraverso una GPA comporterebbe l'automatico ridimensionamento della linea di discendenza paterna quale attuale, ed esclusivo, profilo di continuità tra le fasi del progetto di genitorialità dei genitori sociali (rispettivamente, partecipazione alla fecondazione prima, accudimento del bambino poi) "intervallate" dalla gravidanza. Tuttavia, è innegabile che tutto ciò stemperi l'asimmetria dei sessi nella riproduzione, perlomeno tra i genitori intenzionali, sebbene come osserva B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in E. Olivito, S. Nicolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 103, la possibilità di una "gestazione per altra", condotta cioè da una donna per un'altra donna *single* con l'apporto genetico di quest'ultima, potrebbe dimostrare «*l'autosufficienza della continuità della linea materna*», nonché valorizzare la capacità della gestazione per altre di contribuire al *female empowerment* assicurando una prole a coloro che da sole non possano concepire e/o portare avanti una gravidanza, come rilevato da J. Zeller, in S. Pozzolo (a cura di), *Debating "surrogacy" or Pregnancy for others. A first round of opinions*, in *AG. About Gender. International Journal of gender studies*, n. 2016, 10, p. 355. Tuttavia, al netto del primato assunto dall'apporto genetico anche nella costruzione di questo tipo di maternità, l'ipotesi non esclude il rischio di *outsourcing* del lavoro riproduttivo, insito in generale nella GPA, ma qui ben più problematico perché capace di contaminare significativamente le idee dell'autosufficienza (appunto) della continuità della discendenza materna, e del *female empowerment*, evidenziando, infatti, un rapporto presumibilmente non paritario tra le donne coinvolte nel progetto riproduttivo, su cui cfr. S. Pozzolo, *Gestazione per altri (e altre), Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, cit., p. 97 ss.



a favorire la regolare, tempestiva ed effettiva instaurazione dei suoi legami con i genitori (genetico dapprima e sociale dopo), non appare superflua. Se si tiene a mente il dibattito giurisprudenziale interno sul riconoscimento dei bambini venuti al mondo attraverso la surrogazione di maternità, infatti, la pronuncia C. c. *Italia* della Corte Edu sembra supportare l'orientamento giurisprudenziale che, a tutt'ora, considera l'istituto dell'adozione in casi particolari, (rafforzato così anche da un'ulteriore "patente" convenzionale) preferibile all'automaticità della trascrizione integrale dei certificati di nascita stranieri.

Deve comunque ricordarsi come, pur non convergendo sulle possibili modalità di riconoscimento dello *status filiationis* dei bambini nati grazie a una GPA ricavabili dall'ordinamento (in ragione delle diverse letture della surrogazione di maternità e della regolazione dei suoi "effetti"), i giudici di legittimità italiani, si è visto, concordino sulla necessità di apprestare una tutela alle relazioni familiari instaurate dai minori con i propri genitori sociali; con la pronuncia C. c. *Italia* la Corte Edu ribadisce, allora, come tale esigenza sia anche convenzionalmente fondata. Un profilo questo certamente non nuovo, eppure capace di accrescere una sensazione di disagio a fronte, non solo dell'operato dei giudici nazionali da cui trae origine il caso di specie, ma anche della ben più recente azione della Procura di Padova, risalente a giugno 2023, di opporsi alla trascrizione dei certificati di nascita, integralmente trascritti dall'ufficiale di stato civile negli scorsi anni, di più di trenta minori figli di coppie di donne, le cui madri sociali (finanche sei anni dopo dall'avvenuto riconoscimento) potrebbero, ad oggi, ritrovarsi costrette a percorrere il distinto percorso dell'adozione in casi particolari<sup>17</sup>. La circostanza per cui i bambini siano in tal caso presumibilmente nati in seguito a una fecondazione assistita, piuttosto che a una surrogazione di maternità, non è particolarmente significativa perlomeno in questa sede<sup>18</sup> in cui, invece, maggiormente rilevante appare l'improvvisa instabilità che, in ragione di provvedimenti giudiziari di tale natura, colpisce i rapporti (anche duraturi) instaurati dai minori con le proprie madri sociali.

Le ricadute sfavorevoli di tale *modus operandi* sul diritto all'identità dei bambini coinvolti sono intuibili; tralasciando le (pur significative) differenze che distinguono la fecondazione eterologa dalla surrogazione di maternità, rispetto a quanto osservato sinora intorno alla pronuncia C. c. *Italia*, è opportuno compiere una precisazione dalla quale forse anche le autorità giudiziarie italiane, in futuro, difficilmente potranno prescindere, a meno di non disattendere, coscientemente, le indicazioni implicite anche nella giurisprudenza di Strasburgo; la Corte Edu individua, infatti, nell'adozione in casi particolari una delle possibili modalità di accertamento dello *status filiationis* dei minori nati tramite GPA, a patto, tuttavia, che essa miri a porre le relazioni con i genitori sociali dei bambini nati attraverso la surrogazione di maternità (e, *a fortiori*, anche di quelli concepiti grazie a una procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, come nel caso delle coppie omoaffettive femminili) tempestivamente ed effettivamente al riparo da una rischiosa incertezza, non logicamente a cagionarla essa stessa.

### 3. All'origine di tutto: la surrogazione di maternità quale nodo irrisolto (o irrisolvibile?) anche a Strasburgo

Con la pronuncia C. c. *Italia*, il punto di approdo raggiunto dal dibattito giurisprudenziale interno sul riconoscimento dei bambini nati all'estero resta saldo; nella garanzia del diritto all'identità dei minori, il doveroso riconoscimento giuridico delle paternità e maternità genetiche e sociali costituisce, anche grazie al nuovo contributo del giudice di Strasburgo, un "nucleo minimo" teoricamente indefettibile.

Ciò non significa che la lettura della Corte Edu (solo riaffermata nella decisione in commento) non possa prestare il fianco a distinte critiche; anzitutto, si osserva come proprio l'esigenza di stabilità, richiesta dall'effettiva tutela del diritto all'identità dei bambini, appaia difficile da conciliare con la dif-

17 Nel mentre, [https://www.corriere.it/cronache/23\\_novembre\\_14/padova-svolta-famiglie-arcobaleno-3e35abfe-82fb-11ee-b01e-f6b2afc73b92.shtml](https://www.corriere.it/cronache/23_novembre_14/padova-svolta-famiglie-arcobaleno-3e35abfe-82fb-11ee-b01e-f6b2afc73b92.shtml), la recente decisione della Procura di Padova di unirsi alle richieste delle parti affinché il giudice sollevi questione di costituzionalità della legge n. 40/2004, nella parte in cui quest'ultima ancora espressamente l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita al carattere eterosessuale della coppia, segnala un evidente cambio di prospettiva in seno agli uffici requirenti padovani e un'affinità rispetto ad alcune letture emerse in seno alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione, che lasciano intendere, rispettivamente, il graduale superamento del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA e adottiva; cfr. sul punto F. Angelini, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 2021, 3, p. 186 ss.; A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, cit., p. 91 ss.

18 Sulle opportune distinzioni (e prossimità) tra le due pratiche, cfr. F. Angelini, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020.



ferenziazione delle relazioni genitoriali. Suffragando, infatti, il rimedio interno della *stepchild adoption* dei soli genitori sociali, i giudici di Strasburgo avallano un meccanismo che fa gravare principalmente su questi ultimi le conseguenze della violazione del divieto di surrogazione di maternità<sup>19</sup>; si conferma così, implicitamente, tanto il primato storicamente assunto dalla derivazione genetica nella costruzione dei rapporti di filiazione, quanto, in maniera speculare, la “residualità” (per non dire la “minorità”) della genitorialità adottiva<sup>20</sup>.

Assumendo una prospettiva decisamente diversa, ma altrettanto critica rispetto alla postura della Corte Edu, si rileva come, sebbene non espressamente, quest’ultima non scoraggi nei fatti il “turismo procreativo”; il margine di apprezzamento accordato agli Stati nella regolazione della surrogazione di maternità risulterebbe, infatti, vanificato dall’impossibilità per le autorità nazionali di dar seguito all’eventuale divieto interno della pratica rifiutando, pertanto, il riconoscimento integrale degli effetti degli accordi surrogatori conclusi all’estero, senza incorrere (come in effetti ben evidenzia il caso di specie) in una successiva sanzione per violazione dell’articolo 8 Cedu<sup>21</sup>.

Si tratta di letture evidentemente diverse che muovono, si intuisce, da altrettanto distinte considerazioni della questione della surrogazione di maternità. Non è un caso, infatti, che a livello interno, i dubbi maggiori circa la preferibilità dell’adozione in casi particolari all’automaticità della trascrizione dei certificati di nascita (avvalorata anche a Strasburgo) provengano da quella parte della dottrina che guarda alla gestazione per altri come a un possibile e nuovo modo di venire al mondo<sup>22</sup>. Quest’ultimo parteciperebbe al medesimo e graduale cambiamento delle figure parentali instillato dalla fecondazione assistita di tipo eterologo che, ad oggi, consente alle donne di non essere geneticamente madri dei figli che partoriscono; similmente, la maternità surrogata (perlomeno nella fattispecie gestazionale) permette la separazione della maternità genetica da quella biologica, ma soprattutto la scissione di quest’ultima dalla maternità sociale, presupponendo cioè che la gestante, nell’esercizio *in primis* della propria libertà di autodeterminazione in materia riproduttiva, rinunci ai suoi diritti di madre gestante (e talvolta anche genetica) del bambino in favore dei genitori committenti.

Diversamente, il mutamento determinato dalla surrogazione di maternità nel campo della procreazione medicalmente assistita può apparire dirompente perché capace di stravolgere il principio *mater semper certa*, espressivo dell’arretramento dell’ordinamento giuridico dinanzi alla naturalità del parto; nonostante i cambiamenti instillati nella riproduzione della vita umana dalla tecnica possano rendere l’apporto materno al corredo genetico del nascituro solo *eventuale*, il principio *mater semper certa* presidia la nascita da un corpo di donna come momento comunque identificativo di ciascuna persona rendendolo «“anteriore” e “indisponibile” ai dispositivi sociali e giuridici di costruzione e imputazione dei rapporti giuridici»<sup>23</sup>.

- 
- 19 Come rilevato anche dalla prima sezione della Corte di cassazione nella menzionata ordinanza interlocutoria n. 1842/2022, secondo la quale, attraverso tale *modus operandi* (che discenderebbe da una discutibile interpretazione del divieto di surrogazione di maternità), si viene «a sancire l’operatività della pratica vietata a favore del genitore biologico, sanzionando irrazionalmente il soggetto che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione e che si è assunto la responsabilità di essere genitore».
- 20 E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 384, riflette, ad esempio, su quanto le relazioni genitoriali sorte grazie alla gestazione per altri possano contribuire all’affermazione della consapevolezza «che essere madri e padri significa molto di più del (e forse spesso qualcosa di molto diverso dal) mero conferimento di materiale genetico per il concepimento, come anche della esclusiva capacità della persona di sesso femminile di portare a termine una gravidanza»; condividendo pertanto le perplessità di chi come, A. Margaria, *Padri e madri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU*, in questa *Rivista*, n. 2020, 1, p. 93 ss., ritiene che la centralità del dato biologico nell’accertamento della paternità, sostenuta in seno alla Corte di Strasburgo, ostacoli la valorizzazione della *care* (pur presente nelle argomentazioni della Corte medesima) quale elemento, ad oggi, non più identificativo della sola maternità, ma dirimente per l’individuazione delle paternità, a fronte dei cambiamenti tecnologici e sociali che interessano la riproduzione di uomini e donne.
- 21 Sebbene precedenti all’*Advisory opinion* del 2019 della Corte Europea dei diritti umani, cfr. le osservazioni di P.R. Beaumont, K. Trimmings, *Recent Jurisprudence of the European Court Of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?*, in F. Ippolito, G. Biagioni (a cura di), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Napoli, 2016, p. 109 ss.
- 22 A.M. Lecis Cocco Ortu, *L’obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, cit., p. 68 ss.; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 395.
- 23 La citazione si deve a S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p., 215 ss., la quale a quadro legislativo invariato, non esclude tuttavia la possibilità di accordi spontanei tra i privati (ritenendoli illeciti, ma non punibili né tantomeno coercibili) liberi dalle dinamiche del mercato, che possano prevedere l’eventuale parto anonimo della madre biologica, il successivo riconoscimento del padre biologico e l’adozione del o della partner di quest’ultimo; il principio *mater semper certa*

La questione della surrogazione di maternità così impostata, si intende, non si presta a facili soluzioni e mediazioni; lo dimostra, a livello interno, anche il mancato raggiungimento di una posizione pienamente condivisa da parte di quella dottrina che, concordemente, ritiene le vicende riproduttive espressive dell'asimmetria dei sessi e, in particolare, dell'«eccedenza del valore femminile» nella generazione della vita umana<sup>24</sup>. Ciò conduce a dubitare che, perlomeno con riferimento al contesto italiano, la discussione intorno alla surrogazione di maternità e alla genitorialità dei bambini nati grazie a tale pratica, si esaurirebbe laddove (in un futuro non troppo prossimo) il legislatore stemperasse il divieto di cui all'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004, contemplando "una regolazione leggera" della gestazione per altri, capace di valorizzare il desiderio di paternità e maternità del (o dei) genitori intenzionali e, al contempo, l'unicità della relazione di gravidanza della gestante col nascituro ammettendo, ad esempio, la possibilità per quest'ultima di esercitare in un frangente temporale ragionevole il proprio diritto al ripensamento<sup>25</sup>. La dimensione transnazionale del fenomeno<sup>26</sup> lascia presumere, infatti, che, anche laddove si riuscisse a giungere a una regolazione costituzionalmente orientata della pratica della GPA (ammettendo, dunque, la possibilità che residuino degli spazi per tale regolazione e che, pertanto, il principio *mater semper certa* sia proprio dalla *mater* diversamente modulabile), quest'ultima non escluderebbe l'eventuale scelta dei genitori intenzionali di ricorrere alla surrogazione di maternità fuori dai confini nazionali, ritenendo preferibili (o, *rectius*, più convenienti?) le condizioni offerte da altri ordinamenti in cui la posizione della madre gestante appare meno tutelata; né ridimensionerebbe il diritto dell'identità del minore a preservare effettivamente, e celermente, le relazioni instaurate nel mentre con i propri genitori, genetici e sociali<sup>27</sup>.

A fronte di un quadro così complicato, la soluzione della *stepchild adoption* propugnata anche dalla Corte di Strasburgo mitiga certamente il margine di apprezzamento statale (come, tra l'altro, dalla Corte talvolta espressamente riconosciuto) non contribuendo, infatti, ad arginare il ricorso alla surrogazione di maternità e non opponendosi, pertanto, alla rimozione concordata della madre biologica dalla vita (e dall'identità) del minore spesso sottesa a tale pratica<sup>28</sup>; ciononostante, essa consente agli ordinamenti che vietano la surrogazione di maternità di non legittimare automaticamente e retroattivamente tutte le relazioni di genitorialità sorte in violazione di tali divieti, dimostrando non un espresso sfavore per la surrogazione di maternità, ma comunque un'implicita contezza del suo carattere controverso e dei valori tutelati dalle eventuali limitazioni nazionali al suo svolgimento o alla normazione dei suoi effetti.

A questo proposito, guardando alla giurisprudenza più recente in materia è interessante menzionare la decisione *H. c. Regno Unito*; in tale occasione, pur dichiarando il ricorso inammissibile, i giudici di Strasburgo osservano preliminarmente come rientri nel margine di apprezzamento degli Stati che ammettono la GPA escludere che il riconoscimento della paternità biologica del padre genetico, e intenzionale, avvenga automaticamente al momento della nascita del bambino. Fatta salva la possibilità dei

---

postulerebbe, infatti, sia l'insindacabilità sia la "non normabilità" delle scelte delle donne sulle proprie gravidanze, entrambe messe a rischio da un'eventuale "stemperamento" del divieto di cui all'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004.

- 24 Si esprime in tal senso, B. Pezzini, *La riproduzione al centro della questione di genere*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 2019, n. 15, p. 216. Tale visione è condivisa da molte Autrici nel panorama italiano che, tuttavia, divergono sulla lettura della gestazione per altri, giungendo conseguentemente a esiti diversi anche sulla fisionomia (e sull'auspicabile futuro) del divieto di surrogazione di maternità ex articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004; cfr. ad esempio, le affini riflessioni di G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, e B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, con quelle, distinte, di S. Niccolai, *Diano alla maternità quel che le spetta*, tutte contenute in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 91 ss.
- 25 P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, cit., p. 497 ss.
- 26 Sul punto, cfr. la ricognizione offerta da G. Serughetti, *Maternità surrogata, oltre l'alternativa tra proibizionismo e laissez-faire*, in *Alternative per il socialismo: bimestrale di politica e cultura*, n. 2016, 2, p. 176 ss.
- 27 Emblematico, in tal senso, l'esempio del Regno Unito, in cui la "regolazione leggera" della GPA solidale, non sembra escludere fenomeni di "mobilità procreativa" indicativi di un aggiramento dei limiti imposti dalla normativa nazionale, come ricordano E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 13; S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, cit., p. 83.
- 28 Ferma, logicamente, la possibilità, affidata alla valutazione responsabile (quanto problematicamente casistica) degli adulti coinvolti, di garantire l'instaurazione di una relazione tra il minore e colei che l'ha messo al mondo, laddove ciò appaia nell'interesse del minore stesso, ossia laddove la madre biologica desideri, anzitutto, intrattenere una stabile relazione d'affetto con lui anche al di fuori di un espresso riconoscimento legale e di una tradizionale, e congiunta, vita familiare.

genitori genetici e intenzionali di richiedere il trasferimento della responsabilità genitoriale mediante un *parental order*, una volta acquisito il consenso della madre biologica, la scelta dell'ordinamento inglese di attribuire *in primis* la maternità alla partoriente e la paternità all'eventuale partner di quest'ultima non pone il bambino in una situazione di incertezza giuridica paragonabile all'assenza di un qualsiasi riconoscimento del proprio *status filiationis* (al pari della vicenda in commento); essa risponde, anzi, a molteplici esigenze: evitare l'automatica attribuzione della genitorialità ai donatori di gameti, rifiutare l'allontanamento del bambino dalla madre gestante contro la volontà di quest'ultima, preservare l'incoercibilità dei *surrogacy arrangements* che potrebbe invece essere revocata in dubbio laddove la paternità venisse attribuita automaticamente al padre intenzionale in forza del suo apporto genetico e della preliminare adesione a uno specifico progetto genitoriale<sup>29</sup>.

Analogamente, nella sentenza *D c. Francia*, la Corte Edu rileva come il controllo giudiziale imposto dall'individuazione dell'adozione quale modalità di instaurazione del legame materno per i soli bambini nati all'estero grazie alla surrogazione di maternità, trovasse in quel frangente la propria ragion d'essere nella volontà dell'ordinamento francese di limitare i rischi che, in generale, il ricorso a tale pratica fuori dai confini (e dai divieti) nazionali può determinare, soprattutto per i minori<sup>30</sup>. Nella sentenza *D.B. e altri c. Svizzera*, la Corte si confronta nuovamente con un ordinamento che non ammette la surrogazione di maternità rilevando, tuttavia, come l'esigenza di tutela dell'interesse superiore del minore al mantenimento delle relazioni parentali operi come un limite al margine di apprezzamento statale e impedisca, pertanto, di far ricadere sul bambino le conseguenze della condotta «*éventuellement critiquable*» dei genitori intenzionali, rendendo censurabile, nel caso di specie, la decisione del Tribunale federale svizzero di rifiutare, opponendo il limite dell'ordine pubblico, il riconoscimento del rapporto di filiazione di un minore, figlio di una coppia di due uomini, con il solo padre non genetico<sup>31</sup>.

Le argomentazioni sin qui richiamate mostrano, dunque, una Corte di Strasburgo impegnata a districarsi non solo tra le fisiologiche differenze dei casi di specie, ma tra contesti nazionali che accordano alla surrogazione di maternità un distinto grado di disvalore. D'altronde, che il panorama di regolazione di tale pratica sia molto composito lo ha rilevato la Corte medesima in sede consultiva, sottolineando come tra i quarantatré Stati partecipanti all'indagine, e membri del Consiglio d'Europa, ben ventiquattro vietino «*explicitement ou implicitement*» il ricorso alla gestazione per altri<sup>32</sup>. L'impossibilità di rintracciare un consenso comune tra gli Stati intorno a tale peculiare tecnica riproduttiva spiega, forse, anche la difficoltà dei giudici di Strasburgo di lasciar trapelare il proprio posizionamento in merito alla compatibilità della surrogazione di maternità con i valori della Convenzione europea, a meno di non considerare la protezione assicurata alle relazioni instaurate dai minori con i propri genitori intenzionali, *ex* articolo 8 Cedu, come un'univoca apertura del collegio di Strasburgo nei confronti di tale nuovo modo di venire al mondo e non come il tentativo di preservare una coerenza argomentativa, ma anzitutto valoriale, a fronte della pluralità di regolazioni della surrogazione di maternità e dei suoi effetti.

Non mancano, ovviamente, affermazioni dirette a problematizzare maggiormente la questione della gestazione per altri, ma non è casuale forse che queste ultime si rintraccino soprattutto nelle sporadiche opinioni dissenzienti o concorrenti allegate alle decisioni della Corte in tale ambito. Proprio nel caso della sentenza *C. c. Italia*, con un'opinione parzialmente dissenziente, il giudice Wojtyczek rileva, dapprima, come la mancata trascrizione parziale dell'atto di nascita non integri a suo giudizio una violazione dell'articolo 8 Cedu residuando, infatti, in capo al padre biologico una distinta via per il riconoscimento della propria paternità (da quest'ultimo non esperita); successivamente, menzionando a tal fine la decisione *Paradiso e Campanelli* della Grande camera, Wojtyczek ricorda come gli accordi di surrogazione di maternità possano essere strumentali al traffico di esseri umani e, pertanto, richiedere alle autorità nazionali una prudenza e una diligenza speciali nell'accertamento dell'identità dei minori che comportano, *in primis*, l'esclusione del carattere doppiamente eterologo della gestazione, ossia la verifica dell'effettivo legame genetico (non dimostrato a suo giudizio nella vicenda oggetto del sindacato della Corte) tra almeno uno dei due genitori sociali e il nuovo nato. Assumendo una postura precisa sulla surrogazione di maternità e sulla sua incompatibilità con l'ordinamento convenzionale, il giudice Wojtyczek, richiama nuovamente il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, invocando in tal caso l'opinione espressa congiuntamente ai giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque e Dedov, e ribadendo come, anche nella sua forma altruistica, la surrogazione di maternità offenda la dignità del bambino e del minore,

29 Corte europea dei diritti umani, 31 maggio 2022, *H. c. Regno Unito*, p. 55.

30 Corte europea dei diritti umani, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, p. 87.

31 Corte europea dei diritti umani, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, p. 86.

32 Corte europea dei diritti umani, 10 aprile 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, p. 23.



auspicando per tale ragione l'impegno degli Stati del Consiglio d'Europa nel contenimento di tale pratica, anche attraverso meccanismi sanzionatori volti a colpire le condotte di coloro che vi accedono illegalmente<sup>33</sup>. Nella sequenza giurisprudenziale *Paradiso e Campanelli c. Italia*, è interessante ricordare, inoltre, l'opinione dissenziente allegata alla prima decisione della Corte Edu con la quale i giudici Raimondi e Spano mettevano in guardia il collegio sull'impatto che (non la protezione dell'identità del minore, ma) la tutela della vita familiare dei genitori intenzionali e del minore nato in seguito a una gestazione per altri fuori dai confini e dai divieti nazionali del proprio Paese di residenza, avrebbe avuto sulla libertà degli Stati di non riconoscere alcun effetto giuridico agli accordi di surrogazione di maternità laddove questi ultimi a livello interno risultassero vietati<sup>34</sup>.

Decisamente meno critica, invece, la posizione espressa nell'opinione concorrente allegata alla ben più recente decisione *D c. Francia* dalla giudice O'Leary la quale giunge a revocare in dubbio la perdurante attualità del principio *mater semper certa* domandosi, difatti, se, ferma l'esigenza di tutela dell'interesse superiore del minore ex articolo 8 Cedu, la coincidenza tra madre genetica e sociale (possibile negli accordi di maternità surrogata di tipo gestazionale) non debba gradatamente condurre i giudici nazionali a superare la visione che - a differenza di quanto avviene con la paternità - sinora ha fatto coincidere «*la maternité avec l'acte charnel d'accouchement*». Ci si muove in territori eticamente sensibili in cui, osserva ancora la giudice O'Leary, il dialogo tra Corti svolge un ruolo di significativa importanza, sebbene i soggetti responsabili della garanzia dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu siano *in primis* le autorità nazionali<sup>35</sup>.

Se si torna allora a guardare al panorama interno e, specificamente, all'orientamento affermatosi da ultimo in seno alla giurisprudenza di legittimità, domandosi come quest'ultima stia tutelando il diritto all'identità dei bambini ex articolo 8 Cedu, la preferibilità per l'istituto dell'adozione in casi particolari può interpretarsi: come una forma di miopia dei giudici supremi dinanzi alle possibilità odierne offerte dalla tecnica che, fuori dal distinto schema dell'adozione, permettono ai bambini di essere considerati i figli anche di uomini e donne che non li abbiano partoriti, e talvolta nemmeno concepiti; oppure, come l'esplicito tentativo di conciliare le nuove esigenze di tutela dell'interesse del minore con la tenuta del divieto di surrogazione di maternità ex articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004.

Da tale ultimo angolo visuale, dietro il presidio della dignità oggettiva dei corpi femminili da parte delle sezioni unite non vi sarebbe la riconduzione della maternità a mero fatto biologico, né la svalutazione di quell'elemento volontaristico che nel nostro ordinamento permette alle donne di scegliere di non mettere al mondo bambini o di non riconoscerli come propri figli, ma piuttosto il tentativo di sottrarre la gravidanza e l'eventuale rifiuto della maternità sociale a logiche mercantistiche, ben presenti peraltro anche nella gestazione per altri solidale<sup>36</sup>. Si potrebbe, giustamente, obiettare che questo tipo di posizionamento miri a escludere i corpi delle donne italiane meno abbienti dalle possibilità offerte dal libero mercato, ma che tale postura (posti i fisiologici confini della giurisdizione) quasi nulla possa nei confronti di quella che appare talvolta come una delocalizzazione del lavoro riproduttivo, laddove si consideri che in alcune zone del mondo la gestazione per altri svolge addirittura una funzione emancipatoria, costituisce cioè un'alternativa effettiva rispetto a un'occupazione femminile scarsa, precaria e sottopagata<sup>37</sup>. Non c'è dubbio, infatti, che il tentativo posto in essere dalla giurisprudenza di legitti-

33 Corte europea dei diritti umani, 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, Opinione parzialmente dissenziente del giudice Wojtyczek.

34 Corte europea dei diritti umani, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, p.15.

35 Corte europea dei diritti umani, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, Opinione concorrente della giudice O'Leary, p. 21.

36 Le ragioni che si possono opporre rispetto al presunto carattere solidale della gestazione per altri sono diverse; si può ad esempio rilevare come il mancato compenso della gestante non escluda la presenza di un apparato medico e legale che lucra sulla gravidanza (e ancor prima sulla fecondazione) di quest'ultima; per una puntuale demistificazione del carattere solidale di tale pratica, cfr. S. Boicelli, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe*, in questa *Rivista*, 2023, n.1, p. 94 s. D'altra parte, non si può tacere che, fermo il diritto della donna di prestare il proprio corpo gratuitamente e di rifiutare l'eventuale pagamento, la presenza di quest'ultimo aiuti a disvelare il valore dell'attività di cura della gestante nei confronti del nascituro e i possibili stravolgimenti a cui quest'ultima e la sua famiglia, laddove vi sia, siano andati incontro durante il periodo della gravidanza.

37 Non si intende, dunque, escludere che le donne che prestano il proprio ventre per la generazione di un bambino destinato ad altri genitori non si prestino a tale pratica consapevolmente; un'indagine condotta su alcune madri surrogate indiane (prima delle limitazioni di accesso alla pratica introdotte dapprima nel 2016 e da ultimo nel 2018) da V. Rozée, S. Unisa, E. de La Rochebrochard, *The Social Paradoxes of Commercial Surrogacy in Developing Countries: India Before the New Law of 2018*, in *BMC. Women's Health*, n. 2020, 20, p. 1 ss., evidenzia, ad esempio, come molte donne, al pari di quanto sembra avvenire anche nei più vicini paesi balcanici, aderiscano coscientemente ai progetti genitoriali dei committenti spinte prevalentemente da ragioni economiche che vanno dall'urgenza, al semplice desiderio, di migliorare la propria condizione di vita e quella della pro-



mità di preservare la tenuta del divieto di surrogazione di maternità lasci il tempo (ma soprattutto il luogo) che trova, pur rappresentando la spia di una mancata, interna, rassegnazione alla pervasività di un sistema economico tutt'altro che confinato e all'idea che qualsiasi esperienza del corpo, anche la generazione di una vita umana, con l'aiuto della tecnica possa essere messa a valore. Niente, tuttavia, che sia radicalmente inconciliabile con il diritto dei bambini venuti al mondo grazie alla surrogazione di maternità di essere riconosciuti *effectivement e rapidement*, sebbene non automaticamente, figli di chi abbia inteso da subito assumersene la responsabilità, desiderandoli e prendendosene cura.

---

pria famiglia. La circostanza per cui una o più gestazioni per altri possano svolgere nelle esistenze di queste donne un effetto liberatorio, soprattutto da condizioni lavorative non, o poco, dignitose, conduce taluni a valorizzarne la possibile funzione di *empowerment*; cfr., ad esempio le osservazioni di, A. Balzano, *Gestazione per altri e mercato della riproduzione*, in *il Mulino*, n. 2017, 4, p. 564 ss.; L. Guizzardi, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, in *Politica del diritto*, n. 2021, 2, p. 193 ss. Tuttavia, sebbene tali letture muovano dal pregevole intento di ridimensionare narrazioni eccessivamente vittimizzanti delle esperienze delle madri surrogate, restituendo alla GPA anche la dignità di possibile attività lavorativa, come espressamente fa Balzano, esse non consentono di opporsi a quella che, opportunamente, S. Federici, *Oltre la periferia della pelle: ripensare, ricostruire e rivendicare il corpo nel capitalismo contemporaneo*, Roma, 2023, p. 66, edizione Kindle, considera come «l'emergere di una nuova divisione del lavoro in base al sesso secondo cui la procreazione – ridotta a un processo puramente meccanico e spogliata di qualsiasi componente sentimentale – è esternalizzata a donne delle ex colonie che, dalla fine degli anni Settanta, sono soggette a brutali programmi di austerità con conseguente impoverimento di massa ed espropriazione dei mezzi di riproduzione più basilari»; anche in tale circostanza, osserva Federici, «il “sottosviluppo” in una parte del mondo è condizione necessaria allo “sviluppo” di un'altra parte del globo». Da tale angolo visuale, è particolarmente pertinente quanto osservato da E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 22, ossia l'impressione che il tentativo di Stati come l'India o la Thailandia di contenere l'accesso alla GPA, più che un effetto deterrente rispetto alla domanda della pratica, determini «un elemento di pressione sugli altri ordinamenti, affinché la loro legislazione diventi più permissiva», laddove come nel caso italiano essa sia, invece, radicalmente impedita dall'esistenza di un divieto o dalla vigenza di una regolazione tendenzialmente restrittiva, poco rispondente ai *desiderata* dei genitori intenzionali; nel distinto panorama inglese, ad esempio, ciclicamente si riaccende, anche tra le gestanti, il dibattito sulla possibilità di una regolamentazione della GPA “più morbida” e di tipo commerciale, come di recente evidenziato dal documentario di R. Anitori e D. Iaffaldano Di Gregorio *“Surrogacy Underground. Storie di gestazione per altri”*, 2023.

Carla Maria Reale\*

## “Only the beginning<sup>1</sup>”? L’impatto della sentenza della Corte Edu *Semenya v. Switzerland* sui diritti umani in prospettiva di genere nella governance sportiva.

### Sommario

1. Introduzione. – 2. La vicenda umana, sportiva e giudiziale di Semenya. – 2.1. Semenya e la lunga ombra del sex testing nelle competizioni agonistiche femminili. – 2.2. Il regolamento della World Athletics per l’accesso alle competizioni delle donne con iperandrogenismo del 2011 e la controversia Chand. – 2.3. Il regolamento della World Athletics del 2018 e la sua impugnazione da parte di Semenya. – 3. *Semenya v. Switzerland*: i punti salienti della decisione. – 3.1. La questione della competenza e l’applicazione dei diritti umani da parte degli organi sportivi di giustizia. – 3.2. Sulla violazione dell’art. 14 in combinato disposto con l’art. 8 della Convenzione. – 3.3. Sulla violazione dell’art. 13 della Convenzione. – 3.4 Sulla (non) violazione dell’art. 3 della Convenzione. – 4. Annotazioni: lo sport e la tutela dei diritti umani. – 5. Annotazioni critiche: Lo sport e la dimensione delle discriminazioni basate su genere / caratteristiche sessuali. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

### Abstract

La sentenza *Semenya v. Switzerland* della Corte europea dei diritti umani offre numerosi spunti di riflessione per ragionare sul rapporto fra Lex sportiva, tutela e garanzia dei diritti umani e discriminazioni di genere. Ripercorrendo la vicenda di Semenya, verranno discussi i punti principali della sentenza evidenziandone punti di forza ed eventuali criticità, per poi soffermarsi sul possibile impatto che questa potrebbe avere nel futuro della governance dello sport.

*The decision Semenya v. Switzerland of the European Court of Human Rights offers many insights into the relationship between the Lex sportiva, the protection and guarantee of human rights and gender discrimination. The article will look back at the Semenya case and discuss the main points of the ruling, highlighting its strengths and possible critical aspects. In the final part the focus will be on the possible impact the decision could have on the future of sports governance.*

\* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Genova. Il lavoro è stato supportato dal progetto Horizon 2020 GENDER-EX (Agreement No. 952432). Le opinioni espresse dall’autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa e non quelle della Commissione europea. La Commissione europea non è responsabile degli usi che possono essere fatti delle informazioni contenute nell’articolo.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 La citazione è tratta dalla dichiarazione rilasciata da Semenya subito dopo la pubblicazione della sentenza da parte della Corte. L’atleta ha affermato “Justice has spoken but this is only the beginning (...) This decision will still be significant for all sportspersons in throwing doubt on the future of all similar rules.” Si veda a tal proposito: <https://www.nbcsports.com/olympics/news/caster-semenya-appeal-statement>.

## 1. Introduzione

Il presente contributo vuole fornire un inquadramento ed un commento critico alla sentenza *Semenya v. Switzerland*<sup>2</sup>, pronunciata dalla Corte europea dei diritti umani l'11 luglio 2023.

Il cuore della disputa è rappresentato dalla possibilità per donne con caratteristiche intersex di accedere alle competizioni sportive femminili internazionali, tenuto conto del difficile bilanciamento fra due principi cardine dello sport contemporaneo: equità di accesso ed equilibrio competitivo. A tal fine, dal 2011, la World Athletics richiede alle donne con determinate caratteristiche di sottoporsi a trattamenti ormonali per poter accedere alle gare, per mitigarne il presunto vantaggio competitivo. Tuttavia, questi regolamenti sono sin da subito risultati controversi da un punto di vista scientifico, etico e non di meno giuridico.

La decisione qui in commento ha parzialmente accolto il ricorso dell'atleta Semenya, accertando una violazione da parte della Svizzera della Cedu, per non aver fornito sufficienti garanzie procedurali e istituzionali rispetto alle doglianze della ricorrente, riguardanti la discriminazione sulla base del genere e delle caratteristiche sessuali.

La sentenza non chiarisce tutte le importanti questioni sottese alla vicenda, come ad esempio la sostenibilità delle categorie binarie nello sport contemporaneo<sup>3</sup>, ma pone alcuni punti fermi che potranno avere un'importante influenza nella futura governance dello sport. Per poterli tracciare, ripercorreremo la vicenda che ha coinvolto Semenya, guardando dapprima ai regolamenti della World Athletics succedutisi nel tempo e poi ai contenuti della sentenza, per concludere con alcune note critiche e possibili prospettive di sviluppo.

## 2. La vicenda umana, sportiva e giudiziale di Semenya

La controversia che riguarda la carriera atletica di Semenya, mezzofondista e velocista sudafricana, due volte campionessa olimpica degli 800 metri piani (2012 e 2016) e tre volte campionessa mondiale nella stessa specialità (nel 2009 2011 2017), inizia nel 2009 anno in cui vince l'oro ai mondiali di atletica a Berlino. Questa vicenda, che, come vedremo, racchiude in sé diversi fattori di marginalizzazione sociale e profili medici, giuridici e sportivi, è stata definita un'aporia a causa di tensioni e quesiti irrisolti nell'arco di più di dieci anni<sup>4</sup>, che oggi trova in parte una sua conclusione grazie alla sentenza di cui in oggetto.

### 2.1. Semenya e la lunga ombra del sex testing nelle competizioni agonistiche femminili

Dopo la prima vittoria di Semenya, nel 2009, la IAAF (International Association of Athletics Federation, ad oggi World Athletics- WA) avvia una procedura di *gender testing* nei confronti della stessa. La procedura, da cui emergerà che Semenya ha caratteristiche rientranti nell'ombrello intersex<sup>5</sup>, avrà come risultato - pur in assenza di alcun specifico regolamento o protocollo al riguardo - l'imposizione di un trattamento medico all'atleta, atto a riportare il range di testosterone all'interno di standard considerati femminili. Quanto accaduto in questa prima fase della storia di Semenya si colloca in un continuum rispetto al contesto dello sport d'élite femminile contemporaneo, in cui : "La storia della verifica del sesso/genere è frequentemente rimossa dalla narrazione dello sport femminile, sebbene sia una storia

2 Corte europea dei diritti umani, 11 luglio 2023, *Semenya v. Switzerland*.

3 Su questo si v. C. M. Reale, A. Tuselli, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo/(Un)ruly bodies: sex, gender and race inter-actions in the sport field*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 2022, 11(22), pp. 513-550, nel cui paragrafo conclusivo si propone una nuova classificazione basata su parametri simili a quelli elaborati nell'ambito dello sport paralimpico.

4 A. Olivesi, *From the implicit to aporia: the specificities of the Caster Semenya case as a 'discursive moment'*, in S. Montanolba (a cura di), *Gender Testing in Sport: ethics, cases and controversies*, London, Routledge, 2016, pp. 103-104.

5 Semenya non era a conoscenza della propria condizione, che in particolare viene descritta in ambito medico con il termine iperandrogenismo. Con questo termine ci si riferisce ad una eccessiva produzione di ormoni maschili (androgeni), in una donna, in particolare di testosterone, da parte delle ghiandole endocrine, surrenali e ovaie. Questa condizione può avere molteplici cause.

scritta, letteralmente, sui corpi delle atlete nel corso delle decadi<sup>6</sup>. Si reputa dunque rilevante spiegare brevemente cosa siano le procedure di sex testing all'interno dello sport agonistico e tracciarne origini e sviluppi.

Le donne fanno ingresso nel mondo dello sport agonistico solamente in epoca contemporanea<sup>7</sup> a causa di numerosi ostacoli di ordine culturale<sup>8</sup>, ed è proprio in questo momento che si sugella la divisione delle competizioni basata sul genere. Sin da subito tuttavia, la divisione delle competizioni in categorie maschili e femminili in ottica di fair play diventa oggetto di sorveglianza da parte degli organismi sportivi. Già nel Novecento si insinua il timore di possibili frodi di genere, il sospetto che uomini travestiti da donne (c.d. "gender masquerades") possano infiltrarsi nelle competizioni femminili al fine di trarne vantaggio competitivo<sup>9</sup>. Il primo strumento di verifica del genere è quello adottato dal CIO a partire dal 1966, per i Giochi di Kingston. Questo, divenuto poi noto con il nome di "nude parades", consisteva nell'ispezione fisica delle atlete (completamente svestite) da parte di un team di medici che aveva il compito di verificarne il sesso<sup>10</sup> tramite manipolazioni del corpo, dei genitali, controllo della peluria<sup>11</sup>. La pratica, adottata per un breve periodo anche dalla World Athletics<sup>12</sup>, fu ben presto interdetta perché risultante invasiva e lesiva della dignità delle atlete<sup>13</sup> e si optò per la modifica dei parametri di verifica.

I metodi adottati da quel momento in poi, fino alla definitiva cessazione del sex testing obbligatorio, si basano su criteri cromosomici determinanti per la verifica del sesso. Nelle Olimpiadi del 1968 a Città del Messico viene introdotto il c.d. "test del corpo di Barr", attraverso il quale verificare l'assetto cromosomico delle partecipanti<sup>14</sup>. Nel 1991, in seguito a innumerevoli fallimenti la World Athletics abbandona la verifica obbligatoria del sesso, mentre il CIO lo fa solo nel 1999, adottando alle Olimpiadi del 1992 e 1996 un nuovo test cromosomico, il PCR (test reazione a catena della polimerasi)<sup>15</sup>.

L'abolizione dell'obbligo del sex testing non implica tuttavia la scomparsa di ogni forma di verifica del sesso/genere per le categorie femminili, che al contrario si presenta ad oggi come un regime discrezionale<sup>16</sup>, una procedura da attivare per casi sospetti di atlete vincenti, segnalate da Federazione da colleghe/avversarie e/o da nazionali concorrenti, che per i loro risultati destano dubbi sul "vero" sesso di appartenenza. La World Athletics ha per esempio continuato a verificare il sesso di atlete portatrici di caratteristiche considerate sospette (voce profonda, peluria facciale, sviluppo muscolare ipertrofico): queste atlete venivano indirizzate dal personale medico WA a interventi di gonadectomia o cure far-

- 
- 6 C. M. Reale, A. Tuselli, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo / (Un)ruly bodies: sex, gender and race inter-actions in the sport field*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 2022, 11(22), pp. 513-550. Nello stesso articolo si riporta una lista dei casi emersi nelle cronache, sebbene si riporti che probabilmente molti rimangono ancora sommersi. Se ne menzionano alcuni, come possibile spunto di approfondimento: Ewa Klobukowska, 1964, atletica leggera, velocista (Polonia); Renè Richards, 1974, tennis (USA); Maria José Martínez- Patino, 1986, atletica leggera, ostacolista (Spagna); Santhi Soundarajan 2006, atletica leggera, maratoneta (India); Fallon Fox 2013, arti marziali miste (USA); Dutee Chad 2014, atletica leggera, velocista (India); Laurel Hubbard 2017, sollevamento pesi (Nuova Zelanda); Tiffany Abreu 2017, volley (Brasile). Si aggiunge oggi a questa lista la vicenda denunciata dalla calciatrice Nilla Fischer in merito ai mondiali FIFA 2011, in cui- secondo le dichiarazioni della stessa- le giocatrici sarebbero state costrette a sottoporsi a ispezioni genitali.
  - 7 Per approfondire in prospettiva storica L. Smith, *Nike is a Goddess. The History of Women in Sports*, Atlantic Monthly Press, New York, 1999.
  - 8 J. Harper, *Athletic gender*, in *Law and Contemporary Problems*, 2017, vol. 80, p. 139.
  - 9 A. Ljungqvist, "Gender Verification", in B. L. Drinkwater (a cura di), *Women in sport*, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, 2000, pp. 180-197.
  - 10 S. Erikainen, *Gender Verification and the Making of the Female Body in Sport A History of the Present*, London, Routledge, 2019.
  - 11 L. Parks Pieper, *Sex Testing: Gender Policing in Women's Sport*, Chicago, University of Illinois Press, 2016, p. 14.
  - 12 Nel medesimo anno anche la IAAF adotta le *nude parade* il durante i campionati Europei di atletica leggera a Budapest. J. Harper, *Sporting gender. The history, science and stories of transgender and intersex athletes*, London, Rowman & Littlefield, 2020.
  - 13 J. L. Simpson Et Al., *Gender Verification in the Olympics*, in *JAMA*, 2000, vol. 284 n. 12, pp. 1568-1569.
  - 14 Il test si basa sulla visione secondo la quale tutti gli esseri umani possono essere classificati in due categorie distinte, femmine e maschi, sulla base di un diverso assetto cromosomico XX e XY. La visione riduttiva del test, che guarda esclusivamente ai due poli (maschile e femminile) di quello che è in realtà uno spettro, si rivela presto fallace, generando talvolta esiti paradossali. Si veda R. E. Tucker, M. Collins, *The Science and Management of Sex Verification in Sport*, in *Afr. K. Sports Medicine*, 2009, 21 S., pp. 147-148.
  - 15 Questo test era invece volto all'individuazione del cromosoma Y, tramite l'individuazione del gene SRY, all'epoca reputato responsabile dello sviluppo di testicoli negli uomini.
  - 16 Definito "I know when I see it policy" da A. Dreger, *Intersex and sports: back to the same old game*, in *Hasting center bioethics forum for the Study of Sports and Athletes in Education*, n. 6, 2010, pp. 21-44.



macologiche, veri e propri trattamenti medici su corpi sani al fine di prendere parte alle competizioni internazionali<sup>17</sup>, come accaduto a Semenya nel 2009. Con gli inizi degli anni 2000, i corpi delle atlete trans e intersex diventano visibili nello spazio sportivo internazionale e gli organismi di governance sportiva iniziano a formulare dei veri e propri regolamenti al fine di sancire i criteri di accesso alle gare femminili per queste<sup>18</sup>.

## 2.2. Il regolamento della World Athletics per l'accesso alle competizioni delle donne con iperandrogenismo del 2011 e la controversia Chand

Nel 2011 la World Athletics approvava i primi regolamenti riguardanti l'accesso delle atlete trans<sup>19</sup> e delle atlete con caratteristiche intersex alle competizioni sportive, con documenti differenti ma basandosi su un criterio univoco, quello riguardante i livelli di testosterone. Il regolamento del 2011 "*Eligibility of females with hyperandrogenism to compete in women's competition*", si applicava a tutte le competizioni internazionali di atletica leggera e, a discrezione delle federazioni locali, anche in ambito nazionale. Questo richiedeva alle atlete con diagnosi medica accertata o sospetta di iperandrogenismo e con livelli di testosterone superiori ai 10 nmol/L, di sottoporsi ad un esame medico, su tre livelli, da parte di un panel di esperti nominati dalla WA e accettare di sottoporsi ad eventuali trattamenti medici da questi prescritti, di natura chirurgica o ormonale, pena la non ammissione o la squalifica dalle gare.

Con l'approvazione di questo regolamento la vita atletica di Semenya si intreccia con quella di Dutee Chand, anch'essa un'atleta con caratteristiche intersex proveniente dal Global South<sup>20</sup>. L'atleta indiana decideva di contestare questo regolamento davanti al Tribunale Arbitrale Sportivo (CAS<sup>21</sup>), rifiutando di sottoporsi ai trattamenti ormonali richiesti per prendere parte alle gare e sostenendo di essere stata discriminata sulla base del sesso e delle proprie caratteristiche fisiche congenite. Il CAS, con un provvedimento ad interim datato 27 luglio 2014<sup>22</sup>, riconosce la necessità di vagliare con attenzione la necessità e la proporzionalità del regolamento in oggetto, posti gli effetti potenzialmente dannosi derivanti dallo stesso e la carenza di sufficienti prove scientifiche. Il regolamento veniva dunque sospeso per due anni con effetto erga omnes, e Chand - e di riflesso Semenya - venivano ammesse nuovamente alle competizioni senza alcuna restrizione.

## 2.3. Il regolamento della World Athletics del 2018 e la sua impugnazione da parte di Semenya

In risposta a ciò, nel 2018 la WA approvava un nuovo regolamento "*Eligibility regulation for female classification (Athletes with Differences of Sex Development)*" che comprendeva nuovi criteri dalla portata applicativa ridotta alle sole competizioni internazionali fra i 400 m e 1200 m (c.d. *Restricted events*) ed esclu-

17 J. Harper, *Sporting gender. The history, science and stories of transgender and intersex athletes*, London, Rowman & Littlefield, 2020.

18 Il primo attore della governance sportiva a disciplinare l'accesso delle atlete trans e poi intersex alle competizioni sportive femminili agonistiche è stato il Comitato internazionale olimpico. Nel 2003 il CIO avvia un primo vero confronto sulla partecipazione delle atlete trans alle competizioni sportive: nasce così la policy di Stoccolma, elaborata da 7 esperte/i in ambito medico (*Statement of the Stockholm consensus on sex reassignment in sports*). Il documento stabilisce la possibilità per le atlete trans di partecipare alle competizioni sportive nella categoria corrispondente al proprio genere d'elezione, a patto di soddisfare determinate condizioni. Era richiesto che le atlete si fossero sottoposte a interventi chirurgici di conferma del genere (all'epoca era in uso parlare di "riassegnazione del sesso"), in ogni caso comprensivi di gonadectomia (asportazione delle gonadi) a partire da due anni prima della gara; che avessero completato una transizione anche dal punto di vista legale; che si fossero sottoposte/i a cure mediche ormonali per un tempo sufficientemente lungo a minimizzare possibili vantaggi competitivi. Nel documento si legge un solo riferimento specifico per gli atleti trans: questi ultimi sono eleggibili nelle categorie maschili senza alcuna restrizione né condizione a cui dover rispondere. Questo verrà poi modificato nel 2015 e da ultimo una nuova policy innovativa verrà approvata nel 2021.

19 Per le atlete trans il primo regolamento è del 2011 "IAAF Regulations Governing Eligibility of Athletes who Have Undergone Sex Reassignment to Compete in Women's Competition". Questo viene poi sostituito da quello del 2019. Il requisito, anche per queste atlete, era quello di avere un livello di testosterone inferiore ai 5 nmol/L a partire dai 12 mesi prima della gara.

20 K. Karkazis, R.M. Jordan-Young, G. Davis, S. Camporesi, *Out of bounds? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes*, in *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, n. 7, 2012, pp. 3-16.

21 Il tribunale, con sede a Losanna è competente per la risoluzione delle controversie sportive istituito, è stato istituito dal CIO nel 1984. Per approfondire si veda: R. H. McLaren, *The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes*, in *Val. U. L. Rev.*, 35, 2001 pp. 379-405 e M. Coccia, *International Sports Justice: The Court Of Arbitration For Sport*, in *European Sports Law And Policy Bulletin*, 1/2013, pp. 23-76.

22 CAS2014/A/3759 *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & the International Association of Athletics Federations (IAAF)*.

sivamente alle atlete con DSD (Disorder of Sex Development) in forme tassativamente elencate (c.d. Relevant athletes), con livelli di testosterone superiori ai 5 nmol/L. A queste si domandava, per accedere alle competizioni internazionali sopramenzionate, di ridurre tali livelli tramite trattamenti ormonali. In alternativa, avrebbero potuto competere in gare esclusivamente nazionali oppure ancora gareggiare nella categoria maschile o nella categoria intersex (inesistente e ad oggi mai istituita).

Questo regolamento veniva impugnato da Semenya e dalla Federazione Atletica del Sud Africa. I due ricorrenti chiedevano al CAS di dichiarare il Regolamento nullo perché discriminatorio, arbitrario e non proporzionale, oltre che contrario alla stessa costituzione della IAAF, alla Carta Olimpica e ai diritti umani fondamentali. Si sosteneva che il regolamento fosse discriminatorio sulla base del sesso/genere: questo si applicava infatti in via esclusiva alle donne e a quelle che, fra tutte, possedevano determinate caratteristiche fisiche. Infatti, le atlete venivano segnalate per la loro apparenza, sulla base di una visione stereotipica della femminilità da cui si discostavano, a partire da considerazioni soggettive e discrezionali su tratti e caratteri fenotipici che venivano considerati maschili. Il regolamento, che avrebbe dovuto avere l'obiettivo di preservare l'equilibrio competitivo, non era - a detta delle parti - necessario e proporzionale. Non era infatti sufficientemente supportato da prove scientifiche circa il vantaggio derivante da maggiori livelli di testosterone ed in ogni caso le disposizioni e le imposizioni previste per le atlete comportavano un danno grave, ingiustificato e irreparabile nei confronti delle stesse.

La World Athletics, invece, sulla quale ricadeva l'onere della prova circa la non discriminatorietà, sosteneva che il regolamento fosse un "compromesso giusto e progressista" per procedere ad un corretto bilanciamento degli interessi in gioco. È interessante notare che la WA rigettava ogni argomento relativo alla violazione ipotetica di diritti umani, sostenendo, in quanto organismo privato, di non essere legata all'applicazione della Convenzione Europea dei Diritti umani né alla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite.

Il CAS si pronunciava con sentenza<sup>23</sup>, reputando, sulla base di argomentazioni e testimonianze di entrambe le parti, il regolamento legittimo. Secondo il Tribunale arbitrale, le misure adottate dalla World Athletics avevano il legittimo scopo di mantenere l'integrità delle competizioni femminili e proteggere le atlete cisgender (c.d. *protected class*) dal vantaggio competitivo delle c.d. *relevant athletes* derivante da elevati livelli di testosterone: a tal fine il regolamento era da reputarsi necessario. Il CAS riconosceva la potenziale problematicità degli effetti dei trattamenti ormonali richiesti alle atlete, ma tale considerazione non minava il giudizio di complessiva proporzionalità e ragionevolezza del Regolamento. Il Tribunale affermava inoltre di non dovere e non potere stabilire la legittimità della divisione binaria dei generi nel mondo delle competizioni sportive, allo stesso modo in cui non si reputava competente a giudicare circa il rispetto dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, rifiutandosi pertanto di entrare nel merito della questione.

Semenya e la Federazione di atletica sudafricana ricorrevano poi in appello davanti al Tribunale Federale svizzero, organo competente in secondo grado. Con la decisione di secondo grado<sup>24</sup> il Tribunale federale svizzero confermava la sentenza del CAS, sottolineando in primis la propria limitata competenza, circoscritta alla verifica della violazione da parte del Tribunale del principio dell'ordine pubblico e non estesa dunque alle doglianze relative alla violazione della Costituzione svizzera e della Convenzione Europea dei diritti umani. La decisione del CAS veniva reputata dal Tribunale federale svizzero legittima e non in contrasto con l'ordine pubblico, poiché basata su un'analisi completa e sul coinvolgimento di numerose persone esperte. Anche questa sentenza sottolineava come fosse necessario tutelare le donne cisgender nelle competizioni sportive e come il regolamento, nel richiedere trattamenti medici al fine di mitigare il vantaggio conferito da determinate caratteristiche fisiche, potesse comunemente reputarsi proporzionato.

In seguito alla decisione Semenya ricorreva alla Corte Europea dei diritti umani, di fronte alla quale lamentava una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto per la vita privata e familiare) della Convenzione, sostenendo di essere stata discriminata per il proprio genere e per le proprie caratteristiche sessuali congenite. La ricorrente sosteneva inoltre la violazione dell'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con l'art. 3, 8,14 della Convenzione a causa del potere limitato di revisione della sentenza in secondo grado. Semenya invocava anche l'art. 3 (proibizione di tortura), 6 (diritto ad un equo processo) e 8.

In pendenza di questo ricorso davanti alla Corte Edu, nel 2022 la World Athletics ha approvato due nuovi regolamenti sulla partecipazione delle atlete trans e intersex, entrati in vigore da marzo 2023, in

23 (CAS/2018/O/5794). Sulla sentenza si veda E. Falletti, *Il riconoscimento dell'identità di genere tra sport e non discriminazione: la vicenda di Caster Semenya*, in *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1.

24 Court of Arbitration for Sports, 25 agosto 2020, *Caster Semenya & ASAF v. IAAF*

cui i valori di testosterone per le “Relevant athletes” si abbassano ulteriormente (2.5 nmol/L) e il requisito viene ora applicato a tutti gli eventi sportivi.

### 3. **Semenya v. Switzerland: i punti salienti della decisione**

La sentenza della Corte Edu, si colloca dunque in questo complesso panorama. Nel solco di questo si procederà ad esporre i principali punti toccati dalla Corte nella sentenza per poi fornirne una lettura critica.

#### 3.1. **La questione della competenza e la tutela dei diritti umani da parte degli organi sportivi di giustizia**

La prima questione tratta dalla Corte è quella della competenza e del perimetro dell’oggetto della decisione della Corte, che pur apparendo meramente tecnica ha importanti risvolti sostanziali, come si evidenzierà nel paragrafo 4. La *questio* sorge perché il Regolamento è un atto della World Athletics, un ente privato e la Svizzera, controparte nella causa dinanzi alla Corte Edu, non ha avuto alcun ruolo è un ente privato e la Svizzera non ha avuto alcun ruolo nell’approvazione del suddetto. Consapevole di ciò, la Corte stabilisce che la decisione non potrà entrare nel merito della compatibilità del regolamento rispetto alla Convenzione europea dei diritti umani, ma dovrà stabilire se il controllo esercitato prima dal Tribunale arbitrale sportivo e poi dal Tribunale federale svizzero ha rispettato gli standard imposti della Convenzione. Il perimetro applicativo della CEDU alla giustizia sportiva si limita dunque a tale controllo, ma prima di entrare nel merito la Corte chiarisce delle ulteriori questioni relative alla propria competenza.

La Corte sottolinea come il Tribunale federale sia tenuto ad applicare il diritto internazionale (sebbene in casi come questo in maniera indiretta) e come si sia instaurato- tramite la giurisdizione del Tribunale- un legame territoriale fra la ricorrente ed il governo. Per quanto riguarda la competenza *ratione loci*, la Corte svolge due considerazioni. Dapprima richiama i propri precedenti, fra cui *Mutu et Pechstein v. Switzerland*, per affermare come sia irrilevante che la World Athletics sia una entità di diritto privato basata a Monaco; in connessione a ciò afferma che il Tribunale federale svizzero- pur agendo in virtù di un ente regolato da diritto privato come il CAS- deve applicare la nozione di ordine pubblico svizzero, comprensiva della Convenzione, in particolare i principi della non discriminazione, i diritti della persona e la dignità umana.

In questa parte della sentenza, dunque, si ribadisce quanto affermato già nei precedenti riguardo agli effetti orizzontali indiretti della Convenzione EDU che, sebbene non sia direttamente applicabile fra parti private, può venire in rilievo nel contesto sportivo<sup>25</sup>. Nonostante il CAS sia un organo di natura privata, questo non può infatti considerarsi ad oggi esonerato dallo scrutinio circa il rispetto della Convenzione. In particolare, si argomenta che la Convenzione debba indirettamente essere considerata dagli organi giurisdizionali sportivi, dato che in secondo grado è il Tribunale federale svizzero ad essere competente, con lo specifico compito di vagliare la compatibilità della sentenza rispetto all’ordine pubblico svizzero, che include la CEDU<sup>26</sup>. Sebbene la giurisprudenza del CAS sia ondivaga e piuttosto restia nel riconoscere ciò e applicare il diritto internazionale dei diritti umani, la Corte Edu ha già avuto modo di chiarire- ed in questa sentenza conferma- come “the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage the State’s responsibility under the Convention<sup>27</sup>”.

25 Si veda A. Duval, *Lost in translation? The European Convention on Human Rights at the Court of Arbitration for Sport*, in *International Sports Law Journal*, 2022, 22, pp. 132-151.

26 In un caso è stato affermato che fosse “rather obvious” che la federazione non potesse astenersi dall’interpretare i propri regolamenti alla luce dei diritti umani. Si veda: CAS 2015/A/4304, *Tatyana Andrianova v. All Russia Athletic Federation (ARAF)*, 14 aprile 2016, para. 45. Orientamento che, come abbiamo visto, non è invece stato sposato nel caso Semenya.

27 Corte Europea dei diritti umani, 4 febbraio 2019, *Mutu & Pechstein v Switzerland*, par. 64.

### 3.2 Sulla violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione Il complesso intreccio tra genere e salute

Dopo aver risolto le questioni relative alla competenza, la Corte esamina l'articolo 14 esclusivamente alla luce dell'art. 8, ricostruendo brevemente la portata dello stesso e riconoscendone in fine l'avvenuta violazione.

La nozione di vita privata ai sensi della Convenzione è una nozione ampia, che comprende lo sviluppo della persona ma che ha anche una dimensione relazionale. Secondo la Corte, le caratteristiche sessuali di una persona rilevano ai sensi dell'art. 8: nel momento in cui Semenya è stata reputata non sufficientemente "femminile" per prendere parte alle competizioni sportive e le sono stati imposti trattamenti medici per abbassare i propri livelli di testosterone, la sua identità personale è stata compromessa. Contestualmente, l'autonomia personale della ricorrente, anch'essa ricompresa nell'art. 8, è stata compromessa da un dilemma davanti al quale è stata posta<sup>28</sup>: scegliere fra la propria integrità fisica (rifiutando di sottoporsi ai trattamenti richiesti) o rivendicare il diritto di svolgere la propria professione (acconsentendo alle condizioni imposte dalla WA). Ampio spazio nella decisione è dedicato proprio a sottolineare come l'art. 8 si applichi anche agli ambiti professionali e come il regolamento di cui in oggetto abbia influito gravemente sulla possibilità di esercizio della professione da parte di Semenya, impedendole di accedere alle competizioni sportive internazionali a causa delle proprie caratteristiche fisiche congenite, con importanti violazioni anche della sua salute psico-fisica e in ultima istanza della sua dignità.

La ricorrente sostiene infatti di essere discriminata per il proprio essere una persona intersex, sia in relazione alle altre atlete che non possiedono queste caratteristiche, sia rispetto agli uomini per i quali non è mai stata posta in essere alcuna condizione restrittiva, né tantomeno alcuna procedura di *sex testing*. Semenya sostiene inoltre che i regolamenti, impattando in maniera sproporzionata sulle atlete del c.d. Global South causino una discriminazione indiretta su base razziale/etnica. Questo punto si ritrova anche negli interventi delle terze parti, in particolare della South African Human Rights Commission, che richiama esplicitamente il concetto di discriminazione intersezionale, evidenziando come il regolamento sia il risultato di una commistione fra stereotipi di genere e razziali che influiscono sulle aspettative circa le performance e l'aspetto "legittimo" delle atlete considerate idonee a gareggiare nelle classi femminili.

La Corte afferma per la prima volta che la proibizione della discriminazione sulla base del sesso è da intendere come comprensiva anche delle caratteristiche sessuali, pertanto della discriminazione ai danni delle persone intersex. Non reputa invece necessario soffermarsi sulla compresenza del fattore di discriminazione razziale, sebbene sembri riconoscere, richiamando esplicitamente una Risoluzione parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>29</sup>, che le atlete razzializzate siano particolarmente stigmatizzate nell'ambito sportivo.

Si noti che, come principio generale, viene osservato che le misure che impongono trattamenti differenziati sulla base del sesso, devono avere giustificazioni solide e convincenti e motivi chiari e precisi. Nell'esaminare l'esistenza o meno di sufficienti garanzie procedurali e istituzionali per proteggere la ricorrente dalla discriminazione, la Corte reputa di dover considerare cinque distinti aspetti. (I) Il primo è quello riguardante la giurisdizione del CAS e del Tribunale federale svizzero. Sul CAS la Corte osserva come questo sia un organismo di diritto privato che opera sulla base della regolamentazione della World Athletics, della Carta olimpica e, a titolo sussidiario, sulla base del diritto del Principato di Monaco, che deve rispettare gli standard della Corte Edu. Il CAS ha reputato il regolamento necessario, proporzionato e ragionevole sulla base dei parametri di valutazione dettati dall'art. 14 della Convenzione, senza tuttavia fare mai menzione dello stesso, né tantomeno procedere ad una sua effettiva applicazione. Il Tribunale federale ha invece il mero compito di valutare la compatibilità della sentenza di primo grado con l'ordine pubblico svizzero ed ha dunque poteri molto limitati. La Corte non entra ancora nel merito di questo controllo ma osserva come intrinsecamente tale limitazione di competenza nell'ambito dell'arbitrato sportivo non possa considerarsi legittima essendo questo ambito- al contrario di quello negoziale- caratterizzato da relazioni di natura gerarchica. Le limitate competenze del Tribunale federale hanno l'effetto di sottrarre le professioniste ed i professionisti dello sport ad una tutela giudiziaria adeguata, di cui godono invece altre lavoratrici/lavoratori; (II) Il secondo punto riguarda la fondatezza

28 In letteratura, in particolare adottando la prospettiva della bioetica, la situazione di Semenya era stata similmente classificata alla stregua di una "scelta impossibile", si veda K. Karkazis, *Impossible 'Choices': The Inherent Harms of Regulating Women's Testosterone in Sport*, in *Bioethical Inquiry*, 2018, n. 15, pp. 579-587.

29 Risoluzione 2465(2022) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *"Pour des règles du jeu équitables – Mettre fin à la discrimination à l'égard des femmes dans le monde du sport"*.



scientifico del regolamento della WA, che- secondo la Corte- non sarebbe stata valutata a sufficienza da parte del CAS e del Tribunale federale svizzero. Per via di questo, il regolamento non può considerarsi una misura ragionevole e supportata da giustificazioni oggettive. A fronte di insufficienti prove a supporto della posizione della WA, sia l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani avevano supportato la ricorrente nel sostenere che i regolamenti fossero discriminatori e avessero un impatto grave per la salute delle atlete intersex. (III) Connessa a questa è la questione riguardante gli effetti collaterali dei trattamenti medici imposti con i regolamenti. La Corte accerta che il Tribunale Federale non ha valutato il cuore della questione: il fatto che nella ricerca del bilanciamento fra equità di accesso ed equilibrio competitivo, il regolamento ponga le atlete interessate davanti ad una (non) scelta, che implicherà in ogni caso di rinunciare in parte all'esercizio dei propri diritti fondamentali (diritto all'integrità fisica o diritto al lavoro). È da tenere in considerazione, inoltre, che gli effetti collaterali dei trattamenti ormonali possono essere maggiormente invalidanti per un corpo sportivo, fino al punto da minare profondamente l'equilibrio psico-fisico di un'atleta e influenzarne negativamente le performance. Il Regolamento è da considerarsi quindi contrario agli standard di etica medica e alla Convenzione d'Oviedo (ratificata dalla Svizzera), in particolare perché non in linea con il principio di benevolenza e di non maleficenza. (IV) La quarta questione considerata è quella delle discriminazioni orizzontali, quelle dunque poste in essere da persone o entità private (come la Word Athletics), che il Tribunale non è stato- a detta della Corte- in grado di prevenire e a cui non ha posto sufficiente rimedio, non avendo lo stesso valutato la compatibilità del regolamento con la Costituzione svizzera e con la Convenzione Edu. (V) Da ultimo, come richiesto dalla ricorrente, la Corte compara la situazione delle atlete intersex con quella delle atlete trans, anch'esse sottoposte a medesime restrizioni, sebbene attraverso differenti regolamenti. La Corte si limita ad osservare come due condizioni differenti siano trattate dalla World Athletics allo stesso modo, questione che il Tribunale federale avrebbe dovuto valutare.

Per concludere, la Corte stabilisce che il controllo effettuato dal Tribunale federale svizzero non ha fornito le garanzie richieste dall'art. 14 della Convenzione, non avendo tenuto in considerazione le questioni relative alla discriminazione subita da Semenya in forza del regolamento. Si reputa che, in forza in particolare della limitazione sostanziale subita da Semenya rispetto alle competizioni internazionali, la Svizzera abbia oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli stati in merito ad una discriminazione basata sul sesso e sulle caratteristiche sessuali, che può essere giustificata esclusivamente in presenza di forti argomenti.

### 3.3. Sulla violazione dell'art. 13 della Convenzione

Semenya sostiene una violazione del diritto ad un ricorso effettivo, come garantito dall'art. 13 della Convenzione, in combinato disposto con gli articoli 2, 8, 14. In particolare, chiedeva alla Corte di verificare se il Tribunale Federale nella sua procedura- seppure arbitrale- avesse attuato in maniera effettiva gli standard ed i principi della Convenzione. Posto che lo stesso Tribunale ma anche il CAS, aveva esplicitamente riconosciuto come la situazione di un'atleta che lamenta la violazione dei suoi diritti fondamentali fosse profondamente diversa rispetto alle controversie di natura commerciale che generalmente sorgono di fronte alle corti arbitrali internazionali.

La Corte, richiamando le motivazioni di cui al paragrafo precedente, conclude per una violazione dell'art. 13, avendo accertato l'insufficienza delle garanzie procedurali e istituzionali poste in essere dalla Svizzera. La ricorrente di fatto non ha avuto alcuna scelta se non quella di affidarsi al tribunale arbitrale, che non ha valutato la compatibilità del regolamento con la Convenzione; similmente il Tribunale federale a cui- come è stato detto- sono conferiti poteri di revisione estremamente limitati, non ha valutato la compatibilità del regolamento con la Convenzione. Su questo avrebbe potuto pronunciarsi in vista del fatto che i parametri erano stati chiaramente invocati dalla ricorrente, nei termini di una violazione dei suoi diritti della persona e della sua dignità. La Corte conclude dunque sostenendo che, nel caso di specie, i mezzi di ricorso a disposizione della ricorrente non possano essere considerati effettivi ai sensi dell'art. 13 della Convenzione

### 3.4. Sulla (non) violazione dell'art. 3 della Convenzione

La ricorrente reputa che sia stata violata la sua integrità fisica e psicologica, in particolare per gli esami medici invasivi subiti (fra cui ispezione genitai) e per l'essere stata costretta all'assunzione di una terapia ormonale senza fine terapeutico. La Corte si prodiga dapprima in una ricostruzione del perimetro dell'art. 3 della Convenzione: questo si applica quando sussiste una certa gravità in merito all'accaduto, da valutare in base alla durata e agli effetti del trattamento, ma anche sulla base delle sue motivazioni, della situazione eventuale di vulnerabilità della vittima e delle circostanze in cui lo stesso veniva realizzato. Nel merito la Corte riconosce che i trattamenti medici imposti alle atlete tramite il regolamento di

cui in oggetto possono attenere al parametro della dignità connesso all'art. 3 della Cedu, ma conclude che nel caso di specie questo non sia rilevante. La ricorrente ha subito infatti la procedura di *sex testing* nel 2009, in assenza di ogni forma di regolamento. Poiché sulla base del regolamento del 2018- impugnato dalla ricorrente- questa non ha subito alcun esame o trattamento medico indesiderato, avendo scelto di rinunciare alle competizioni internazionali, la Corte esclude l'applicazione dell'art. 3. Tale punto, come verrà argomentato in seguito, rappresenta sicuramente uno dei punti maggiormente criticabili della sentenza proprio perché la Corte giunge a riconoscere una potenziale lesività della dignità umana, ma decide di non entrare nel merito sulla base di argomentazioni poco persuasive.

#### 4. Annotazioni: lo sport e la tutela dei diritti umani

La sentenza della Corte offre certamente occasione di spunto e riflessione sul tema del rapporto fra diritto e sport e ancor più fra diritti umani e sport ed avrà certamente un forte impatto sul dibattito giuridico, sociale e all'interno della *governance* dello sport su questi temi. Lo sport è un universo culturale<sup>30</sup> peculiare, ma anche un business a livello globale, capace di influenzare in maniera importante la società, la cultura ed i flussi economici, motivo per cui la relazione fra lo spazio sportivo, il diritto, i diritti ed il concetto di "legal accountability" è oggetto di crescente interesse<sup>31</sup>.

È necessario considerare in primis che lo sport si presenta come una sfera privata autonoma e dotata di proprie regole, per lo più avulsa da ogni forma di controllo statale<sup>32</sup>. La Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha definito quello sportivo come "uno dei più significativi ordinamenti autonomi"<sup>33</sup>.

In virtù della propria natura privata gli organismi sportivi, negli anni, hanno mostrato di non considerarsi vincolati da determinate visioni sociali e standard giuridici affermatasi a livello statale o internazionale, come per esempio il rispetto dei diritti umani<sup>34</sup>. Questa è stata dopo tutto la posizione espressa dalla World Athletics davanti al CAS, avallata poi anche dello stesso Tribunale: l'allora IAAF, in quanto organismo privato, non si considerava vincolata al rispetto della Dichiarazione universale dei diritti umani e della Convenzione Europea dei diritti umani. Il sistema di regolamentazione sportiva, tuttavia, è diventato negli anni estremamente complesso, articolato e vasto, di fatto mettendo in discussione la distinzione fra diritto (di matrice pubblicistica) e regolamentazione privata, vedendo l'emergere di un vero e proprio corpus giuridico transnazionale e globale nell'ambito sportivo, che è stato denominato Lex Sportiva<sup>35</sup>. Con questo si intende un insieme di regolamenti e leggi sviluppati non dagli Stati, ma dalle organizzazioni e dagli organismi sportivi internazionali, capaci di incidere sulle posizioni giuridiche anche di singole/i atlete/i. Proprio in questo ambito, la Lex Sportiva ha rappresentato un ostacolo affinché atlete e atleti, spesso vincolati al Tribunale Arbitrale Sportivo per la risoluzione delle controversie, vedessero riconosciuti i propri diritti o godessero di un rimedio effettivo nel caso di violazione degli stessi<sup>36</sup>. Questo accade proprio perché gli organismi sportivi internazionali, pur essendo enti di diritto privato, hanno il potere di porre in essere regolamenti capaci di impattare sui diritti fondamentali e le libertà delle sportive e degli sportivi nell'ambito agonistico, sottraendosi tuttavia alle garanzie che gli Stati forniscono, nell'esercizio dei loro poteri pubblici<sup>37</sup>. Gli Stati, tuttavia, pur riconoscendo l'autonomia dell'ordinamento sportivo, continuano a porsi la questione del rapporto con lo stesso e degli eventuali meccanismi di collegamento. A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale

30 G. P. Murdok, *Social Structure*, New York, Free Press, 1965.

31 S. Boyes, *Sport in Court: assessing judicial scrutiny of sports governing bodies*, in *Public Law*, 2017, July, pp. 363-381.

32 Tale questione è in realtà estremamente complessa e ricca di sfumature. Per approfondimenti si rimanda a: M. Mancini, *Attività sportive ufficiali intervento pubblico e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2012, in particolare il capitolo terzo.

33 Corte costituzionale, sentenza del 11 febbraio 2011, n. 49, n. 4.1 del Considerato in diritto.

34 È stato detto che: "Sport rules therefore remain untested against human rights standards". Si veda: T. Grell, *The International Olympic Committee and Human Rights Reforms: game changer or mere window dressing?*, in *International Sports Law Journal*, 2018, 17(3), pp. 160-169.

35 R. Siekmann, J. Soek, *Lex Sportiva: What is sports law?*, TMC Asser Press, The Netherlands, 2012.

36 K. Foster, *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence*, in *Entertain Sports Law Journal*, 2005, 3(2), p.2.

37 Si veda: S. Gardiner, J. O'leary, R. Welch, S. BoyeS, U. Naidoo, *Sports Law. Fourth*, Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon, Oxon, 2012; L. Freeburn, *Forced arbitration and regulatory power in international sport—implications of the judgment of the European court of human rights in Pechstein and Mutu v Switzerland*, 2020.

ha riconosciuto che nella disciplina dei meccanismi di collegamento fra ordinamento sportivo e ordinamento statale, lo Stato deve tenere conto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo ma anche del fatto che questa trova un limite insuperabile nel rispetto dei principi e dei diritti costituzionali<sup>38</sup>. Si riconosce dunque pienezza all'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, che discende dall'ordinamento sportivo internazionale, ma si afferma anche che debbano esservi dei "punti di collegamento" fra i due ordinamenti, che possono essere oggetto di disciplina e controllo da parte del potere pubblico a garanzia dei diritti fondamentali<sup>39</sup>.

Questi aspetti a cui si è fatto cenno sono già in sé fonte di potenziali problematicità a cui se ne aggiungono poi delle ulteriori, come ad esempio la questione della giurisdizione arbitrale sportiva, determinata su base contrattuale-privatistica e generalmente demandata, come già menzionato, al Tribunale Arbitrale Sportivo. Questo implica che la questione oggetto della controversia viene sottratta al vaglio e all'analisi di un organo giudiziale statale, per essere affidata alle (limitate e specifiche) competenze e alle (minori) garanzie di una corte arbitrale, anche qualora si invochi una violazione dei diritti umani<sup>40</sup>. Come emerso già in altre decisioni della Corte EDU<sup>41</sup>, è stato accertato che in verità le atlete e gli atleti non hanno effettiva scelta se non quella di aderire alle richieste degli organi della *governance* sportiva (par. 111, 112 della decisione): in questo senso la giurisdizione del CAS è in un certo senso imposta, al punto da far venire meno- secondo alcuna dottrina- la natura contrattuale della stessa, posto che una delle due parti non ha un reale potere di negoziazione in tal senso<sup>42</sup>. Contestualmente è stata posta in dubbio la capacità di simili organismi di fornire rimedi effettivi ad atlete/i<sup>43</sup>, al punto che in dottrina quello del CAS è stato definito come un "meccanismo fantasma"<sup>44</sup>. Questo accade per ostacoli di natura procedurale o materiale o semplicemente perché questi organi non sono competenti per giudicare della violazione dei diritti umani<sup>45</sup>.

Se emerge dunque come nell'ambito sportivo vi siano numerose barriere che inibiscono il rispetto, la garanzia e la protezione dei diritti umani, il caso Semenya e le preoccupazioni di ordine etico, giuridico e scientifico connesse al regolamento DSD, hanno rappresentato una sorta di banco di prova rispetto alla capacità del sistema sportivo di rispondere a questioni relative ai diritti umani su cui la Corte Edu, con la sentenza in analisi, ha posto importanti punti fermi.

La Corte ha chiarito che non è possibile che la giustizia sportiva si sottragga intenzionalmente alla valutazione effettiva delle questioni sostanziali relative al rispetto dei diritti umani sottese alle controversie che ivi vengono discusse. Nella decisione è stata apertamente messa in discussione la scarsa ampiezza dei poteri di revisione conferiti al Tribunale federale svizzero in questo contesto e l'insufficienza di uno strumento come quello arbitrale per la corretta aggiudicazione su questioni confacenti i diritti umani. Pur con questi limiti, si è affermata tuttavia la necessità che l'organo di secondo grado proceda in ogni caso ad uno scrutinio ampio delle decisioni e ad una valutazione effettiva della compatibilità delle stesse rispetto al sistema convenzionale. In particolare, ciò che la Corte ha evidenziato è la necessità che, sia il CAS che il Tribunale federale svizzero, si assoggettino al rispetto degli standard dei diritti umani della Convenzione, e che il loro operato- in caso contrario- può essere e sarà oggetto di vaglio da parte della Corte.

38 Corte costituzionale, sentenza del 25 giugno 2019, n. 160.

39 Si veda il commento alla sentenza: A. Gragnani, *I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale»* (Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale), in *Consulta Online*, 2020, 1, pp. 84-91.

40 J. Cooper, *Protecting human rights in sport: is the Court of Arbitration for Sport up to the task? A review of the decision in Semenya v IAAF*, in *The International Sports Law Journal*, 2023.

41 Si veda la già citata *Mutu & Pechstein v Switzerland*, App. nos. 40575/10 and 67474/10, 2018.

42 *Regulating international sport, power, authority and legitimacy*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018; L. Freeburn, *Forced arbitration and regulatory power in international sport-implications of the judgment of the European court of human rights in Pechstein and Mutu v Switzerland*, in *SSRN Electron Journal*, 2020.

43 S. Patel, *Gaps in the protection of athletes gender rights in sport—a regulatory riddle*, in *International Sports Law Journal*, 2021, pp. 257-275.

44 D. West, *Revitalising a phantom regime: the adjudication of human rights complaints in sport*, in *International Sports Law Journal*, 2019, (1-2), pp. 2-17.

45 D. Heerd, W. Rook, *Remedy and redress for sport-related human rights abuses*, in *The International Sports Law Journal*, 2022, 22, pp. 85-92.

## 5. Annotazioni critiche: lo sport e la dimensione delle discriminazioni basate su genere/caratteristiche sessuali

Le considerazioni in merito ai diritti umani svolte sopra risultano ancor più tangibili se teniamo in considerazione che la vicenda in oggetto riguarda più nello specifico la giustizia di genere, in una prospettiva incarnata che coinvolge direttamente le identità e i corpi e chiama in causa diritti fondamentali come quello all'identità personale e allo sviluppo della persona, all'autodeterminazione, all'integrità psico-fisica. Un ambito in cui la sensibilità internazionale è crescente, in cui in sempre più paesi si afferma il criterio dell'autodeterminazione di genere per le persone transgender<sup>46</sup> ed in cui sempre più le caratteristiche sessuali delle persone intersex vengono protette da interventi non necessari, non consensuali e da visioni patologizzanti<sup>47</sup>.

In questo senso, è importante che la Corte abbia riconosciuto per la prima volta che le persone intersex sono tutelate dalla discriminazione sulla base delle caratteristiche sessuali all'interno dell'art. 14 della Cedu, affermazione che potrà supportare altre battaglie che la comunità intersex porta avanti a livello globale per la non violazione e la garanzia dei diritti fondamentali<sup>48</sup>.

Rappresenta invece un'occasione mancata il rigetto della questione riguardante l'art. 3 della Convenzione. La procedura del *sex testing* e l'imposizione di trattamenti medici sono stati riconosciuti come lesivi della dignità delle atlete da diversi organismi internazionali. Nel ricorso stesso la Federazione Sudafricana di Atletica sottolinea come queste sottendano una visione patologizzante della condizione intersex e Human Rights Watch come le procedure di *sex testing* siano degradanti e umilianti per le atlete coinvolte, suscettibili di un'invasione della loro sfera privata e più intima. Sebbene questi aspetti siano in parte riconosciuti nella sentenza, la Corte opta per un rigetto della questione. Si reputa tuttavia che la Corte avrebbe dovuto valutare con ancor più rigore il fatto che Semenya avesse subito tali trattamenti in assenza di qualsivoglia forma di regolamento, prima dell'entrata in vigore degli stessi, quindi deprivata di ogni forma di garanzia quantomeno procedurale che ad oggi viene fornita alle atlete soggette agli stessi.

Appare positivo invece che la Corte, pur non potendo entrare nel merito del regolamento, faccia emergere come lo stesso sia basato su visioni stereotipiche, in linea con una giurisprudenza internazionale che in maniera crescente riconosce il ruolo degli stereotipi (nel caso specifico di genere) all'interno dell'ambito legislativo e nel contesto giudiziale<sup>49</sup>. Tale approccio, promosso in primis in dottrina dalle teorie critiche del diritto, si rivela essenziale per guardare alle discriminazioni e alla violazione di diritti fondamentali perpetrata attraverso policy e regolamenti apparentemente neutri, che sono invece basati su assunti e stereotipi su determinati gruppi di persone<sup>50</sup>.

46 Ad esempio, Argentina, Malta, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Lussemburgo, Spagna e molte altre. Si vedano a titolo esemplificativo: Ireland, Gender Recognition Act 2016 ; Argentina Ley n° 26.743 de Identidad de Género 2012, Malta, Gender Identity, Gender Expression and Sexual Characteristics Act 2015; Danimarca, L 182 Law amending the Act on the Central Person Registry (11 June 2014) (L 182 Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister); Lussemburgo, Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil; Norway, Gender Recognition Act 2015, Spagna, Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

47 Si veda, ad esempio, la Risoluzione 2191(2017) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa "Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people", oppure la Risoluzione 2018/2878(RSP) "Resolution on the rights of intersex people" del Parlamento Europeo.

48 Per una panoramica sulle questioni relative al rispetto dei diritti umani delle persone intersex nel contesto italiano si rimanda: A. Lorenzetti, *Intersex in Italy: At the Source of the Complexity?*, in *The Age of Human Rights Journal*, 2022, (18), pp. 105-123. Nella prospettiva dei diritti umani: M. Bauer, D. Truffer, D. Crocetti, *Intersex human rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 24:6, pp. 724-749.

49 Si veda la sentenza proprio della Corte Edu di data 27 maggio 2021, *J.L. c. Italia*, in cui si parla del pesante ruolo degli stereotipi di genere in una pronuncia italiana in un caso di violenza sessuale. Molto ricca di spunti anche la giurisprudenza del Comitato EDAW basata sull'art 5(a) CEDAW che nomina espressamente il ruolo dannoso degli stereotipi genere. Si vedano, per es., *L.C. v. Perù* in materia di diritti riproduttivi, la comunicazione *González Carreño v. Spagna* riguardante un caso di violenza domestica.

50 T. Casadei, *Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Editore, 2017, pp. 379-393.



In questa prospettiva avrebbe meritato un maggiore approfondimento la prospettiva intersezionale<sup>51</sup> adottata dalla ricorrente e promossa negli interventi di terze parti, vale a dire il riconoscimento della dimensione etnico/razziale intrecciata alla discriminazione di genere. La Corte in un passaggio riconosce questa peculiare intra-azione<sup>52</sup>, ma non reputa necessario soffermarvisi al fine di decidere il caso. Al contrario invece, come affermato negli interventi di parti terze e sottolineato anche dall' ONU<sup>53</sup>, i regolamenti in discussione pongono in essere forme peculiari di discriminazione per le donne razzializzate<sup>54</sup>, che avrebbero meritato uno specifico riconoscimento. Significativo è che la maggior parte delle atlete coinvolte nelle procedure di verifica del genere provengano da determinate regioni del mondo, nello specifico dal Global South<sup>55</sup>. Emerge che, se le procedure si attivano sulla base di segnalazioni circa le caratteristiche delle atlete considerate "maschili", tale giudizio non solo è inficiato da stereotipi di genere, ma da stereotipi razzisti: le atlete razzializzate, come Semenya, hanno spesso dei corpi e delle fisicità che si discostano dagli standard di femminilità occidentale<sup>56</sup> ed il loro sesso biologico è per questo messo spesso in discussione. La problematicità di questi meccanismi e la necessità di farli emergere, è ancor più chiara se si considerano i contesti in cui le atlete del Global South crescono, ed i processi che le hanno portate solo recentemente allo sport d'élite<sup>57</sup>, che evidenziano come vi siano in gioco ulteriori diseguaglianze strutturali. Le donne coinvolte sono spesso provenienti da realtà rurali e povere, che approdano allo sport agonistico godendo di forte supporto delle comunità e nazioni d'origine; dunque i regolamenti come quelli posti in essere dalla IAAF limitano fortemente il campo di scelta di queste atlete provenienti dalle regioni più povere del mondo. L'intreccio dei fattori di genere, razza, provenienza

- 
- 51 Si tratta di un concetto, nato all'interno del c.d. *black feminism* e dunque in relazione ai processi di razzializzazione, che evidenzia come i vari fattori di discriminazione non si limitino a sovrapporsi ma generino delle peculiari dinamiche di discriminazione/oppressione dei soggetti che sono attraversati in maniera plurima da queste dimensioni. Per una prima formulazione del concetto si veda K. Crenshaw, *Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 43,1990, pp. 1241-1299. Per una lettura contemporanea si consiglia B. G. Bello, *Intersezionalità Teorie e pratiche fra diritto e società*, Milano, FrancoAngeli, 2020.
- 52 Il concetto di intra-azione si riferisce all'idea che i diversi fattori di marginalizzazione che si incontrano interagiscono in modi tali per cui, nel dispiegare i loro effetti, non sarà più possibile distinguerli. Si veda: N. Lykke, *Feminist Studies. A Guide to Intersectional Theory, Methodology and Writing*, Abingdon, Oxon and New York, Routledge, 2010.
- 53 UN High Commissioner for Human Rights, *Intersection of race and gender discrimination in sport: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 2020.
- 54 Il termine razzializzazione fa riferimento al concetto di razza non come concetto materiale e immanente ma come costruito sociale e giuridico, come dispositivo di classificazione e gerarchizzazione di individui sulla base di determinati fattori psicosomatici. Riferirsi dunque ai processi di razzializzazione, concetto nato intorno agli anni '70 significa rievocare «quei processi attraverso cui si assegnano unilateralmente a determinati individui e gruppi identità fisse e naturali, sulla cui base si pretende di spiegare il loro comportamento, si attribuisce loro un maggiore o minore valore sociale, si autorizzano trattamenti di preferenza o discriminazione, si costruisce un apparato ideologico e repressivo tale da conferire validità e stabilità all'intero meccanismo». Per un'introduzione al concetto, alle sue origini storiche anche in prospettiva giuridica e ad un uso contemporaneo si veda: F. Oliveri, *Dalla 'razza' alla razzializzazione. Una proposta teorico-metodologica per comprendere e contrastare i razzismi contemporanei*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2020, pp. 1-16.
- 55 Per esempio: Dutee Chand, Caster Semenya, Santhi Soundarajan. Si veda C.L. Cole, "One chromosome too many?", in K. Schaffer, S. Smith (a cura di), *The Olympics at the millennium: Power, politics and the games*, New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 2000, pp. 128-146.
- 56 L'ambito sportivo infatti non sfugge alla lunga storia dello "sguardo scientifico" sui corpi razzializzati e sessualizzati delle donne nere anche nello spazio dello sport la costruzione del genere è fortemente legata a quella della razza, si veda: N. Hoad, 'Run, Caster Semenya, Run!' *Nativism and the Translations of Gender Variance*, in *Journal of South African and American Studies*, 2010, vol.11, n. 4, pp. 397- 405. L'alterità del soggetto "donna nera" rispetto al soggetto "donna" è stata sin da subito evidenziata dalle studiose del *Black feminism* che sottolineano l'adozione di doppio standard nella concezione di femminilità. Il riferimento è, per esempio, a come le donne nere, a causa della schiavitù e del razzismo sistemico, siano sempre state coinvolte in lavori faticosi, di forza, mentre il soggetto femminile (bianco) veniva descritto come delicato, passivo, debole. Si veda: A. Davis, *Women, Race and Class*, 1981, trad. it., *Donne, razza e classe*, Alegre, Roma, 2018.
- 57 Si veda J. Hargreaves, *Heroines of Sport: The Politics of Difference and Identity*, New York, Routledge, 2000. L'autrice spiega come, per esempio, nel caso del Sud Africa la storia delle atlete nere si intreccia profondamente a quella dell'apartheid. Durante tutto il periodo dell'apartheid il CIO si rifiutava di ammettere il Sud Africa alle Olimpiadi, a causa di policy del paese che lasciavano competere esclusivamente atlete/i bianchi. In generale, in quel contesto poche erano le donne nere ad avere la possibilità di praticare sport. Quando il Sud Africa fu riadesso alle Olimpiadi (1991) vi erano ancora molte barriere economiche e culturali per le donne sud africane nere e l'accesso allo sport agonistico risentiva di questo squilibrio anche quando l'apartheid terminò ufficialmente nel 1994. Dalla fine dell'apartheid le opportunità per le donne nere sudafricane sono certamente maggiori, tuttavia vi sono disparità persistenti nelle risorse, paghe, visibilità mediatica sulla base del genere della razza e della classe.

geografica e classe fa emergere come la vicenda di Semenya sia: “*more than just about testosterone. It is about all women like her who originate from disadvantaged and mostly poor backgrounds*”<sup>58</sup>.

Per capire esattamente quali saranno gli effetti sulla *governance* dello sport in questa sentenza dovremmo attendere ancora un po’ di tempo, posto che la World Athletics ha dichiarato di voler dialogare con la Svizzera per appellare la sentenza di fronte alla Grand Chambre<sup>59</sup>. Il nuovo regolamento della WA, nel mentre approvato nel 2022 ed in vigore da marzo 2023, con un principio ancor più ristrettivo rispetto a quello oggetto della causa, non viene in ogni caso intaccato dalla sentenza, sia perché sopravvenuto ma anche perché la Corte non avrebbe comunque potuto vagliarne la validità, per le questioni giurisdizionali viste. Si tratta di un regolamento che, sebbene emerga solo indirettamente dalla pronuncia della Corte, attua un bilanciamento ingiusto fra gli interessi in gioco, violando la dignità, la privacy, il benessere e la salute delle atlete, imponendo trattamenti medici con notevoli effetti collaterali su corpi sani. Ciò a maggior ragione considerando che, come ampiamente dimostrato dalla letteratura<sup>60</sup> e sottolineato nella sentenza stessa, non vi sono prove scientifiche solide circa il vantaggio effettivo derivante da maggiori livelli di testosterone. A questo si aggiunga la necessità- evidenziata soprattutto da bioeticiste e bioeticisti- di constatare come vantaggi derivanti da altri fattori congeniti non siano mai stati problematizzati all’interno dello spazio sportivo<sup>61</sup>.

Esula chiaramente dalla valutazione della Corte, sebbene presente sottotraccia in tutta la vicenda, la questione riguardante il merito della categorizzazione binaria delle competizioni sportive agonistiche e dei confini di queste categorie. Nel mondo sportivo contemporaneo la messa in discussione della necessità di una divisione di categorie basate sul genere non sembra essere attualmente all’orizzonte; inoltre, regolamenti restrittivi come quelli della World Athletics, atti a limitare fortemente, se non ad escludere, la partecipazione delle atlete intersex e transgender dalle competizioni sportive, sono stati approvati da altre federazioni<sup>62</sup>. Questo accade nonostante, nel 2021, il Comitato Olimpico Internazionale abbia approvato le raccomandazioni “*IOC Framework on fairness inclusion and non-discrimination on the basis of gender identity and sex variations*”, volte a superare i precedenti regolamenti in materia e ad assicurare a tutte le persone, a prescindere dalla propria identità di genere e variazioni del sesso, la possibilità di praticare sport in un ambiente sicuro e privo di discriminazioni. Tali linee guida abbandonano il criterio ormonale come fattore dirimente per l’accesso alla competizione agonistica, rifiutando ogni presunzione di vantaggio in capo alle atlete trans e intersex e abbracciando il principio autodeterminazione sulla base del quale le atlete dovrebbero poter gareggiare nella categoria che maggiormente si allinea con la loro identità di genere purché rispettino criteri di accesso rispettosi del principio di equità (*fairness*) (par. 3.2). Se viene dunque riconosciuta in ogni caso la necessità di bilanciare principio di equità di accesso e fair play, queste linee guida propendono per una maggiore attenzione all’inclusione e alla non discriminazione. Pur rimanendo appannaggio delle singole federazioni stabilire le condizioni di accesso alle gare, si stabilisce che queste dovranno essere poste sulla base di evidenze scientifiche, consultando le atlete e garantendo il rispetto degli standard internazionali sui diritti umani e che non sarà possibile effettuare controlli per determinare il sesso, la “varianza sessuale” e l’identità di genere della persona.

58 S. Mahomed, A. Dhali, *Global injustice in sport: e Caster Semenya ordeal – prejudice, discrimination and racial bias*, in *The South African Medical Journal*, 2019, vol. 109, n. 8, pp. 555.

59 Ci sono 3 mesi per presentare ricorso, posto anche che la sentenza è stata pronunciata con il favore di 4 giudici ed il voto contrario di 3, cosa che la rende maggiormente esposta ad un possibile overruling.

60 Si vedano ad esempio: M. Newbould, *What do we do about women athletes with testes?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, n. 4; K. Karkazis, R.M. Jordan-Young, G. Davis, S. Camporesi, *Out of bounds? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes*, in *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, n. 7, 2012, pp. 3-16.

61 Si pensi per esempio all’ex nuotatore statunitense Michael Phelps, con un piede 48,5 cm, delle giunture iperflessibili, un’apertura alare di 198 cm ed una produzione minore di acido lattico, tutte caratteristiche congenite che certamente gli hanno conferito un notevole vantaggio rispetto agli altri partecipanti in gara, che non sono tuttavia mai state contestate. Poiché, come fanno notare bioeticiste/i, non vi è alcun reale motivo di distinguere un fattore come quello del testosterone da altri fattori di vantaggio congeniti: “*Humans display a great deal of biological variation. Sex is no exception*”. Si veda: S. Camporesi, P. Maugeri, *Caster Semenya: sports, categories and the creative role of ethics*, in *Journal of Medical Ethics*, 2010, pp. 378-379.

62 Nello specifico nell’ambito del rugby (World Rugby), del ciclismo (UCI), del nuoto (FINA).

## 6. Alcune riflessioni conclusive

Lo sport è stato definito come ambito sociale attraversato da una tensione irrisolta tra l'essere un luogo di opportunità, inclusione, spettacolarità e, allo stesso tempo, cornice di esclusione, stereotipi e pregiudizi<sup>63</sup>. Lo sport ha dunque sia la capacità di rafforzare tendenze sociali regressive che quella di tracciare percorsi per resistere a queste stesse tendenze<sup>64</sup> e tale ambivalenza può essere parimenti osservata nell'ambito dei diritti umani. Se abbiamo visto come lo sport possa fallire nel garantire il rispetto dei diritti umani di atlete/i, questo ha tuttavia il potenziale per divenire un mezzo di promozione e protezione dei diritti umani, se saranno affrontate oggi le sfide a cui si è fatto cenno. Nel dibattito in corso, si auspica un dialogo maggiore fra lex sportiva e diritto internazionale dei diritti umani, e si è avanzata la proposta di istituire una *Court of Arbitration for Sport and Human Rights*, specificamente competente nella risoluzione di questioni concernenti i diritti umani nell'ambito sportivo, le cui decisioni potrebbero essere appellate davanti alla Corte EDU<sup>65</sup>. È stata anche sostenuta la necessità che gli Stati, dunque i pubblici poteri, assumano un ruolo nel garantire rimedi effettivi e rispetto dei diritti umani nel contesto sportivo<sup>66</sup>, rimandando nuovamente alla necessità di porre maggiore attenzione ai "punti di contatto" fra ordinamento sportivo, ordinamenti statali e ordinamenti sovra-nazionali.

La sentenza inoltre potrebbe avere forse l'effetto di alimentare il dibattito sul rispetto dei diritti umani in prospettiva di genere delle atlete agoniste e favorire un maggiore allineamento rispetto alle raccomandazioni del CIO sopramenzionate. Quel che è certo è che la decisione è fortemente innovativa e promettente sotto almeno due profili: da una parte, per aver affermato che le persone intersex e le loro caratteristiche sessuali sono protette, all'interno del sistema convenzionale, dalle discriminazioni; dall'altra, per aver sostenuto la necessità che il sistema sportivo sia assoggettato al vaglio del rispetto dei diritti umani. La speranza è che questa sentenza – come auspicato da Semenya – possa essere solo il primo passo verso una giustizia sportiva- non più di stampo meramente arbitrale e privatistico- ma orientata al profondo rispetto della persona dietro ogni atleta, una giustizia sportiva incarnata.

63 K.M. Appleby, E. Foster, *Gender and sport participation*, in A.E. ROPER (a cura di), *Gender Relations in Sport*, Rotterdam, Sense Publishers, 2013, pp. 1- 20.

64 S.A. Miller, *Just Look at her!': Sporting bodies as athletic resistance and the limits of sport norms in the case of Caster Semenya*, in *Men and Masculinities*, 2015, vol. 18, n. 3, pp. 293-317.

65 D. West, *Revitalising a phantom regime: the adjudication of human rights complaints in sport*, in *International Sports Law Journal*, 2019, (1-2), pp. 2-17.

66 A. Aine, J. Muhonen, V. Toivonen, *Children's right to play sports in a safe and healthy environment*, in *International Sports Law Journal*, 2022, pp. 93-104.

---

## *Diritti e dintorni*



Barbara Pezzini\*

## Pensieri e nodi sul filo della lettura di *Dare la vita* di Michela Murgia

### Sommario

1. Il libro. – 2. Contrasti di lettura. – 3. Nodi sul filo della lettura: la morte. – 4. La *gravidanza*, o il nodo della *madre*. – 5. La tecnologia, il sangue, il denaro. – 6. Il nodo del diritto. – 7. Il nodo dello *schwa*.

### Abstract

Libro postumo di Michela Murgia, *“Dare la vita”* è un libro che interroga il ruolo della madre: con l’urgenza dell’autrice di parlare della propria maternità *d’anima*, di intenzione, senza gravidanza, scelta nella costruzione di relazioni con un’esplicita progettualità anti-normativa (che dice con il nome di famiglia *queer*), e trovando nella propria esperienza alimento e fondamento per tornare a parlare di GPA (*la gravidanza che a Murgia appare senza maternità*). In una sorta di dialogo a distanza, nella sua lettura del libro Barbara Pezzini si lascia interrogare dalle parole di Murgia, attraversando i nodi che incontra sul filo della lettura e rilanciandone gli interrogativi. Dal nodo lieve dello *schwa*, al nodo greve della morte; dai nodi del denaro, del diritto, del sangue e la tecnologia, al nodo della gravidanza, che è il nodo della madre. La gravidanza, nel dare la vita, «è» maternità: nel senso che non è *altro*, non è estranea alla maternità, per quanto la maternità sia *anche altro, tutto l’altro* che sta nella genitorialità (quando *dare la vita* vuol dire accompagnare un nuovo essere umano venuto al mondo).

*“Dare la vita”, Michela Murgia’s posthumous book, is a book that questions the role of the mother. A book in which we find Murgia’s urgency to talk about her own being mother “of soul”, mother without pregnancy, choosing to build relationships with an explicit anti-normative project (what she names “queer family”); a personal experience that becomes nourishment and foundation to address the topic of GPA once again (the pregnancy - that appears to Murgia - without maternity). In this article, in a kind of remote dialogue, Barbara Pezzini lets herself be questioned by Murgia’s words, going through the knots that emerge from reading and relaunching the questions they raise. From the light knot of the schwa, to the heavy knot of death; from the knots of money, law, blood and technology, to the knot of pregnancy, which is the knot of the mother: pregnancy, in giving life, «is» motherhood, meaning that pregnancy is not something else, it is not foreign to motherhood, although motherhood is also something else, the whole “else” that lies in parenthood (when giving life means accompanying a new being who has come into the world).*

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo

## 1. Dare la vita: il libro postumo di Michela Murgia

Queste pagine costituiscono un percorso molto personale di lettura del libro postumo di Michela Murgia, *Dare la vita*, curato da Alessandro Giammei e pubblicato dall'editore Rizzoli il 9 gennaio 2024.

*Dare la vita* è un libro postumo non solo perché la sua pubblicazione avviene cinque mesi dopo la morte di Murgia, ma nella necessaria elaborazione successiva degli scritti che lo compongono ad opera del curatore.

Il libro riprende materiali già pubblicati, li rielabora, «dissemina» paragrafi scritti – o dettati, ed è un dettaglio in qualche misura tenero e straziante che Giammei ricorda nella *Nota di curatela e ringraziamenti*<sup>1</sup> – negli ultimi giorni di vita della scrittrice.

È un libro che sistema scritture diverse in una struttura delineata «secondo le volontà» dell'autrice, ricostruite attraverso il suo archivio e i suoi messaggi e dalla memoria del curatore stesso, che avverte di possibili intoppi e ne assume schiettamente la responsabilità<sup>2</sup>.

È chiaramente diviso in due parti principali.

La prima dedicata alle *premesse* e alle *promesse* della (propria) famiglia *queer*: dei due cuori che, secondo Giammei, animano il manoscritto, la testimonianza della propria esperienza di costruzione di legami familiari atipici è il più recente.

La seconda tratta della *GPA*: il cuore più antico, che muove dalle reazioni suscitate in Murgia dall'appello di alcuni gruppi femministi contro questa pratica nel 2015 e dalla sua inesauribile passione di capire e farsi capire.

Ogni parte è scandita da una serie di brevi capitoli, mai più lunghi di una decina di pagine, spesso più corti, intitolati e sottotitolati con forte intenzione.

Il progetto e il disegno del libro risultano fortemente intrecciati alla struttura data alla successione dei capitoli.

Nel primo nucleo tematico, le *premesse* alla testimonianza della famiglia *queer* sono state scritte nel luglio 2023 e sono raccolte sotto il titolo complessivo *Sul perché non posso non dire la mia maternità*.

Restituiscono l'esigenza di prendere posizione, di dire dell'esperienza della propria maternità *d'anima* rivendicandola come scelta con una esplicita progettualità antinormativa<sup>3</sup>.

In un'appropriazione massimamente soggettiva del termine *queer*<sup>4</sup>, Murgia intende parlare esplicitamente di sé.

La successione dei capitoli e la loro intitolazione già costruiscono, e ci restituiscono, la traccia di una narrazione: *Queer pro quo. Se tu non sai cos'è, probabilmente non è queer; Queer e ora. Per chi si muove, gli orizzonti si spostano; Queer cuor qua. Praticare un metodo invece di darsi una definizione; Al queer non si comanda. Giorno per giorno scopri che non esisti*.

Dopo i capitoli delle *premesse*, sono declinate le *promesse*: scritte negli ultimi giorni di vita, nell'agosto 2023, diventano, nel loro insieme, *Per un manifesto delle famiglie altre*.

Tutte enunciate polemicamente per essere ribaltate: *Prometto di esserti fedele sempre*<sup>5</sup>; *Prometto di non lasciarti mai. O dell'indissolubilità delle cose nate per dissolversi*<sup>6</sup>; *Fecondità. O dei legami di sangue (che, come è noto, tende a uscire dalle ferite)*.

1 A p. 123

2 «Rimane comunque un libro postumo, e se nell'attraversarlo si incappa in inciampi o intoppi la responsabilità è soltanto mia» (p. 122).

3 P. 31: «se non nascono da una esplicita progettualità antinormativa, se non si fondano su una visione non binaria di quel che ci dice il cuore e delle relazioni che ne conseguono, per me non rispondono quando qualcuno prova a chiamarle queer».

4 P. 21: riferendosi alla fatica di spiegare «il termine queer nell'accezione in cui l'ho usato io per riferirmi alla mia esperienza familiare»; e a p. 24: «il potere di quella Q ... è forse proprio quello di non esaurire mai gli interrogativi»; p. 25 «prospettiva queer relazionale più che identitaria da cui prendo, qui, la parola»; e ancora a p. 29 «la queerness è sempre radicale, specie quando sembra una soluzione di comodo ... una scelta radicale di transizione permanente, attraverso la quale chiunque può decidere di confinare sé e chi ama (non solo chi desidera sessualmente) in alcuna definizione finale»; anche se «non tutto è queer ... allargare i confini della normalità però, senza metterli in questione o tantomeno in crisi è proprio il contrario di ciò che intendo con questa parola, lo ribadisco» a p. 31: la sottolineatura è mia, per rimarcare la declinazione soggettiva.

5 P. 50; e anche, p. 51 «Non avrò bisogno di fuggire, se non cercherai continuamente di ficcarmi dentro una gabbia».

6 Promessa tradotta in «Quando il gioco della vita si fa duro, vince soltanto chi resta e fa quello che serve» purché la responsabilità sia direttamente proporzionale alla libertà di agirli (p. 50). E, nel capitolo successivo, in quanto promessa di fedeltà, diviene: «Dimmi che ami quello che di me cambia di continuo, e io potrò continuare a darti quello che di me davvero non cambia: la voglia di sceglierli ogni giorno in modo differente, come diversa sono io ogni mattina quando apro gli occhi».

La seconda parte del libro, sulla GPA, porta il titolo *Altre gravidanze. Quel che ho da dire sulla gestazione per altr<sup>7</sup>*, raccoglie, rielaborandoli, scritti che coprono un'estensione temporale che va dal febbraio 2016 all'agosto 2023.

Anche in questa parte l'incalzare del discorso, a tesi, è declinato da titoli e sottotitoli dei capitoli, ciascuno dei quali enuncia una presa di posizione.

*Il medium non è il messaggio. Per non tornare a confondere gravidanza e maternità; Il prezzo di dare la vita. Quanto costa la libertà di sceglierci madri; Pagate non vuol dire vendute. Nessun prezzo trasforma il dono in merce; Dove si ferma il denaro. Senza regole vince il mercato; Libere di scegliere fino all'ultimo. Perché la gestante non è un contenitore; Il figlio logico e il figlio biologico; Veni locator Spiritus. Considerazioni da cristiana a margine della surrogata concezione; Cosa penseranno i bambini (Come se ce ne fosse mai importato niente); Purché non sia queer. Per lui e per lei, ma non certo per loro; Proletariato surrogato. Perché è sempre una questione di classe.*

Premessa e introduzione alle due parti – ai due cuori – del libro è *Lo Stato<sup>8</sup> interessante. Maternità e gravidanza, famiglia e sangue.*

Alcune pagine che tracciano macro-scenari di tipo sociologico – che muovono dalla critica della costruzione di un Welfare familistico che scarica sulle donne ogni aspetto delle relazioni di cura, rivelando uno scenario in cui «le donne non sono persone, ma pezzi del welfare» approdando alla critica del familismo amorale<sup>9</sup> e del patriarcato<sup>10</sup> – introducono una presa di parola massimamente in soggettiva<sup>11</sup>.

Dice, infatti, Murgia: è l'essere madre «d'anima... scegliermi dei figli che mi hanno scelta»<sup>12</sup> a determinare la presa di parola sulle «famiglie che si definiscono (o meglio lanciano una sfida alla definizioni) adottando il termine queer» e sulla GPA «che evoca problemi politici, religiosi, economici e morali alla radice di ciò che significa essere donne osando immaginarsi fuori dalla maternità biologica»<sup>13</sup>.

Il libro chiude con un radicale cambio di registro, la scrittura diventa interamente narrativa: viene, infatti, ripubblicato nella più lunga versione originale l'intenso racconto *Altre madri. Cosa avrei raccontato a mia figlia quando ero un'altra<sup>14</sup>*. Ispirata scoperta e intenso attraversamento della genealogia femminile<sup>15</sup>.

## 2. Contrasti di lettura

Il libro sta ricevendo un'attenzione crescente e appassionata, testimoniata anche dalle affollate iniziative di presentazione in svariate librerie italiane, animate dalla presenza viva di *Purple Square*<sup>16</sup>.

7 L'uso dello schwa è dell'autrice, v. oltre, ultimo paragrafo.

8 La maiuscola di "Stato" nel titolo del capitolo – che nel libro è interamente scritto in lettere maiuscole – è un mio personale intervento, per rendere evidente quel gioco delle parole praticato nel testo: "stato" come condizione e come soggetto politico; "interessante" come ipocrisia del linguaggio e contraddizione delle politiche pubbliche. «Io la mia maternità la vivo senza essere mai passata dallo stato interessante. Forse è per questo che, come racconterò più avanti per la prima volta, allo Stato non è mai interessata», così, per esempio, a p. 9.

9 Richiamando, in una continuità forse troppo generica, gli studi di E. C. Banfield e L. Fasano, le polemiche che hanno colpito Roberto Saviano per avere associato la struttura familiare tradizionale a quella mafiosa (p. 11) e le vicende della censura degli anni '70 nei confronti del manuale di *Stampa Alternativa* intitolato *Contro la famiglia* (p. 12).

10 Patriarcato come «sistema di poteri patogeno dove le persone sono ruoli inamovibili, le relazioni dispositivi di controllo, i corpi demanio pubblico e i legami familiari meccanismi di deresponsabilizzazione» (p. 13).

11 P. 16: «avendo rivelato qualcosa di più su quel che intendo con la premessa "Lo dico da madre queer"».

12 Per quanto le ha permesso di «capire alcune cose, o almeno interrogarle fecondamente» (p. 14).

13 P. 15.

14 Già pubblicato nell'antologia *Questo terribile intricato mondo. Racconti politici*, Einaudi, 2008.

15 «Quando si comprende che orizzonte è solo un altro nome per chiamare il limite, ogni possibilità diventa una rischiosa tensione all'utopia. A quello stadio, se ancora figlio deve essere, non può più essere maschio. Sarà femmina, e non avrà occhi facili. Vorrà sapere». (p. 112). «La nutrirò di parole forti, di quelle parole che esistono per caricarle dei pesi che noi non siamo in grado da soli di portare. Io non tacerò, e lei mi ascolterà. E un giorno forse, quando ogni cordone ombelicale sarà creduto reciso, lei ritornerà a me sul filo di una storia, e nella memoria di quel racconto capirà che nella vita non si nasce solo una volta» (p. 116).

16 *Purple Square* è una rete virtuale e fisica creata attraverso un gruppo Telegram il giorno del funerale di Michela Murgia, che si è strutturata in gruppi territoriali e tematici; si dichiara una rete femminista transnazionale apartitica. Il gruppo Telegram è ad accesso libero; il suo manifesto (<https://teleggra.ph/MANIFESTO-PURPLE-SQUARE-01-14>) dichiara un'ampia eterogeneità di persone, idee e valori, e l'impegno a mantenere una postura di ascolto e rispetto verso tutte le istanze e sensibilità. Nell'account Instagram @purplesquare\_official un'apposita sezione indica tutte le iniziative di presentazione e i gruppi di lettura del

Ma, come nel corso della sua vita, la figura di Michela Murgia e le sue parole continuano, anche dopo la morte, a catalizzare reazioni e sentimenti contrapposti, di appassionato, e persino devoto, riconoscimento, come di accusa e polemica<sup>17</sup>, che toccano, come è ovvio, anche questo volume.

La prima presentazione del libro circolata e sin da subito assunta a punto di riferimento è quella fatta dal curatore sul *Domani* del 12 gennaio.

Giammei ha scandito il contenuto del libro marcandone i temi: maternità e famiglia; la parola *queer*; contro il familismo; la disobbedienza. Temi che di in sé – e tanto più sotto il titolo dato alla presentazione: «*La grammatica di Michela Murgia. “Dare la vita” è una rivoluzione queer*» – diventano posizionamenti.

E chiamano a posizionamenti<sup>18</sup>.

Pe quanto, avvertendo della necessità di riconoscere quella vitale contraddizione che resta da sempre la cifra dell'autrice, Giammei concludesse dicendo che: «*Dare la vita può essere letto come un libro sulla libertà degli individui, oppure come un libro sul fatto che l'unica salvezza di questo mondo apocalittico sarà, se ci sarà, collettiva e plurale, rizomatica, comune. Raccogliendo la sfida di questa idiosincrasia irriducibile, a me pare che Michela intenda rimanere incorreggibilmente sulla soglia. Come ci invita a fare quella branca della teoria queer che studia, dagli anni Novanta, il paradigma della bisessualità al di là della sessualità stessa, Dare la vita è un luminoso tentativo di rendere radicale la via di mezzo, di fare rivoluzionario non ciò che estremo ma ciò che è in dubbio, in bilico, fluido. Queer, appunto*».

Un mese dopo, sul Foglio del 12 febbraio<sup>19</sup>, Mariano Croce offre del libro una chiave di lettura in un certo senso opposta e speculare: «*Una rivoluzione dei legami affettivi? Forse non la troverete nel libro della celebre autrice deceduta lo scorso agosto. Per una lettura poco sediziosa di “Dare la vita”*».

Sottolineando come gli studi antropologici sulla parentela ne abbiano da tempo messo in discussione la corrispondenza necessaria con la dimensione biologica della filiazione, Croce vaglia criticamente l'uso della qualificazione *queer* che Murgia applica alla propria esperienza di famiglia costruita indipendentemente dai rapporti di sangue e ne discute, soprattutto, la potenzialità radicalmente e intrinsecamente sovversiva. Per Croce «*il lemma “famiglia queer” non si ricollega necessariamente alle corrosive polemiche sulla sessualità, sul genere o sulla gestazione per altri. L'avverbio “necessariamente” è d'obbligo, perché, com'è comprensibile, del tema della famiglia queer può ben farsi un'arma politica radicale, tesa cioè a mettere in questione i nostri assunti più sedimentati di cosa siano gli affetti umani, e con loro il genere e la sessualità. Nondimeno, sono convinto si presti a essere declinato come tema che non comanda settarismi né obbliga a prese di posizione estreme*».

Ciò non lo porta a disconoscere l'esplicito e più radicale posizionamento dell'autrice, figura «*scienziamente scomoda, contraddittoria*», che non sollecita pacificazioni: «*non sfuggirà che nel libro di Murgia c'è assai di più: un credo politico inevitabilmente di parte, un richiamo a valori tutt'altro che universali, una difesa della gestazione per altri che a molti sa di reato penale*». Ma anche nei posizionamenti più radicali – dice Croce – l'autrice lascia emergere «*i suoi molti dubbi sulle possibili insidie della pratica in questione qualora dovesse trovare spazio nell'ordinamento giuridico italiano*». Ed è nell'apertura al dubbio la chiave dell'interesse con cui Croce invita a guardare anche a questo Murgia libro.

### 3. Nodi sul filo della lettura: la morte

Per quanto mi riguarda, vorrei semplicemente provare a restituire il filo della mia lettura di questo libro per parole chiave, anzi, per meglio dire, per *nodi*.

---

libro. Dell'affollata e partecipata iniziativa alla libreria Palomar di Bergamo il 10 febbraio posso testimoniare direttamente, essendo stata “ospite”, insieme con Selene Cilluffo, dell'iniziativa coordinata da Sara Chiesa. Sulla “incredibile risposta di pubblico” per la presentazione di Ferrara, v. <https://www.estense.com/2024/1062785/incredibile-risposta-di-pubblico-per-il-reading-michela-murgia/>.

17 Da ultimo, ad esempio, intorno alla proposta di intitolarle una via emersa nel corso della campagna per le elezioni regionali in Sardegna: ne parla Saviano sulle pagine del *Corriere* del 16 febbraio.

18 Anche la presentazione di Silvia Bombino, il 9 gennaio su *Vanity Fair*, scandisce i contenuti del libro in cinque punti – Lo «stato interessante» e il «tengo famiglia»; La «famiglia queer» e la filiazione d'anima; I soldi; Il sangue; La gestazione per altri e l'aborto – e, ricordando con emozione la collaborazione con la scrittrice che aveva curato il numero speciale di giugno sul *Pride*, esorta a seguire l'invito con cui Murgia conclude la parte introduttiva del suo libro: cioè «*Fate casino*».

19 *Alla voce famiglia secondo Michela Murgia*, v. <https://www.ilfoglio.it/cultura/2024/02/12/news/allavoce-famiglia-secondo-michela-murgia-6209739/>.



Nodi che sono inciampi nello scorrere del filo, alcuni più pesanti e altri più lievi.

Nodi che sono talvolta intricate complessità che siamo invitate/i – o forse sfidati/e – a sciogliere, a dipanare con pazienza, per vedere come il filo delle nostre vite potrebbe scorrere meglio. Altri che restano tali, a dirci un limite sul quale possiamo solo affacciarci.

Il primo nodo nel filo della lettura è anche il più greve, definitivo e intricato: la morte.

Nella lettura di *Dare la vita* – libro annunciato già nei giorni immediatamente successivi alla morte della scrittrice e molto atteso – la morte di Michela Murgia è una presenza, un dato materiale forte, un sottotesto a cui non si sfugge. O, almeno, così è stato per me.

È un libro scritto in *sei settimane*, che era stato pensato come un progetto di *sei mesi* per raccogliere un percorso di riflessione, e in parte già di scrittura, di *sei anni*: così lo racconta e lo restituisce Alessandro Giammei nella *Nota di curatela e ringraziamenti*.

Un libro fatto, dunque, di un tempo *variabile*, che, tra le settimane e gli anni, si dilata e si restringe. E, tuttavia, scritto in un tempo *finito*, marcato dal limite inesorabile della data della morte della sua autrice il 10 agosto 2023.

Un tempo che, pure, ancora si dilata nella rete delle relazioni che, come ricorda con gratitudine Giammei, hanno reso possibile raccogliere e organizzare i manoscritti prodotti nelle sei faticose settimane per giungere alla forma specifica che la pubblicazione ha assunto cinque mesi dopo la morte di Murgia.

La morte segna il libro, con il limite inesorabile che pone alle nostre vite umane.

Murgia aveva già espresso nei racconti crudi e perturbanti di *Tre ciotole* la multiforme danza della vita intorno alla morte.

Morte nel senso della fine materiale, cruda e senza sconti, dell'esperienza individuale della malattia terminale e nell'angoscia collettiva della pandemia; ma anche nel senso della morte degli affetti, della troncatura delle relazioni d'amore. Aveva restituito il loro intrecciarsi – della vita e della morte – nei punti di osservazione diversi di una stessa fine: lo strazio e la faticosa elaborazione del lutto di chi sopravvive, ma anche di chi lascia e di chi è lasciata/o; la stessa malattia detta in prima persona da chi «è» il corpo che la vive e la riconosce, dandole un nome, e da chi la cura. E la vita che si affaccia nel racconto spiazzante di una gravidanza per altri, che vorrebbe forse dire della potenza della relazione “per” quegli altri che saranno genitori, unica relazione che la voce di donna che ci parla intende riconoscere.

La danza della vita intorno al suo limite continua in *Dare la vita*, che si interroga e ci interroga sull'essere madre, sul senso, fisico e spirituale, del dare la vita, e sulle forme della maternità.

In qualche modo, l'urgenza della fine interroga l'inizio, per costruire una trama di significati intorno al limite dell'origine della vita; significati che provano a spostare il limite dal suo senso incarnato e biologico, senza necessariamente rimuoverlo.

Al nodo greve della morte si associa il nodo del libro *postumo*; forse più lieve, che meno si avverte nello scorrere della lettura, ma pure l'accompagna, con le sue contraddizioni.

Un itinerario intensamente personale e interamente affidato ad altri; gli altri che ne hanno reso possibile la pubblicazione<sup>20</sup>, e anche gli altri e le altre a cui Murgia si rivolge direttamente nella chiusura del capitolo introduttivo chiedendo loro di darle torto, di dibattere, di coltivare il dubbio – «quando qualcosa non vi torna» – per sognare orizzonti anche più ampi che lei stessa ha potuto immaginare<sup>21</sup>.

Un libro con l'urgenza espressiva, dell'artista, e la forma del *pamphlet*, in cui si mostra l'“appassionata partigiana” di cui ha parlato Laura Fortini sul Manifesto del 12 agosto per raccontare Michela Murgia all'indomani della morte<sup>22</sup>.

Il libro ha dei bersagli critici molto evidenti e molto dichiarati, sempre intrecciati al punto di vista personale, completamente situato nella biografia e nell'esperienza.

La parte critico-polemica è quella che ho personalmente trovato meno necessaria e meno stimolante, anche per parlarne sulle pagine di questa rivista, le cui ragioni costitutive stanno nella revisione critica delle strutture giuridiche che fondano il paradigma eterosessuale del diritto e la costruzione rigidamente dicotomica del dualismo sessuale<sup>23</sup>. La denuncia e la messa in discussione del familismo

20 Non solo A. Giammei, ma anche gli altri ringraziati da lui: v. p. 123.

21 P. 16: «La mia anima non ha mai desiderato generare né gente né libri mansueti, compiacenti, accondiscendenti. Fate casino».

22 «Passione partigiana quella di Michela Murgia e la parola partigiana non è scelta a caso e nel senso orgogliosamente migliore del termine, perché Michela si è posizionata sempre in modo esplicito e senza infingimenti o tatticismi di sorta, cosa assai rara di questi tempi, capace di una non facile ma voluta esposizione pubblica della propria differenza, che ha rappresentato in un modo originale e creativo, facendone leva per un dibattito pubblico assai asfittico e a volte, anche troppo spesso purtroppo, violento».

23 Perché «L'inesauribile premere dei casi (nuovi o meno che siano) e così la concreta realtà vissuta da persone in carne e ossa, esige insomma che siano ininterrottamente riletti, adattati e ripasmati gli istituti giuridici e le “concezioni dei concetti” mediante i quali si è soliti inquadrare i fenomeni che comunque interessano la definizione del “sesso”, dell'orientamento sessuale, delle questioni di genere, delle

amorale, di ogni visione tradizionale e patriarcale, del *welfare* familistico e scaricato sulle spalle delle donne, non trasfigurata dal mezzo potente della scrittura narrativa, suona come l'eco più debole di cose già ascoltate, anche dalla voce di Murgia.

Una voce dalla quale, tuttavia, affiora in questo libro l'intensità del dovere di testimoniare, rendendolo palese, il significato che l'esperienza personale restituisce alle parole e, in particolare, all'aggettivo *queer* che definisce la sua famiglia d'anima, nel momento in cui sente sfuggirle, con la vita, la possibilità di continuare a farlo. La sua vita, la sua famiglia *queer* non pretendono di essere un modello, ma hanno l'urgenza di farsi conoscere.

Per quanto mi riguarda, sono state le parole «*le uniche certezze che ho hanno a che fare con la mia esperienza personale e per il resto ho solamente domande*»<sup>24</sup> la chiave per provare a leggere il libro – e soprattutto la sua prima parte – non come un *pamphlet* di militanza che indica strade e offre modelli, ma riconoscendo l'anima *partigiana* che si esprime nella tensione del dovere morale della scelta<sup>25</sup>.

E non, dunque, per riconoscermi o, all'opposto, per misurare distanza, né per rilevare inciampi o contraddizioni, ma per cercare di capire cosa mi stesse svelando del limite e della possibilità di attraversarlo.

#### 4. La gravidanza, o il nodo della madre

Il libro ha l'intenzione e l'ambizione di parlare del limite dell'origine della vita.

Un territorio sul quale mi riconosco, l'orizzonte in cui si muove il mio percorso di ricerca, con gli strumenti del costituzionalismo, sull'esperienza di gravidanza per altri, per cercare il “*nome della madre*” che sta all'origine della vita<sup>26</sup>.

Preme a Murgia, innanzitutto, distinguere gravidanza e maternità, reagire alla «*facilità con cui si tende a confondere gravidanza e maternità*»<sup>27</sup>.

Distinguere è possibile. Affrontare il limite dell'origine della vita richiede, per quanto mi riguarda, di ammettere la possibilità di distinguere tra un progetto riproduttivo e un progetto genitoriale e, dentro questa prima distinzione, di distinguere ulteriormente tra l'esperienza maschile e l'esperienza femminile, sia nella dimensione biologica e sessuale (che riconosce il sesso come ascrizione e appartenenza corporea e biologica irriducibile, anche se mai completamente autosufficiente), sia nella dimensione sociale e culturale di genere (dunque intrinsecamente variabile, ma comunque definita in termini relazionali e di gerarchizzazione, di costruzione di condizioni della disuguaglianza)<sup>28</sup>.

Nella riproduzione e nel progetto riproduttivo la componente femminile è, oltre che un apporto di gameti, la gravidanza: una relazione materiale, corporea, di lunga durata, di profonda interdipendenza e proiettata alla trasformazione e al distacco, a una separazione insieme netta (il parto, la recisione del cordone ombelicale) e graduale (lo scambio corporeo profondo continua nella nutrizione, nell'allattamento). Una relazione al femminile attraverso la quale la donna diventa madre: madre di gravidanza e parto, madre biologica.

---

*nuove fisionomie familiari o dei nuovi orizzonti della filiazione»* come ricorda il “Chi siamo” che presenta la rivista: <http://www.geniusreview.eu/chi-siamo/>.

24 P. 13.

25 Collegandosi, nel nostro Paese, all'eredità più autentica della Resistenza come impegno diretto e costitutivo, con quell'*obbligo della scelta* che ne è stato l'inesco, ma anche l'inevitabilità, la necessità, e che è stato costitutivo della democrazia italiana: B. Pezzini, *Alla radice della convivenza politica: le tracce del diritto di resistenza nel farsi della costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, Editoriale Scientifica, vol. IV, p. 3235.

26 B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/ 2017, p. 1-67.

27 P. 10.

28 B. Pezzini, *Equità nell'intersezione di sesso, genere e salute*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, p. 254: l'intrinseca mutevolezza dei costrutti di sesso e genere non diventa mai evanescenza; non si tratta mai di determinanti interamente manipolabili o disponibili, né sul piano individuale, né su quello collettivo, piuttosto di qualificazioni della persona immerse nella sfera di relazioni personali, sociali e giuridiche dalle quali dipendono e si alimentano. Del resto ogni uso – e persino il rigetto dell'uso – delle categorie sottintende e richiama a teorizzazioni in merito alla differenza e al suo senso etico e politico: che ne precedono e fondano il rilievo e il trattamento dal punto di vista giuridico e che – se si conviene sulla differenza come ciò che a ciascuno/a svela l'incompiutezza di un'identità mai completabile, che postula la relazione con l'altro da sé, da riconoscersi e che sia riconoscibile come tale – possono correggere e integrare le tendenze a una neutralizzazione o semplificazione assimilazionistica.

Madre che dà la vita biologica.

In questo senso, la gravidanza è già maternità, nel senso che non è *altro*, non è estranea alla maternità (non è “estraniabile” alla maternità)<sup>29</sup>.

Anche se la maternità è anche altro.

Anche se la maternità è *tutto l'altro* che sta nella genitorialità, in un progetto genitoriale. È il *dare la vita* nel senso di accompagnare il nuovo essere umano venuto al mondo e ormai separato dalla madre biologica per consentirle/gli – per mezzo della relazione di cura e responsabilità, di protezione e accudimento, di nutrimento materiale e spirituale, di istruzione ed educazione – di svilupparsi e crescere fino all'autonomia, e oltre.

E la maternità che dà la vita nel progetto genitoriale può essere, o non essere, in continuità con il progetto riproduttivo.

Ma c'è sempre un prima necessario e indispensabile nel *dare la vita*: che richiede un apporto *binario* di gameti, il loro incontro (che sia nel rapporto sessuale o nella manipolazione tecnologica), la disponibilità di un corpo femminile a trasformare temporaneamente la propria *inviolabile* unità (inviolabile dal momento che la riconosciamo presidiata dalla garanzia fondamentale dell'*habeas corpus* declinato al femminile) in *unità duale* e, infine, il parto. La via è *data* quando un nuovo essere umano si separa dal corpo della madre, che è stata per nove lunghi mesi *unità duale* con lui o con lei. E il corpo della madre resta biologicamente legato al nuovo essere umano nelle trasformazioni orientate a soddisfarne il bisogno primario di nutrizione e protezione immunitaria attraverso l'allattamento. In questo senso la gravidanza è esperienza relazionale *femminile* di tutte le vite umane, in quanto tutte venute al mondo attraverso il corpo di una donna (*Nato di donna*, dice Adrienne Rich).

La maternità è anche d'anima, intenzionale, sociale. Una donna può pensarsi donna senza pensarsi madre. Pensarsi madre può significare pensarsi in un progetto riproduttivo, pensare gravidanza e maternità; ma può anche significare pensarsi madre in un progetto solo riproduttivo o solo genitoriale.

Ma ogni uomo e ogni donna al mondo non possono pensarsi o essere pensati senza riconoscere che il loro primo respiro autonomo è preceduto, e reso possibile, da una madre. È una premessa, dalla quale muove la possibilità di pensare ed essere pensati/e nelle relazioni con le madri e con i padri biologici e/o che ci hanno scelte e scelti (o che noi stessi/e abbiamo scelte/i).

Distinguere è possibile e necessario, ed è forse un modo di spostare il limite dell'origine, ma non lo rimuove. Il limite è nell'origine<sup>30</sup>.

## 5. La tecnologia, il sangue, il denaro

Nella parte del libro dedicata alla GPA non compare la tecnologia.

Che invece ha una parte prepotente nella pratica della GPA, in quanto sostituisce, ai fini della fecondazione, la relazione sessuale (con tutte le sue ambiguità e tutte le sfumature che hanno a che fare con la diversa qualità della *sessualità* per i due partner, persino fino all'estremo della violenza maschile all'origine di una gravidanza conseguenza di uno stupro: quindi, per chiarezza, senza mitizzare il ruolo della sessualità nell'origine della vita, semplicemente per riconoscergli uno spazio).

29 Per gli argomenti che rendono superabile la preoccupazione che Murgia esprime a p. 66 – che addurre l'unicità insostituibile del legame di gravidanza sia un piano inclinato che autorizza a usare l'inscindibilità sempre, come argomento contro l'autodeterminazione femminile – rinvio a B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, a cura S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, tomo II, p. 1655-1687, 2011, Milano, Giuffrè.

30 Dunque, a questa premessa non può sottrarsi qualsiasi ragionamento che voglia articolarsi – anche e tanto più per spostarli – intorno ai limiti etici, politici, culturali, economici, sociali e giuridici dell'origine della vita. Tenendo al centro delle relazioni e dell'esperienza procreativa il soggetto femminile, la madre biologica – la madre di gravidanza e di parto protagonista essenziale del progetto riproduttivo – in tutta la complessità della sua insostituibile esperienza che non può essere negata in nessuna – peraltro necessaria – risignificazione della maternità. Nelle parole di M. L. Boccia, *Chi è madre?*, intervento all'incontro della Casa internazionale delle donne di Roma “Libere di scegliere”, del 24 giugno 2023, pubblicato il 18 gennaio 2024 in <https://centroriformastato.it/chi-e-madre/>, p. 7, la donna che mette al mondo è «colei che rappresenta il limite che incontrano la scienza e la tecnica, come i desideri e i propositi soggettivi».

E la tecnologia si intreccia con gli interessi potenti che stanno nell'utilizzo delle tecnologie<sup>31</sup> – e dunque con il nodo strettamente intrecciato del denaro, ben presente ma esplorato senza rimando esplicito alla dimensione tecnologica della produzione della riproduzione.

Ma il vero paradosso è che la tecnologia re-introduce nella genitorialità sociale il legame di sangue, il vincolo dell'appartenenza biologica; non è solo anima, non è solo volontà, c'è la costruzione di un legame biologico. Persino immaginando una GPA che utilizzi gameti entrambi estranei alla coppia c'è differenza dalla genitorialità puramente sociale, d'anima, che accoglie un nuovo essere umano già venuto al mondo: l'intenzione, infatti, nella GPA plasma e controlla la riproduzione, ne determina l'inizio (che fuori di essa non ci sarebbe).

Il sangue – che, come è noto, tende a uscire dalle ferite<sup>32</sup> – ritorna. E questo è un nodo che meriterà di tornare nelle nostre riflessioni.

Ben presente, invece, il nodo del denaro: esplorato per le contraddizioni che apre, come questione di ingiustizia prima ancora sociale che individuale.

Molto presente nel delineare i rapporti tra i genitori intenzionali e la madre biologica, con indubbio realismo e con altrettanta consapevolezza delle ambiguità che il rapporto economico non può sciogliere. In particolare quando riconosce come «una parte delle coppie che si rivolge a terze per generare» non riconosca che ciò che sta pagando è la disponibilità alla gestazione, avendo, invece, la convinzione di «stare “ordinando”» un bambino e pretendendo, di conseguenza, di ricevere un “prodotto conforme” alle aspettative.

A Murgia è chiaro che «non si compra chi nasce, la cui cessione avviene per pura volontà da parte di colei che ne è a tutti gli effetti la madre fisica»<sup>33</sup>. Mi pare un passaggio decisivo, anche per il fatto che almeno due spie linguistiche restituiscono tutta la complessità, e l'ambiguità, di un ragionamento che non si può pensare chiuso da risposte esaurienti<sup>34</sup>: da un lato, per quanto in una dimensione non giuridica l'uso del vocabolo sia certamente meno gravato di intenzione, la parola “cessione” rende il nuovo nato oggetto che transita da una sfera originariamente riconducibile ad un soggetto (ma riconducibile in quali termini: di proprietà? di responsabilità? di legame biologico?) alla sfera di altri; dall'altro, l'espressione “madre fisica” che sostituisce il termine “gestante” – eventualmente “surrogata” – a cui la stessa Murgia si riferisce di preferenza.

## 6. Il nodo del diritto

È di per sé evidente che pensando di collocare il filo, e i nodi, della mia lettura di *Dare la vita* dentro una rivista di studi giuridici, non posso eludere la domanda sul posto che Murgia assegna al diritto nelle sue esplorazioni della *queerness* nei legami familiari e della GPA.

Il nodo del diritto è presente e ineludibile anche quando l'autrice non lo pone esplicitamente, come fa soprattutto nella seconda parte dedicata alla GPA, invocando l'intervento della legge, ritenuto necessario per contrastare il mercato<sup>35</sup>. È un nodo che percorre sottotraccia e polemicamente anche la prima parte, in cui il diritto dello Stato, pur restando sullo sfondo, è prepotentemente presente, anche se spesso non distinto dalla normatività sociale, culturale e religiosa. Ed è prevalentemente il mezzo di costruzione di quella eternormatività che la famiglia *queer* programmaticamente combatte, dunque una prigione da cui evadere, una gabbia da spezzare.

31 Ivi, p. 3: «le tecnoscienze invadono l'intera esperienza procreativa, tramutandola in riproduzione tecnoscientifica dell'umano. Detto in breve, è la tecnologia a dettare la norma». Per un quadro complessivo, si veda anche E. Capulli, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, p. 121.

32 Murgia lo mette come sottotitolo alla promessa della Fecondità

33 Ma anche quando, anche se indirettamente, comunque rivendica l'eccedenza di quanto la madre biologica porta nella relazione con i genitori intenzionali: sottotitolando il capitolo *Pagate non vuol dire vendute* con *Nessun prezzo trasforma il dono in merce* (p. 73): infatti, confronta il problema etico della remunerazione della GPA con quello di qualunque prestazione “estrema” di vita che si fa in cambio di denaro, chiedendosi se lo scambio impari, il problema di classe, che questo comporta possa essere evitato e rispondendo «Se sì, il sistema non lo abbiamo ancora trovato». E ancora di più quando osserva che «il risultato sarà comunque un dono, che può restare in mano alla sola persona che ha il diritto di considerarlo proprio fino a quando non rinunci spontaneamente a farlo».

34 P. 64: «il tema mi riguarda e tocca persone tra quelle che amo e stimo di più, è vero che ho dedicato a esso studi, riflessioni e persino letteratura, ma è comunque un interrogativo irrisolto, su cui non ho certezze»

35 Senza regole vince il mercato è il titolo, già ricordato, di uno dei capitoli della seconda parte del libro.



Anche se, talvolta, si intravede anche la possibilità di guardare al diritto come strumento di protezione e garanzia di un proprio interesse. Ciò accade, ad esempio, nella vicenda di cui prende le mosse per parlare della “scoperta” dell’invisibilità sociale dei propri legami più profondi<sup>36</sup>, che riguarda il mancato riconoscimento di un legame che, nell’esperienza di vita di Murgia, ha le stesse urgenze e le stesse priorità di un legame materno e che, per lei, ne implica a tutti gli effetti le stesse responsabilità. Avendo dovuto cancellare all’ultimo un viaggio di lavoro all’estero per assistere uno dei figli d’anima che aveva bisogno di lei, Murgia fa esperienza del fatto che l’irrilevanza giuridica di questo legame le addossa il peso economico, non indifferente, della rifusione del prezzo del biglietto aereo intercontinentale; un prezzo che una madre legalmente riconosciuta come tale, potendo mostrare un certificato di famiglia che attestasse la parentela, non avrebbe dovuto pagare.

Le domande che Murgia implicitamente pone, confrontando la sua situazione di madre d’anima invisibile (non giuridicamente riconosciuta) con quello della madre di diritto, hanno a che fare con l’esperienza personale e singolare, che il diritto oggettivo incrocia solo sullo sfondo della molteplicità delle domande che scaturiscono dalle infinite altre esperienze personali e singolari, nonché delle esperienze ed esigenze pubbliche e collettive.

E, comunque, profondamente diversa è la domanda di chi vorrebbe semplicemente, per sé e per le persone che già le sono care e di cui si prende cura, vivere con agio<sup>37</sup> e la domanda di chi ha bisogno di essere protetto/a da forme di sfruttamento e da violazioni che, purtroppo, sono drammaticamente reali: quando Murgia racconta della rinuncia a un viaggio all’estero con un figlio d’anima e il padre non biologico dello stesso, menziona i fantasmi che l’hanno agitata di possibili problemi alla frontiera e connesse accuse di «*ratto di minore, traffico di esseri umani, fuga da un divorzio difficile con un amante, falso ideologico*». Ma i gravi reati ipotizzati, che nella sua personale esperienza si presentano solo come incubi di addebiti infondati, sono crude e drammatiche realtà di altre esperienze, per tutelarci dalle quali invociamo la legge.

Del resto, diversa è ogni volta l’esperienza delle relazioni che intrecciano le persone dei figli, dei genitori d’anima e dei genitori riconosciuti dalla legge<sup>38</sup>; come diverso è il peso delle responsabilità assunte volontariamente e delle *responsabilità* riconosciute dalla legge<sup>39</sup>.

## 7. Il nodo dello *schwa*

Il libro utilizza nella scrittura il segno grafico dello *schwa*.

Un inciampo nella lettura, che deve decodificare un segno che non corrisponde a un suono abituale della lingua italiana<sup>40</sup> e che contravviene – in ciò stesso contestandola e mettendola in discussione – alla regola grammaticale che, per fare riferimento a entrambi i sessi/generi, prevede l’uso del *maschile* che definiamo *sovra-esteso* o *non marcato*.

Un inciampo di lettura che a me personalmente, spontaneamente allenata come sono a una lettura “veloce”, si manifesta solo a tratti, passando molte volte inosservato (e, infatti, è stato solo dopo diverse pagine che a un tratto ne ho preso coscienza e, tornando sulle pagine già lette, mi sono accorta di non averne prima registrato l’uso).

In ogni caso, una volta registrato l’inciampo è indispensabile riflettere su cosa rappresenta lo *schwa* nelle intenzioni comunicative dell’autrice<sup>41</sup>.

Un uso delle parole non marcato dal genere? ma in che senso non marcato? nel senso che abbraccia e comprende in sé i due generi – maschile e femminile – eliminando la fatica e la complicazione di doverli nominare entrambi? o nel senso che intende superare il binarismo includendo anche sessi/generi

36 P. 38-39.

37 P. 29: «*abitare sulla soglia delle identità ... accettando di esprimere di volta in volta quella che si desidera e che promette di condurre alla più autentica felicità relazionale*».

38 E potenzialmente conflittuale il loro rapporto, come Murgia riconosce in diversi accenni ai rapporti con le famiglie biologiche dei suoi figli d’anima (p. 41, 43, 44).

39 E nella stessa vicenda della rifusione del biglietto aereo, guardata in altra prospettiva, la prova che Murgia non può fornire – in quanto madre d’anima e non di diritto – è solo la condizione per evitare a chi maneggia denaro pubblico, e ne deve rispondere, la responsabilità per danno erariale.

40 Lo *schwa* appartiene all’IPA (*International Phonetic Alphabet*) in cui corrisponde a un suono vocalico medio.

41 Murgia lo aveva utilizzato già in un articolo su L’Espresso del giugno 2021, suscitando numerose polemiche.

“altri” non coperti semanticamente dall’alternativa maschile e femminile? o ancora perché prescinde dal genere, sostituendo il binarismo con la neutralità?

E ancora: una volta registrato l’inciampo e le sue intenzioni comunicative, è necessario riflettere sugli effetti che produce, che sono diversi a seconda della persona che legge. A cominciare dal fatto del sovrappiù di difficoltà che impone alle persone con disabilità, disturbi specifici o minore abilità nella sfera della lettura, magari semplicemente a causa dell’età o, in generale, per gli “apprendenti” della lingua italiana (minori e stranieri).

Fermi restando i termini complessi di una discussione sull’uso dello *schwa* che è in corso<sup>42</sup>, il mio primo interrogativo, di fronte all’uso in un testo scritto di *schwa* o asterischi<sup>43</sup>, torna alla funzione minima che ad essi non possiamo non attribuire: si tratta di segni che si pongono in alternativa all’uso corrente del maschile non marcato, sostituendolo<sup>44</sup>. E ciò a partire dal fatto che l’uso grammaticale codificato e consolidato in funzione inclusiva del femminile è stato rilevato come sessista e discriminatorio, nella misura in cui contribuisce a nascondere, rendendola invisibile, la componente femminile della realtà. Come appare evidente, in particolare, in tutte quelle circostanze in cui, anche nella realtà sociale e del diritto, l’uso del maschile – oggi non più marcato, ma – sovraesteso si registra senza soluzione di continuità rispetto a un suo precedente uso proprio e marcato, che era coerente a rappresentare e comunicare rapporti di genere che hanno a lungo escluso materialmente le donne da molti campi di azione e di esperienza (il linguaggio giuridico e normativo lo illustra assai bene; ma si pensi anche alla declinazione esclusivamente al maschile delle professioni e delle cariche, solo oggi in via di superamento).

Declinare i due generi (grammaticali) quando si faccia riferimento a esperienze di esseri umani che potrebbero essere vissute da uomini e da donne (da due sessi / da due generi in senso sociale) è un modo di reagire a un uso sessista del linguaggio che *fa leva sull’esigenza di rendere visibile* il soggetto in precedenza nascosto, mostrando una complessità almeno *duale* della realtà, che a me appare la condizione minima da garantire per affrontare i limiti della declinazione binaria di sesso e genere.

All’uso sessista del linguaggio reagisce anche l’uso dello *schwa*, ma lo fa diversamente: mette in discussione il maschile inclusivo, superandolo per mezzo di una forma che *neutralizza*, insieme e alla pari, maschile e femminile, rendendoli entrambi invisibili<sup>45</sup>.

Ma l’effetto che si produce, e che a me pare poco convincente, non è lo stesso nei confronti dei due generi: se la regola grammaticale ha contribuito – e ancora contribuisce – a replicare nelle strutture performative del linguaggio la subordinazione del femminile al maschile, *negandone la visibilità*, il problema (della mancanza di visibilità) persiste e si riproduce anche nella *neutralizzazione*. Dunque, il problema dell’uso sessista del linguaggio nei confronti delle donne si ripropone.

Il rischio è che, decostruito l’universale falsamente astratto e neutro, che corrisponde al soggetto dominante e lo replica, si riproduca una (nuova) neutralità in cui in apparenza non vi sono soggetti dominanti, ma di fatto le gerarchie restano inalterate. La decostruzione va seguita da una fase di ricostruzione dell’universale, che deve essere ripensato a partire da (due) parzialità, ciascuna delle quali è in sé complessa e portatrice di una complessità irriducibile: infatti, proprio la decostruzione ha svelato che la pretesa di omologazione e unificazione da parte dell’identità dominante è falsa e che affermare un’identità non significa rivendicarne una qualche forma di uniformità essenzializzante. Detto altrimenti, la decostruzione deve essere portata sino in fondo, dando tutta la visibilità necessaria al genere escluso

42 Per alcuni riferimenti: V. Gheno, *Schwa: storia, motivi e obiettivi di una proposta*, in Speciale Treccani Magazine Lingua Italiana, 21 marzo 2022, [https://www.treccani.it/magazine/lingua\\_italiana/speciali/Schwa/4\\_Gheno.html](https://www.treccani.it/magazine/lingua_italiana/speciali/Schwa/4_Gheno.html); C. Robustelli, *Lo schwa al vaglio della linguistica*, in *MicroMega*, 5/2021, p. 5.

43 Accosto *schwa* e asterischi per il ruolo analogo che viene loro assegnato nella comunicazione scritta, pur consapevole della differenza per cui solo il primo è, sia pure con qualche difficoltà, pronunciabile e quindi rilevante nel discorso orale.

44 Anche se l’intenzione che ne sorregge l’uso è quella di ricorrere a una modalità capace di superare il binarismo del riferimento a sesso/genere in una prospettiva di “linguaggio ampio” e capace di garantire la convivenza delle differenze: si veda in questo senso V. Gheno, citata alla nota 42.

45 In questa prospettiva ho trovato riflessioni assai stimolanti in O. Giolo, *Identità o neutralità? La questione della soggettività delle donne e le intuizioni di Olympe de Gouges*, in *Un dialogo su Olympe de Gouges. Donne, schiavitù, cittadinanza*, a cura di T. Casadei, L. Milazzo, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p.205: facendo riferimento all’uso dello *schwa* e dell’asterisco osserva che in realtà non servono ad abolire simbolicamente *nella scrittura* la dominazione maschile sul femminile, perché il *vecchio* (uso del maschile come preteso) *neutro* è stato in origine nascondimento solo delle donne, non degli uomini, e il *nuovo neutro*, che aspirerebbe a mettere sullo stesso piano tutte le soggettività, continua a nasconderele: dunque, le donne continuano a non avere – nel passaggio dal vecchio al nuovo neutro – alcuna occasione di visibilità, e nel neutro – dice Giolo – “*risalta la soggettività maschile, non quella delle donne*”.

e subordinato, perché questa è la preconditione per una rappresentazione plurale delle soggettività<sup>46</sup>. Anche il linguaggio deve passare per una declinazione *duale* che sradichi il “privilegio” del maschile, perché si possa creare lo spazio – semantico e grammaticale – per andare anche oltre il *binarismo*.

Si tratta di un tema complesso che non ho la pretesa di sollevare qui se non per dire delle mie personali reazioni all’inciampare nello *schwa*, che mi costringe a riflettere sul limite del linguaggio, e sulla scelta di come affrontarlo.

Non uso né *schwa* né asterischi; preferisco doppie declinazioni per fare spazio al rimosso originario (il femminile), la cui possibilità di visibilità è la condizione per un’apertura di spazi a una visione dell’identità che non sia uniformità essenzializzante.

Nel farlo, cerco un *campo aperto*<sup>47</sup> in cui sia possibile continuare – o forse cominciare – a incontrarsi e riflettere sui limiti del linguaggio e come riconfigurarli.

Ricevo lo *schwa* usato da Michela Murgia come un inciampo. Ritrovo i dubbi per una soluzione che non mi convince affatto.

Ma ricevo da quello stesso libro un racconto potente che immerge la voce narrante in una profonda e complessa genealogia femminile, e dunque non rimuove nulla di quanto a me sta a cuore del femminile subordinato e reso invisibile.

E posso pensare che sto inciampando in quel campo aperto in cui aspiro a trovarmi.

46 Ed è ancora O. Giolo, *op. cit.*, p. 203 e 204, a che mi aiuta a spiegare il riferimento al pluralismo delle soggettività: “una concezione delle identità che si nutre di pensiero critico, dunque ripulita dagli essenzialismi e dai dogmatismi, può sfociare in una rappresentazione plurale delle soggettività” e “la rivendicazione dell’identità non necessita della rinuncia all’identità stessa, ma può (meglio, deve) invece rinunciare a quell’omogeneità che l’identità dominante ha sempre preteso: al fine di imporre l’omologazione a sé, pena l’esclusione”.

47 Ho usato questa espressione per dire che solo nel campo aperto dove si confrontano le parzialità dialoganti può crescere il “nuovo”, segnato dal rovesciamento del paradigma della subordinazione di genere, in *Il conflitto di genere nel costituzionalismo, in Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, a cura di G. Azzariti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 242.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

*genius@articolo29.it*