



FABIANA ESPOSITO*

LICEITÀ DEL CONTRATTO DI GESTAZIONE PER ALTRI: TRA DIVIETI, REGOLAMENTAZIONI E SFIDE INTERPRETATIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'isolamento legislativo italiano, etica o progresso? – 3. Oltre i confini nazionali: la GPA tra divieti e tolleranze. – 3.1. Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 3.2. Analisi critica del Primo Protocollo Opzionale. – 4. Generare la vita: le implicazioni per il benessere psicologico del minore. – 5. Diritti individuali e tutela della dignità umana. Il nodo gordiano per i diritti della gestante. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La gestazione per altri¹ rappresenta una peculiare modalità di procreazione medicalmente assistita, attraverso la quale una donna — comunemente denominata “gestante” o “madre surrogata” — si assume l'onere di portare a termine una gravidanza per conto di un soggetto terzo, individuale o coppia, identificato nella letteratura come “genitore intenzionale” o “committente”, con l'impegno di affidare loro il neonato al momento del parto. Tale fenomeno, talvolta connotato in senso dispregiativo con l'espressione “utero in affitto”, si colloca all'intersezione tra bioetica, diritto della persona e ordine pubblico, sollevando interrogativi di estrema delicatezza in merito al riconoscimento giuridico della genitorialità, alla tutela dei soggetti coinvolti, in particolare del nato e della gestante, e alla salvaguardia della dignità umana quale principio cardine dell'ordinamento². Sebbene attualmente al centro di un vivace confronto dottrinale e politico-istituzionale, la pratica non è una novità storica. Le sue radici affondano in contesti familiari tradizionali, nei quali forme arcaiche di surrogazione erano attuate, in via informale, all'interno della cerchia parentale. Tuttavia, l'avvento e il perfezionamento delle tecnologie di fecondazione assistita hanno determinato una profonda riconfigurazione dell'istituto, amplificandone la complessità sia

* Dottoressa Magistrale in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Master di II livello in Tutela Internazionale dei Diritti Umani “Maria Rita Saulle”, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ Si veda in merito, E. BAZZO, *I figli nati da gestazione per altri: questioni giuridiche aperte*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, n.102-2022/A, p. 3 s.

² C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, p. 174.

dal punto di vista soggettivo — in considerazione del possibile coinvolgimento di una pluralità di figure, quali la gestante, i donatori di gameti e i genitori intenzionali — sia sotto il profilo giuridico, imponendo una riflessione articolata sulla compatibilità della surrogazione con i principi fondamentali dell'ordinamento. In particolare, l'evoluzione tecnologica e sociale di tale prassi impone di interrogarsi sul rischio di strumentalizzazione del corpo femminile, sulla liceità della volontà procreativa contrattualizzata e sulla necessità di contemperare l'autonomia privata con i limiti derivanti dal rispetto della dignità personale e dei diritti inviolabili del minore³.

Scopo del presente contributo è offrire un'analisi sistematica e approfondita della liceità del contratto di gestazione per altri, con particolare riferimento alla sua compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, primo fra tutti il principio di dignità della persona e il correlato divieto di mercificazione del corpo umano. L'indagine si svilupperà attraverso una prospettiva multidimensionale, fondata su un approccio comparatistico alle normative nazionali e sovranazionali, con l'intento di verificare se e in che misura la pratica della maternità surrogata sia conforme ai precetti sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché da altri strumenti internazionali a tutela dei diritti umani.

L'attenzione sarà incentrata, in particolare, sulla qualificazione giuridica del contratto di surrogazione, sulle sue implicazioni in termini di liceità, e sulla sua eventuale riconducibilità a ipotesi di negoziazione illecita della disponibilità del corpo umano, in violazione dei limiti posti dal diritto interno e internazionale. Lo studio intende pertanto contribuire in maniera critica al dibattito contemporaneo, mettendo in luce le ricadute giuridiche e bioetiche della pratica, specialmente in relazione alla tutela del *best interest* del minore e alla protezione dell'integrità fisica e morale della donna che presta il proprio corpo per la gestazione. Una parte rilevante dell'indagine sarà riservata all'esame delle ragioni che hanno condotto il legislatore italiano — così come altri ordinamenti — a sancire un divieto generalizzato e assoluto della gestazione per altri, rafforzato da un apparato sanzionatorio di natura penale. Tale scelta normativa sarà sottoposta a scrutinio critico, valutandone l'efficacia sul piano pratico e la sostenibilità sul piano teorico, soprattutto alla luce della crescente transnazionalità del fenomeno. In questa prospettiva, sarà altresì considerata l'opportunità di un eventuale modello regolamentato, che pur rispettando il principio di autodeterminazione, eviti derive e tenga conto delle implicazioni antropologiche, sociali e giuridiche della surrogazione.

A seguire sarà analizzato il possibile inquadramento della maternità surrogata nell'ambito applicativo del Primo Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 2000, il quale vieta espressamente la vendita dei minori, intesa come ogni forma di trasferimento di un bambino da un soggetto a un altro dietro corrispettivo⁴. È certamente legittimo interrogarsi sull'efficacia di un divieto assoluto, corredato da severe sanzioni penali; tuttavia, qualora si opti per un'apertura regolamentata alla pratica, non appare ragionevole adottare un modello di liberalizzazione indiscriminata, appellandosi unicamente al principio di autodeterminazione, senza considerare le molteplici implicazioni individuali, familiari, sociali e giuridiche derivanti dalle sue diverse configurazioni⁵. Nel prosieguo del lavoro saranno illustrate le principali questioni etico-sociali e giuridiche connesse al tema della maternità surrogata. L'indagine si propone, in ultima analisi, di valutare se il contratto di

³ *Ivi*, p. 176.

⁴ B. SGORBATI, *Gestazione per altri, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 112.

⁵ *Ivi*, cit., p. 113-114.

surrogazione possa considerarsi lecito, e se esso violi o meno il Primo Protocollo Opzionale e i principi sanciti dall'art. 3, par. 2, lett. c, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), che vieta la mercificazione del corpo umano, nonché dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti umani e la biomedicina⁶.

2. *L'isolamento legislativo italiano, etica o progresso?*

Normalmente, alla base della surrogazione di maternità “tradizionale” vi è un contratto tra i principali attori della vicenda procreativa, in virtù del quale il seme del futuro padre, o di un donatore, viene introdotto nell'utero della donna — definita madre surrogata o gestante — affinché la fecondazione avvenga naturalmente all'interno del suo corpo. In tale modello, la gestante ha un legame genetico con il bambino, ma si impegna sin dall'inizio a consegnarlo, una volta nato, alla coppia committente, che assumerà integralmente i diritti e i doveri genitoriali. La madre gestante, invece, non potrà vantare alcun diritto sul nascituro. Tuttavia, la surrogazione tradizionale è oggi sempre meno utilizzata, proprio a causa della presenza di un legame genetico tra la gestante e il nascituro, che rende più complessa la gestione dei profili giuridici e affettivi della vicenda⁷. A essa si è progressivamente sostituita la surrogazione gestazionale, nella quale viene praticata la fecondazione in vitro, impiantando nell'utero della gestante un embrione formato da ovuli della madre intenzionale (o di una donatrice) e spermatozoi del padre intenzionale (o di un donatore). In questo modo, la gestante non ha alcun legame genetico con il bambino, il che consente una più netta distinzione tra il ruolo della gestante e quello dei genitori intenzionali.

Negli ultimi anni, si sono delineate due principali modalità di accesso alla gestazione per altri: a titolo gratuito e a titolo oneroso. Quest'ultima ha sollevato vivaci controversie in ambito bioetico e bio-giuridico, soprattutto a causa del fenomeno del cosiddetto turismo procreativo, attraverso il quale cittadini italiani si recano in Stati esteri nei quali la pratica è legale, al fine di realizzare il proprio progetto genitoriale. In tale contesto, si è sviluppata una rete di intermediari specializzati, spesso operanti in forma imprenditoriale, che organizzano e gestiscono le fasi della surrogazione in cambio di ingenti somme di denaro, generando veri e propri business internazionali. Questo spostamento transnazionale evidenzia una forte tensione tra le normative restrittive adottate da alcuni Stati, come l'Italia, e quelle più permissive di altri ordinamenti giuridici, sollevando interrogativi circa la compatibilità tra la tutela dei diritti fondamentali e la libera autodeterminazione riproduttiva.

Nella surrogazione di tipo gestazionale, la donna surrogata non ha alcun legame genetico con il bambino, poiché l'embrione impiantato nel suo utero è generato mediante fecondazione in vitro, utilizzando gameti appartenenti alla coppia intenzionale o a donatori esterni. Una volta nato, il bambino viene affidato ai genitori intenzionali, i quali assumono tutti i diritti e i doveri genitoriali, mentre la gestante rinuncia sin dall'inizio a qualsiasi pretesa o diritto sul minore. Negli ultimi anni, la prassi della gestazione per altri si è articolata in due principali modalità: a titolo gratuito e a titolo oneroso. È soprattutto quest'ultima che ha alimentato accese controversie in ambito bioetico e bio giuridico, in quanto associata al

⁶ I. R. PAVONE, *La Convenzione Europea sulla Biomedicina*, Milano, 2009.

⁷ È frequente che i genitori committenti si rivolgano a cliniche specializzate, c.d. “*fertility clinics*” che supportano la coppia e hanno la funzione principale di mediare con la madre gestante.

fenomeno noto come “turismo procreativo”⁸, che consiste nello spostamento di cittadini — spesso italiani — verso Paesi con normative più permissive in materia, per accedere a tecniche riproduttive vietate in patria. In questi contesti, si è assistito al proliferare di intermediari specializzati⁹ che, operando in forma professionale o imprenditoriale, hanno dato vita a un vero e proprio mercato della riproduzione, trasformando la surrogazione in un’attività altamente remunerativa. Parallelamente, il dibattito bioetico italiano, animato soprattutto dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), ha assunto posizioni fortemente critiche verso la GPA. Nel parere¹⁰ del 18 marzo 2016, intitolato “Gestazione per altri a titolo oneroso”, il CNB ha stigmatizzato ogni forma di mercificazione del corpo umano, qualificando la GPA come una «lesione della dignità della donna e del figlio, sottoposto come un oggetto a un atto di cessione.» Il Comitato¹¹ ha distinto tra GPA a titolo oneroso e gratuita, ma ha trattato solo brevemente ed esclusivamente, il contratto a titolo oneroso riservandosi di trattare in futuro, in un parere più ampio ed articolato, il fenomeno della surrogazione di maternità *tout court*. Degne di nota sono anche le considerazioni bioetiche contenute nel parere dell’11 luglio 2014 sullo “scambio involontario di embrioni”, in cui si afferma che la relazione tra madre gestante e nascituro trascende la mera funzione biologica dell’utero, sottolineando la rilevanza dei legami psicologici e sensoriali che si instaurano durante la gravidanza. Tale osservazione apre a ulteriori interrogativi sull’identità genitoriale, la definizione di maternità e i criteri attraverso cui il legame con il minore viene giuridicamente e affettivamente riconosciuto.

Ad oggi, in Italia, la GPA costituisce un reato universalmente perseguibile, l’inasprimento del regime sanzionatorio rischia di generare conseguenze pregiudizievoli per i bambini nati all’estero tramite la gestazione per altri. La legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, ne sancisce l’illiceità all’art. 12, comma 6, che prevede la reclusione da tre mesi a due anni e una multa da 600.000 a un milione di euro, oltre a sanzioni accessorie, per chiunque «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza tale pratica»¹². Fin dalla nota pronuncia del Tribunale di Monza del 27 ottobre 1989¹³, la giurisprudenza italiana ha affermato la nullità del contratto di surrogazione per contrasto con l’art. 5¹⁴ del Codice civile, ritenendolo lesivo dell’ordine

⁸ L’espressione fu adottata per la prima volta da B.M. KNOPPERS, S. LEBRIS, *Recent advances in medically assisted conception: legal, ethical and social issues*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1991, vol. 17, pp. 329-361.

⁹ Il riferimento è alle c.d. “fertility clinics”.

¹⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Mozione gestazione per altri a titolo oneroso*, 2016.

¹¹ Va ricordato però che non tutti i componenti del Comitato si sono espressi contro la gestazione per altri, tra questi Cinzia Caporale, Demetrio Neri, Grazia Zuffa e il Prof. Carlo Flamigni. Quest’ultimo ha voluto sostenere il voto contrario con una dichiarazione nella quale egli afferma espressamente: «vedo in essa un potenziale strumento di autodeterminazione, non solo per i genitori che la commissionano, ma anche per le donne che volontariamente acconsentono al dono, o alla vendita, della loro capacità generativa, il che significa che la cosa principale che deve essere discussa riguarda il diritto alla gestione del proprio corpo e la liceità o la convenienza di porle dei limiti persino nei casi in cui è assolutamente rispettosa dei diritti degli altri e non produce danni di sorta».

¹² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 12 co.1.

¹³ Tribunale di Monza, Sentenza 27 ottobre 1989, Valassina c. Bedjaoui, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, p. 355 s.

¹⁴ Ai sensi dell’Articolo 5 del Codice Civile, (Atti di disposizione del proprio corpo): «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume».

pubblico e del buon costume¹⁵. In quel caso, una donna algerina si rifiutò di consegnare il bambino partorito alla coppia committente italiana; il giudice, rigettando la richiesta di esecuzione dell'accordo, ne sancì l'invalidità. La complessità intrinseca della GPA, intesa come fattispecie composita e fortemente eterogenea, ha generato una serie di interrogativi giuridici¹⁶, soprattutto alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale della L. 40/2004. La sua originaria formulazione vietava ogni forma di fecondazione eterologa¹⁷, ma la Corte Costituzionale è intervenuta con decisioni di grande rilievo, modificandone l'assetto normativo.

Con la sentenza n. 162 del 2014¹⁸, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa nei casi di infertilità irreversibile¹⁹, estendendo poi l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a coppie fertili affette da gravi patologie genetiche. Tuttavia, ha mantenuto il divieto della GPA, confermandone la sanzione penale²⁰. In tale contesto si colloca l'approvazione definitiva del D.d.l. n. 824/2024, avvenuta in Senato il 16 ottobre 2024, che ha inciso profondamente sulla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, aggravando il regime sanzionatorio e ampliandone la portata tanto territoriale quanto soggettiva. Nel dettaglio esso ha modificato l'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, introducendo al contempo un modello di giurisdizione fondato sulla cittadinanza e la perseguibilità extraterritoriale della GPA, stabilendo al comma 6²¹: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla gestazione per altri, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

Sebbene la gestazione per altri fosse già vietata sul territorio nazionale, permaneva per i genitori intenzionali la possibilità di recarsi all'estero per ricorrere alla pratica nei Paesi in cui essa è ammessa e legalmente regolamentata. Con tale previsione, si determina un significativo inasprimento del quadro normativo estendendo l'ambito applicativo della norma penale anche ai comportamenti tenuti al di fuori dei confini nazionali, poiché si afferma che in Italia la gestazione per altri è reato ovunque venga commessa creando così un vero deterrente contro la pratica. In precedenza, la punibilità per fatti commessi all'estero da cittadini italiani era subordinata alla richiesta del Ministro della Giustizia, secondo quanto previsto dall'art. 9 del Codice penale. Tale previsione era stata al centro di un dibattito giurisprudenziale: in passato alcune pronunce della Corte di Cassazione avevano ritenuto necessaria la richiesta ministeriale quale condizione di procedibilità, mentre altre avevano escluso la punibilità del reato quando commesso all'estero in Paesi in cui la pratica è legalmente consentita, richiamando il principio di legalità e il difetto di colpevolezza dovuto

¹⁵ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, in *Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 2019, p. 98 s. Si veda in termini generali anche A. VETTORELLI, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista del diritto internazionale privato*, 2015, p. 523.

¹⁶ F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente corrotto*, in S. NICOLAI, E. OLIVITO, *Maternità*, p. 42.

¹⁷ E. BAZZO, *I figli nati da gestazione per altri*, cit., p. 3 - 4.

¹⁸ Sentenza Corte Costituzionale n.162/2014, par. 5 – 6 de Considerato in diritto.

¹⁹ Corte Costituzionale, ordinanza 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in G.U., 18 giugno 2014, n. 26, I serie speciale; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 663.

²⁰ Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in G.U., 10 giugno 2015, n. 23, I serie speciale.

²¹ La legge 40/2004 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” al comma 6 prevede: «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».

all'erroneo convincimento della liceità della condotta (Cass., Sez. V, sent. n. 13525/2016), e tra gli altri il principio del “*double criminality*” o doppia incriminazione. La novella legislativa ha eliminato ogni riferimento alla richiesta ministeriale, introducendo un principio di perseguibilità automatica e generalizzata del reato²², con un effetto assimilabile — almeno nella formulazione — al principio della giurisdizione penale universale. Occorre notare che l'estensione della punibilità incontra diversi limiti di ordine teorico e pratico. In primo luogo, va considerato che la gestazione per altri viene trattata come un reato perseguibile anche se commesso all'estero, a prescindere dalla legislazione vigente nel luogo del fatto e dall'eventuale consenso delle autorità estere. Tuttavia, è opportuno precisare che nel diritto internazionale non esistono veri e propri “reati universali” in senso tecnico, bensì fattispecie penalmente rilevanti che possono essere perseguite in forza del principio della giurisdizione universale, applicabile soltanto a reati di estrema gravità quali il genocidio, i crimini contro l'umanità o i crimini di guerra.

Il tentativo di assimilare la surrogazione di maternità a tali crimini tramite il ricorso al linguaggio della “universalità del reato” appare improprio, dunque più simbolico che giuridicamente fondato, e volta a enfatizzare la riprovazione etico-sociale della pratica piuttosto che a riflettere un effettivo inquadramento nell'ambito del diritto penale internazionale. Inoltre, tale impostazione potrebbe sollevare rilevanti problemi di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto internazionale, soprattutto laddove venga a confliggere con principi come la legalità del fatto, la prevedibilità della sanzione, nonché con i diritti fondamentali dei minori coinvolti. Infatti, l'effettiva possibilità di perseguire penalmente cittadini italiani che abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri in Paesi in cui essa è lecita risulta giuridicamente controversa, e potrebbe incontrare resistenze applicative in sede giudiziaria, anche alla luce di possibili conflitti tra ordinamenti. Inoltre, parte della dottrina ha evidenziato l'incoerenza intrinseca dell'estensione della giurisdizione penale universale a un reato punibile con una pena relativamente modesta.

Come è stato osservato, «parliamo di un reato che in Italia è punibile con al massimo due anni di reclusione: è una contraddizione in termini punire un reato con una pena bassa e allo stesso tempo definirlo universale».²³ Tale osservazione mette in luce la sproporzione tra la gravità simbolicamente attribuita alla surrogazione di maternità e la sanzione effettivamente prevista dal legislatore, sollevando dubbi sulla coerenza interna dell'impianto normativo. A ciò si aggiunge la delicata questione del principio di doppia incriminazione, secondo cui per poter perseguire penalmente un reato commesso all'estero è necessario che la condotta sia considerata illecita tanto nel Paese in cui è stata attuata quanto nell'ordinamento italiano, pur non essendo un principio assoluto, rappresenta una clausola di salvaguardia della sovranità statale e una condizione per l'esecuzione delle sentenze straniere. L'assenza di una corrispondente incriminazione nel Paese ospitante rende problematica l'applicazione delle

²² Espressione di Carolina Varchi, parlamentare di Fratelli d'Italia e prima firmataria del provvedimento, la quale afferma che in Italia la pratica dell'utero in affitto «è reato ovunque venga commessa» e sottolineando come «l'aspetto cruciale della legge è l'estensione della perseguibilità del reato di surrogazione della maternità anche alle condotte commesse all'estero da cittadini italiani, creando così un vero deterrente contro la pratica». Per contro, il Segretario di +Europa afferma «Si tratta di un provvedimento enorme nella sua gravità. Per almeno due motivi. Il primo è che la nascita di un bambino e la genitorialità vengono equiparate a reati universali quali la pedofilia e il genocidio. Il secondo è che, ancora una volta, la politica prova e riesce a mettere le mani sul corpo e sull'autodeterminazione delle donne». Si legga in merito E. DE CRESCENZO, *In Italia la gestazione per altri diventa reato universale*, in *ANSA.it*, 17 ottobre 2024.

²³ A. PELLEGRINI DE LUCA, *Cosa significa che la gestazione per altri è un “reato universale”*, in *Il Post*, 16 ottobre 2024.

norme italiane a fatti commessi all'estero²⁴. Va precisato che tale principio non costituisce di per sé una garanzia a favore del reo, bensì rappresenta una clausola di salvaguardia della sovranità dello Stato estero, volta a evitare indebite interferenze da parte dello Stato richiedente²⁵.

Il principio della doppia incriminazione è radicato nella giurisprudenza italiana²⁶ e ha trovato una significativa applicazione nella sentenza n. 13525/2016 della V Sezione penale della Corte di Cassazione, relativa proprio alla gestazione per altri praticata all'estero. In quella occasione, la Corte ha ritenuto non punibili i cittadini italiani che si erano rivolti a un Paese in cui la GPA era consentita, affermando che costoro avevano agito nell'erroneo ma scusabile convincimento di non commettere alcun reato. La sentenza ha valorizzato il principio della doppia incriminazione e, sebbene si inserisca in un panorama giurisprudenziale non del tutto uniforme, ha costituito un importante precedente volto a tutelare il legittimo affidamento dei cittadini nei confronti dell'ordinamento estero. Le implicazioni più gravi derivanti dalla nuova disciplina potrebbero, tuttavia, ricadere non tanto sugli adulti coinvolti, quanto sui minori nati tramite GPA all'estero. In caso di condanna penale dei genitori intenzionali, si profilerebbe il rischio di danni irreparabili per i bambini, che potrebbero perdere improvvisamente le loro figure genitoriali di riferimento, con effetti traumatici sul piano affettivo, psicologico e identitario. Criticità rilevate si manifestano sin dall'inizio del percorso amministrativo: basti pensare alle difficoltà legate alla trascrizione dei certificati di nascita esteri nei registri dello stato civile italiano. In questi casi, l'assenza di un riconoscimento immediato della filiazione può compromettere la tutela dei diritti fondamentali del minore, in contrasto con quanto sancito anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

L'affermazione secondo cui la nuova legge, qualificando la gestazione per altri come reato di portata universale, fornirebbe tutti gli strumenti per avviare indagini e processi contro chi vi ricorre all'estero, può apparire plausibile sotto il profilo della deterrenza penale. Tuttavia, tale costruzione normativa, per quanto formalmente coerente con l'intento repressivo del legislatore, presenta profili critici rilevanti che meritano un'attenta valutazione. In primo luogo, la criminalizzazione dei genitori rischia di determinare conseguenze indirette e pregiudizievoli per i minori, che potrebbero trovarsi privati di una figura genitoriale o esposti a ostacoli nel riconoscimento del loro status giuridico e familiare. In secondo luogo, la nuova disciplina solleva complesse questioni giuridiche, in particolare in relazione ai principi di proporzionalità, legalità e tutela dei diritti fondamentali, generando un clima di incertezza applicativa tanto per le autorità giudiziarie quanto per i cittadini.

Spetterà pertanto alla Corte Costituzionale²⁷ verificare la compatibilità della nuova legge con i principi fondamentali dell'ordinamento, anche in relazione alle precedenti decisioni in materia di GPA. Con la sentenza n. 33/2021, la Corte ha affermato la necessità di una tutela effettiva del legame con il genitore intenzionale, pur ribadendo il divieto della maternità surrogata. Ancora più esplicita è stata la sentenza n. 79/2022, che ha sollecitato il legislatore a intervenire per colmare un vuoto normativo che compromette i diritti dei minori

²⁴ L. MARINI, *Forme di maternità e desiderio di genitorialità: la gestazione per altri nei documenti del CNB e del Consiglio d'Europa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Osservatorio sul diritto della bioetica, 2016, p. 471 ss.

²⁵ A. BARAZZETTA, *I principi di specialità e doppia incriminazione: loro rivisitazione nel mandato d'arresto europeo*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004.

²⁶ In tale contesto si ricorda la sentenza n. 5198/2020 della III Sezione penale della Corte di Cassazione, la quale, in tema di surrogazione di maternità, ha confermato la definizione del procedimento per mancanza della condizione di procedibilità.

²⁷ *Ivi*.

nati all'estero da GPA, sottolineando che l'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), L. 184/1983 non è sufficiente a garantire il superiore interesse del minore.

Alla luce di questi orientamenti, la Consulta sarà chiamata a stabilire se l'estensione extraterritoriale della punibilità sia coerente con il principio di ragionevolezza e con la tutela dell'infanzia, evitando che l'intento sanzionatorio comprometta l'interesse prioritario a garantire il benessere e l'identità del bambino. È necessario bilanciare le finalità punitive dell'ordinamento con la protezione del superiore interesse del minore, riconosciuto a livello sia nazionale sia internazionale. La condanna della GPA, vista come pratica lesiva della dignità umana e contraria al principio di non mercificazione del corpo, non può prescindere da un'attenta valutazione delle conseguenze concrete sui bambini, specialmente in contesti familiari già consolidati. In questo senso, la giurisprudenza della Corte EDU ha più volte ribadito che lo Stato può disciplinare le tecniche riproduttive, ma tale potere deve esercitarsi con equilibrio, evitando che un divieto assoluto comprometta il diritto all'identità giuridica e familiare dei minori (si veda, tra le altre, la sentenza *Mennesson c. Francia*). Un approccio esclusivamente repressivo, insensibile alla specificità delle situazioni individuali, rischia di violare l'art. 8 della CEDU, esponendo lo Stato a responsabilità internazionali. È quindi auspicabile che il legislatore introduca misure correttive o eccezioni, affinché l'interesse superiore del minore – come sancito anche dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo – non venga sacrificato in nome di un intento punitivo assoluto e potenzialmente sproporzionato.

3. Oltre i confini nazionali: la GPA tra divieti e tolleranze

La gestazione per altri è oggetto di un acceso dibattito etico e giuridico a livello internazionale. Le legislazioni nazionali si dividono essenzialmente in tre grandi categorie: quelle che vietano completamente la pratica, quelle che la consentono solo in forma altruistica e quelle che ammettono anche la surrogazione commerciale, seppure in presenza di regolamentazioni più o meno rigorose. In generale, si può affermare che la maggior parte dei Paesi tende a proibirne l'accesso o a limitarlo severamente, segnalando una diffusa resistenza normativa alla piena liberalizzazione della pratica²⁸.

In ambito europeo, non si registra una posizione uniforme. La materia sfugge infatti alle attuali competenze normative dell'Unione Europea, il cui diritto si è confrontato con la gestazione per altri solo in modo indiretto e marginale, in particolare in relazione alle implicazioni sul piano del diritto del lavoro. Tutt'oggi, manca un vero e proprio riconoscimento giuridico unitario a livello comunitario, e gli Stati membri conservano ampia discrezionalità nel disciplinare – o vietare – la GPA secondo i propri ordinamenti interni e le rispettive sensibilità culturali, morali e religiose.

Un esempio emblematico di approccio regolatorio è rappresentato dal Regno Unito²⁹. La normativa britannica, pur vietando ogni forma di surrogazione commerciale, consente la GPA a titolo altruistico in conformità con l'*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*³⁰. In

²⁸ M. RIZZUTI, *La gestazione per altri: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 92 s.

²⁹ M. RIZZUTI, *La gestazione per altri*, cit., p. 93.

³⁰ *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 Section 54*, così come modificato dal *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018*.

tale sistema, i contratti di surrogazione altruistica non sono pienamente vincolanti sul piano giuridico: ciò significa che, al momento della nascita, il bambino è considerato legalmente figlio della gestante. Tuttavia, i genitori intenzionali possono richiedere un “*parental order*”, un provvedimento giudiziario attraverso il quale viene attribuita loro la responsabilità genitoriale, previo accertamento di specifici requisiti, al fine di acquisire la responsabilità genitoriale.

Allo stesso modo la Grecia³¹, che ha introdotto la possibilità di gestazione altruistica con la legge n. 3089/2002. Anche in questo caso, è richiesto un controllo preventivo da parte dell'autorità giudiziaria prima dell'inizio della gravidanza. Il giudice deve verificare: l'impossibilità per la futura madre di portare a termine una gravidanza; la provenienza degli ovuli (che possono appartenere alla madre intenzionale o a una donatrice terza); l'assenza di corrispettivi economici diversi dal mero indennizzo delle spese; e la residenza in Grecia tanto della gestante quanto della madre intenzionale. In caso di esito positivo del procedimento, il bambino viene riconosciuto come figlio della coppia committente.

Al di fuori dell'Europa, la situazione è ancora più eterogenea. Negli Stati Uniti, la disciplina varia sensibilmente da Stato a Stato. Alcune giurisdizioni, come la California, adottano un approccio permissivo sia nei confronti della GPA altruistica sia verso quella commerciale, con una prevalente regolazione di origine giurisprudenziale. Al contrario, Stati come New York hanno vietato per lungo tempo la surrogazione a titolo oneroso, modificando solo recentemente tale impostazione con l'introduzione di normative più favorevoli. Anche diversi Paesi dell'Europa orientale e dell'Asia hanno conosciuto, soprattutto negli anni Duemila, un notevole sviluppo del mercato della GPA, favorito da normative permissive e da condizioni economiche favorevoli per le coppie straniere. L'Ucraina, l'India, il Nepal, il Laos e la Cambogia sono stati a lungo considerati *hub* per la surrogazione internazionale, attrattivi per le coppie provenienti da Stati con normative restrittive. In tali contesti, la gestazione per altri ha rappresentato per molte donne un'opportunità economica, spesso in assenza di un'adeguata tutela giuridica. Tuttavia, l'emergere di problematiche relative allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani ha spinto molti di questi Paesi ad adottare, negli ultimi anni, misure restrittive o veri e propri divieti, nel tentativo di contenere fenomeni di mercificazione del corpo femminile e di proteggere i diritti dei minori coinvolti. In questo quadro si inserisce il complesso fenomeno del c.d. turismo procreativo³² ovvero il ricorso a servizi di procreazione medicalmente assistita in Paesi stranieri al fine di eludere le restrizioni imposte dalla normativa del proprio ordinamento. La surrogazione all'estero, specie se svolta in condizioni di disparità economica e sociale tra le parti, solleva rilevanti questioni di diritto internazionale privato, nonché interrogativi circa il riconoscimento dello *status filiationis* del minore nato da GPA in un Paese estero. Le conseguenze giuridiche di tali scelte incidono direttamente non solo sul piano dell'effettività dei diritti genitoriali, ma anche sulla tutela del superiore interesse del minore, al centro di un dibattito ancora irrisolto tra universalismo dei diritti e sovranità statale.

3.1. *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

Nel 2015 il Parlamento Europeo ha condannato in maniera univoca la pratica della gestazione per altri, senza operare distinzioni tra forme altruistiche e commerciali. In

³¹ L. MAZZANTI, G. PAVAN, *La surrogazione di utero all'estero: profili di responsabilità penale*, in *Studio Cataldi – Il diritto quotidiano*, 2012.

³² B. SGORBATI, *Gestazione per altri, dignità della donna e interesse del minore*, cit., p. 115.

particolare, si affermava che: «*Condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments*»³³. Questo orientamento ha avuto un significativo impatto sulle normative interne degli Stati membri, la maggior parte dei quali non riconosce, nei propri ordinamenti, la sussistenza di un rapporto giuridico di filiazione tra un minore nato all'estero tramite gestazione per altri e la madre intenzionale. In Francia, emblematico è il caso *Mennesson c. Francia*³⁴, deciso contestualmente al caso *Labasse c. Francia*³⁵ mediante due sentenze³⁶ gemelle dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 2014. I giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 8³⁷ CEDU seppure limitatamente al profilo concernente la tutela della vita privata del minore, per il rifiuto da parte delle autorità francesi di trascrivere nel registro di stato civile gli atti di nascita esteri attestanti il legame di filiazione tra i genitori intenzionali e i minori nati, mediante gestazione per altri, negli Stati Uniti. Nel caso di specie, i ricorrenti, genitori di due gemelli nati in California da madre surrogata, lamentavano l'impossibilità, al rientro in Francia, di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione legalmente istituito negli Stati Uniti. Le autorità francesi si erano infatti rifiutate di registrare i certificati di nascita nel registro nazionale. La Corte ha ritenuto che gli Stati non siano tenuti a trascrivere integralmente i certificati di nascita stranieri per stabilire il legame legale madre-figlio con la madre intenzionale. Tuttavia, ha affermato che, laddove il padre intenzionale sia geneticamente legato al minore e tale rapporto sia riconosciuto nel diritto interno, il diritto del bambino al rispetto della propria vita privata, ex art. 8 CEDU, impone che esista almeno una possibilità legale per riconoscere un rapporto di filiazione con la madre intenzionale. Tale riconoscimento, però, non deve necessariamente realizzarsi tramite la trascrizione del certificato di nascita, potendo avvenire anche tramite altri strumenti giuridici, quali l'adozione³⁸.

La Corte ha riconosciuto la legittimità del mancato riconoscimento formale da parte delle autorità francesi, escludendo così la violazione dell'art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita familiare dei ricorrenti. Tuttavia, ha osservato che il rifiuto, da parte dello Stato, di riconoscere come figli dei coniugi i bambini nati all'estero, pur essendo stati identificati come tali negli atti ufficiali americani, ha avuto l'effetto di compromettere l'identità dei minori nell'ordinamento francese, violando il loro diritto al rispetto della vita privata³⁹. La Corte ha comunque ribadito che sia nel miglior interesse del minore garantire «l'identificazione legale delle persone responsabili della sua educazione, della soddisfazione dei suoi bisogni e del suo

³³ Parlamento Europeo, *Annual Report on Human Rights in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, par.114.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 26.06.2014.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Labasse c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 26.6.2014.

³⁶ *La pronuncia della grande camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Osservatorio l'Italia e la CEDU*, 1/2017, p. 116 s.

³⁷ L'articolo 8 CEDU sostanzialmente presuppone l'esistenza di una famiglia, la cui accezione materiale non esclude dal proprio ambito di applicazione situazioni *de facto* in cui sia assente un legame biologico tra i genitori ed i bambini ovvero un legame giuridicamente riconosciuto tra questi. Tuttavia, data la straordinarietà di suddette situazioni, perché la Corte possa effettivamente giudicarne l'esistenza ed accordare la relativa tutela, deve poter accertare la genuinità dei legami instaurati.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following surrogacy arrangements abroad was in breach of the Convention*, Press Release, 26.06.2014, p. 3 s.

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gestational surrogacy*, Press release 2022, p. 2.

benessere, nonché la possibilità per il bambino di vivere e svilupparsi in un ambiente stabile»⁴⁰. Un divieto generale e assoluto di riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale si pone, dunque, in contrasto con il principio del *best interest of the child*, che esige la considerazione delle peculiarità del caso concreto⁴¹.

A conferma di questo orientamento, si colloca anche il primo parere consultivo emesso dalla Grande Camera della Corte EDU il 10 aprile 2019, ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU.⁴² Interpellata dalla *Cour de Cassation* francese in relazione al caso *Menesson*, la Corte ha affrontato la questione della tutela convenzionale del diritto al riconoscimento della responsabilità genitoriale in capo alla madre intenzionale, non biologica. La Grande Camera ha affermato che gli Stati contraenti sono tenuti a prevedere la possibilità — non l'obbligo — di riconoscere giuridicamente un rapporto di filiazione fondato sull'intenzione procreativa, lasciando agli ordinamenti nazionali la libertà di definire le modalità di tale riconoscimento, purché siano effettive e tempestive. Il parere, privo di forza vincolante, è stato comunque recepito dalla stessa Corte EDU in due successive sentenze, sempre relative alla Francia, ribadendo la legittimità di un riconoscimento che avvenga attraverso l'adozione e non necessariamente mediante la trascrizione dell'atto di nascita estero⁴³. Ed è in questo contesto giurisprudenziale⁴⁴ s'inserisce anche la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁴⁵, pronunciata dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 2017. Il caso verteva sul mancato riconoscimento, per contrarietà all'ordine pubblico, del rapporto genitoriale instaurato all'estero tra una coppia italiana e un minore nato da gestazione per altri in Russia, mediante il ricorso a una “doppia eterologa”, cioè senza alcun legame genetico con i genitori intenzionali. Le autorità italiane avevano disposto la rimozione del minore, all'epoca di soli nove mesi, dalla famiglia intenzionale e il suo affidamento ai servizi sociali. Nel 2015, la Seconda Sezione della Corte aveva inizialmente ritenuto che tale misura costituisse una violazione dell'art. 8 CEDU⁴⁶, alla luce del tempo trascorso insieme al minore e dei legami affettivi instaurati. In particolare, i giudici ritenevano significativo che il tempo trascorso da entrambi i coniugi insieme al bambino, seppur breve, fosse coinciso con le prime fondamentali tappe dell'esistenza del bambino e che i ricorrenti si fossero comportati nei suoi confronti come genitori⁴⁷. Tuttavia, su richiesta di riesame, la Grande Camera ha ribaltato la decisione, affermando che non vi era stata violazione della Convenzione, facendo leva sullo scarso lasso di tempo trascorso dal minore con i propri genitori e sulla completa estraneità genetica del bambino alla coppia di

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson c. Francia*, cit., par. 42.

⁴¹ L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Osservatorio – Diritti civili e politici*, 2021 p. 7.

⁴² HUDOC, *Advisory Opinion*, 10.04.2019, richiesta n. P16-2018-001.

⁴³ *Ivi*, para. 52.

⁴⁴ Per un approfondimento si vedano tra gli altri, O. FERACI, *Maternità surrogata all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli*, in *Cuadernos de Derecho Internacional*, 2015, p. 420-439; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una patica controversa che necessita una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2015, p. 728; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of the child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *Federalismi.it*, 3, 2015; A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i “pregiudizi” dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 2015; C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare e ribalta la sentenza precedente*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017; C. ANDREUCCIOLI, E. BATTISTI, *Legislatura 17^a - Dossier n. 147*, in Senato della Repubblica.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (GC), ricorso n. 25358/12, 27.06.2015.

⁴⁶ Si legga in merito Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 197 e 202.

⁴⁷ L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SIDIBlog*, 2017.

genitori intenzionali, considerando applicabile l'articolo 8 CEDU con esclusivo riferimento alla violazione del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti che avevano agito solo in nome proprio e non anche del bambino che aveva vissuto con loro per otto mesi per poi essere stato allontanato e dato in adozione⁴⁸.

Tale sentenza si discosta dal filone giurisprudenziale fondato sull'interesse preminente del minore, proponendo una lettura restrittiva della nozione di "vita familiare". La Corte ha infatti valorizzato l'assenza di un legame genetico e il breve periodo di coabitazione, circoscrivendo il diritto al rispetto della vita privata all'intenzione genitoriale non accompagnata da un progetto familiare di fatto consolidato. La pronuncia ha suscitato ampio dibattito in dottrina, venendo da alcuni criticata per aver potenzialmente svuotato di significato la nozione di vita familiare sviluppata dalla stessa Corte in precedenti decisioni⁴⁹. Tuttavia, proprio in virtù del carattere evolutivo dell'interpretazione della Convenzione, nulla esclude che, in presenza di circostanze simili, la Corte possa in futuro⁵⁰ riconoscere la sussistenza di una vita familiare anche in assenza di legami biologici o giuridici, riducendo così il margine di apprezzamento riservato agli Stati e rafforzando la tutela convenzionale delle famiglie intenzionali. Poiché la nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU è stata sviluppata attraverso l'interpretazione della Corte di Strasburgo, lo spostamento dell'importanza dell'assenza di un legame genetico e giuridico dal piano del margine di apprezzamento statale a quello della nozione di vita familiare consente alla Corte di modificare il proprio orientamento in futuro.

3.2. *Analisi critica del Primo Protocollo Opzionale*

Il fatto stesso di commercializzare una persona in quanto tale collide con l'ordine pubblico, non solo interno ed europeo, ma anche con i principi fondamentali di tutti quegli ordinamenti che hanno abolito la schiavitù⁵¹, oltre che con le previsioni contenute nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, in particolare quelle volte a contrastare il traffico di minori. Tra queste, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata nel 1989, rappresenta uno degli strumenti giuridici internazionali più rilevanti per la protezione dei diritti dei minori⁵². Essa sancisce diritti fondamentali — tra cui il diritto alla vita, alla salute, all'istruzione e alla protezione da ogni forma di abuso o sfruttamento — che devono essere garantiti a ogni bambino, senza discriminazioni. A rafforzare tale cornice normativa è intervenuto, nel 2000, il Primo Protocollo Opzionale alla Convenzione, relativo

⁴⁸ M. CAIELLI, *La Corte EDU torna sulla gestazione per altri e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?* in *DPCE*, 1/2023, p. 3.

⁴⁹ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 107.

⁵⁰ M. GERVAZI, *Vita familiare e gestazione per altri nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, p. 6.

⁵¹ Si veda in merito 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, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

⁵² Cfr., sul punto, C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 140, la quale fa notare che sebbene il ricorso e la pratica della maternità surrogata siano in genere stigmatizzati e visti con sfavore, il tema diventa ben più complesso (e le posizioni teoriche meno nitide) quando ci si trovi di fronte al risultato cui si perviene con tale pratica, e cioè quando "the baby is here", secondo la celebre espressione di un giudice inglese. A riguardo, si deve, infatti, tenere conto della necessità di mettere al primo posto la tutela del minore, soggetto vulnerabile che si trova in una; situazione giuridica ambigua, senza colpa e senza possibilità di incidere sul suo stato.

alla vendita di bambini, alla prostituzione infantile e alla pornografia rappresentante minori, ratificato dall'Italia nel 2002. Si tratta di uno strumento giuridico vincolante, volto a potenziare la protezione dei minori contro specifiche forme di sfruttamento. Sebbene la sottoscrizione del Protocollo rappresenti un impegno condiviso nella tutela dei diritti dei minori, la sua attuazione concreta varia notevolmente da Paese a Paese, in ragione di differenze storiche, culturali, politiche e giuridiche. Ogni ordinamento nazionale, infatti, adatta le disposizioni del Protocollo al proprio contesto interno, generando un mosaico di normative che disciplinano la denuncia delle violazioni, le modalità di indagine e i rimedi offerti ai minori vittime.

Il Protocollo non menziona esplicitamente la gestazione per altri (GPA), ma l'interpretazione del concetto di vendita di minori può rilevare nei casi in cui tale pratica venga esercitata con finalità commerciali, specialmente quando coinvolge cittadini di Paesi nei quali la GPA è vietata. Una delle principali preoccupazioni riguarda il rischio che i neonati vengano trattati come oggetti di scambio, mediante transazioni economiche che potrebbero configurare una forma di "vendita" di esseri umani, in violazione del Protocollo. Quest'ultimo, all'articolo 2, comma 1, definisce la vendita di bambini come «qualsiasi atto o transazione in cui un bambino è trasferito da una persona o un gruppo di persone a un altro in cambio di una remunerazione o di qualsiasi altra forma di compenso». In tale definizione potrebbe rientrare, almeno potenzialmente, la GPA priva di legame genetico tra gestante e genitori d'intenzione e caratterizzata da un fine di lucro. Paesi come l'Italia e la Francia, che vietano integralmente la GPA commerciale, trovano nel Protocollo un fondamento giuridico per il rifiuto della mercificazione della maternità. Secondo tali ordinamenti, qualsiasi transazione economica che coinvolga — anche indirettamente — un minore può rappresentare una violazione del Protocollo.

Diversamente, Paesi come l'Ucraina, nei quali la GPA commerciale è consentita⁵³, cercano di regolamentare la pratica distinguendo tra il compenso alla gestante e le transazioni relative al trasferimento della responsabilità genitoriale. Tuttavia, l'efficacia di tali distinzioni è spesso messa in discussione, soprattutto a causa della difficoltà di un monitoraggio effettivo e rigoroso. Il Protocollo Opzionale, all'articolo 3.1.a, identifica tre elementi per la configurabilità del traffico di esseri umani: (a) un atto⁵⁴ (reclutamento, trasporto, trasferimento, accoglienza, ricevimento di persone); (b) l'uso di mezzi⁵⁵ (minaccia o uso della forza, coercizione, rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di vulnerabilità, o l'elargizione di pagamenti o benefici ad una persona che ha il controllo della vittima); (c) uno scopo di sfruttamento⁵⁶ (sessuale, lavorativo, schiavistico, o connesso al prelievo di organi). La GPA, pur non essendo menzionata nel testo dell'articolo 3, viene citata come potenziale forma di sfruttamento⁵⁷ nella legge modello predisposta dall'Ufficio delle Nazioni Unite contro la Droga e il Crimine (UNODC), quale strumento di supporto agli Stati per l'attuazione della Convenzione e dei suoi Protocolli⁵⁸.

⁵³ Sono circa cinquanta le cliniche in Ucraina che offrono servizi di Gestazione per altri a prezzi imbattibili rispetto agli Stati Uniti: tra i 40mila e i 65mila euro contro i 150mila dollari degli Usa. La crisi economica ha spinto molte donne ucraine a rendersi disponibili alla pratica e il loro compenso si aggira sui 30mila euro.

⁵⁴ N. HYDER-RAHMAN, *Commercial Gestational Surrogacy: Unravelling the threads between reproductive tourism and child trafficking*, in *Anti-Trafficking Review*, 16/2021, p.135 s.

⁵⁵ *Ivi*.

⁵⁶ *Ivi*.

⁵⁷ Il termine "sfruttamento" non è definito nel Protocollo. Tuttavia, è generalmente associato a condizioni di lavoro particolarmente dure e abusive, o a condizioni di lavoro incompatibili con la dignità umana.

⁵⁸ UNDOC, *Model Law Against Trafficking in Persons*, Vienna, 2009.

Tuttavia, l'articolo 3.1.a offre una definizione minimale del fenomeno, focalizzandosi sui requisiti essenziali. Alcuni studiosi hanno proposto di includere anche i nati da contratti di surrogazione tra le vittime del traffico di esseri umani, ritenendo che tale pratica possa soddisfare i tre elementi del Protocollo. In particolare: l'atto sarebbe rappresentato dal trasferimento del neonato dalla gestante ai genitori intenzionali; i mezzi, dai pagamenti effettuati alla donna che, durante la gravidanza, detiene il controllo fisico e/o legale del bambino; lo scopo, infine, potrebbe teoricamente ricondursi a forme di sfruttamento, anche se in assenza di dati concreti sulla destinazione finale del neonato, soprattutto laddove i genitori siano anche quelli genetici e rientrino nel modello familiare etero normativo.

Alla luce di detto rapporto, che mira a prevenire la vendita e il traffico di bambini anche nel contesto della gestazione per altri, l'articolo 35 della Convenzione stabilisce che gli Stati Parti hanno l'obbligo di adottare tutte le misure nazionali, bilaterali e multilaterali appropriate per impedire il rapimento, la vendita o il traffico di bambini per qualsiasi scopo o in qualsiasi forma. Quest'ultima espressione è particolarmente significativa, poiché consente un'interpretazione estensiva delle condotte vietate, senza eccezioni legate alle finalità perseguite. Alcuni studiosi sostengono, infatti, che anche la formazione della famiglia non dovrebbe avvenire attraverso pratiche che implicino, direttamente o indirettamente, la vendita o il traffico di bambini, e che dunque la gestazione per altri, in particolare quella commerciale, non possa ritenersi esclusa dal divieto sancito dall'articolo 35⁵⁹. Il Comitato per i diritti del fanciullo ha mostrato coerenza su questo punto, affermando che, qualora non sia adeguatamente regolamentata, la gestazione per altri può configurare una forma di vendita di bambini.⁶⁰ In effetti, nel caso della gestazione per altri a titolo oneroso, si verifica una situazione nella quale la madre surrogata (ossia qualunque persona) consegna il bambino ai genitori intenzionali, ricevendo in cambio un compenso economico (remunerazione per il tempo e le spese sostenute). Tale dinamica, se interpretata *stricto sensu*, rientra nella definizione di "vendita di bambini"⁶¹ fornita dall'articolo 2 del Protocollo Opzionale. Questo se la definizione venisse applicata *stricto sensu*. Tuttavia, un'analisi più attenta impone di non fermarsi alle sole definizioni formali.

È necessario contestualizzare e integrare la lettura dell'articolo 2 con quella dell'articolo 3⁶² del medesimo Protocollo, che specifica le condizioni per configurare una violazione in termini di tratta di esseri umani: atto, mezzi e scopo. La gestazione per altri commerciale non è menzionata tra le condotte illecite, a meno che non sia strumentale a finalità chiaramente vietate, come lo sfruttamento sessuale del bambino, il traffico di organi o il lavoro forzato. In tali casi, il Protocollo impone agli Stati di vietare queste pratiche, ma non ne deriva, in via automatica, l'obbligo di criminalizzare la gestazione per altri in quanto tale⁶³. Va inoltre osservato che le stesse bozze redazionali del Protocollo hanno lasciato volutamente margini interpretativi ampi alla definizione di "vendita di bambini", affinché essa potesse includere

⁵⁹ UN Human Rights Council, *Report of Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children, Including Child Prostitution, Child Pornography and Other Child Sexual Abuse Material*, A/HRC/37/60, 15.01.2018, para. 34.

⁶⁰ *Ivi*, para. 37.

⁶¹ L. JOHNSON, *Commercial Surrogacy Is the Sale of Children? An argument that commercial surrogacy does not violate international treaties*, in *Washington International Law Journal*, 2019, p. 714 s.

⁶² L'articolo 3 del Protocollo stabilisce in che modo gli Stati debbano applicare il Protocollo, richiedendo che ciascuno Stato, come minimo, criminalizzi, per ciò che concerne la vendita di bambini ai sensi dell'articolo 2, il «fatto di offrire, consegnare o accettare un bambino, a prescindere dal mezzo utilizzato per i seguenti fini: a. sfruttare il bambino a fini sessuali; b. trasferire gli organi del bambino per fini di lucro; c. sottoporre il bambino ad un lavoro forzato».

⁶³ L. JOHNSON, *Commercial Surrogacy Is the Sale of Children?*, cit., p.720.

anche circostanze non prevedibili al momento della stesura, come appunto i moderni scenari legati alla gestazione per altri. Ciò ha alimentato numerose argomentazioni giuridiche volte a sostenere che, in certe condizioni, la gestazione per altri possa configurare una violazione delle norme internazionali sui diritti dell'infanzia. Tuttavia, resta centrale il nodo interpretativo: se da un lato alcuni elementi possono teoricamente rientrare nei criteri del Protocollo, dall'altro non vi è un consenso unanime né un esplicito obbligo internazionale di vietare la gestazione per altri in quanto tale.

4. *Generare la vita: le implicazioni per il benessere psicologico del minore*

La gestazione per altri, fenomeno complesso e controverso, comporta profonde implicazioni psicologiche per tutte le persone coinvolte: la madre surrogata, i genitori intenzionali e, soprattutto, il bambino nato da tale pratica. Dal punto di vista di quest'ultimo, emergono potenziali rischi significativi per la costruzione della propria identità personale. In particolare, l'idea che un'altra donna — la madre gestazionale — abbia volontariamente rinunciato a lui, può generare un senso di abbandono, innescando dinamiche psicologiche complesse. La narrazione di una rinuncia volontaria alla maternità, spesso semplificata o distorta per ragioni affettive o culturali, rischia di compromettere la percezione che il bambino ha delle proprie origini, con possibili ricadute a lungo termine sul suo sviluppo identitario e relazionale⁶⁴.

Un tema centrale riguarda dunque la modalità con cui il bambino potrà comprendere e integrare nella propria identità il fatto di essere nato attraverso una tecnica non tradizionale. La consapevolezza di una nascita avvenuta mediante gestazione per altri, soprattutto in un contesto di stigmatizzazione sociale o di silenzio familiare, può incidere sul senso di sé del minore. Ogni bambino ha il diritto, costituzionalmente garantito, al rispetto della propria identità personale: la tutela effettiva di tale diritto, tuttavia, si scontra spesso con la difficoltà concreta di garantirne la piena attuazione. È infatti poco realistico ritenere che genitori che abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero, in violazione della normativa interna, scelgano liberamente di rivelare la verità al figlio. L'eventuale scoperta fortuita di tale verità, soprattutto in età adolescenziale o adulta, potrebbe determinare un impatto psicologico rilevante, minando la fiducia del minore nei confronti delle figure genitoriali e generando una crisi identitaria profonda.

Diversamente dall'adozione — dove la madre biologica, pur decidendo di non crescere il bambino, lo ha generato nell'ambito di un percorso naturale e non strumentale — la gestazione per altri presuppone una pianificazione intenzionale finalizzata alla cessione del neonato⁶⁵. Questa consapevolezza potrebbe generare nel figlio un senso di estraneità nei confronti della madre gestazionale e porre interrogativi sulla natura del loro legame biologico. In questo contesto, assume particolare rilievo la sentenza n. 33 del 2021 della Corte

⁶⁴ 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*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Studi di Genere. Convegni*, 2019, p. 28.

⁶⁵ I. CARLOTTO, *Gestazione per altri e identità frammentate: quale legame conta davvero?* in *BioLaw Journal Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, p. 106 s.

Costituzionale⁶⁶, che ha affermato con chiarezza il diritto del bambino, cresciuto sin dalla nascita da una coppia che lo ha desiderato, a ottenere il riconoscimento giuridico dei legami affettivi costruiti nel tempo. Non è il diritto alla genitorialità degli adulti a essere centrale, ma l'interesse superiore del minore, che impone il riconoscimento giuridico di rapporti genitoriali di fatto, consolidati e affettivamente significativi. Tale riconoscimento è considerato essenziale per la costruzione dell'identità del bambino, che vive e cresce all'interno di un nucleo familiare ben definito, ciò che viene in rilievo non è il diritto alla genitorialità coltivato dagli adulti, ma il preminente interesse del minore a mantenere un rapporto con coloro che in concreto hanno sempre esercitato la funzione genitoriale⁶⁷.

A tal proposito, non può trascurarsi la recente pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza interpretativa di rigetto del 18 dicembre 2017, n. 272, con cui ha affrontato il tema della illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in riferimento alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost e dell'art. 8 della CEDU, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del medesimo. In tale pronuncia, è stato affermato che l'interesse⁶⁸ pubblico alla verità biologica dello *status filiationis* non può automaticamente prevalere sull'interesse concreto del minore al mantenimento della propria identità relazionale. Secondo la Corte, un corretto bilanciamento tra questi interessi contrapposti richiede un giudizio comparativo, che tenga conto delle conseguenze giuridiche e personali derivanti dall'accertamento della verità, affermando: «Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»⁶⁹.

Qual è, dunque, il peso da attribuire, nell'interesse superiore del minore, al mantenimento di un rapporto parentale stabile e consolidato rispetto al diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche, principio cardine del nostro ordinamento?

A livello sovranazionale, la Corte costituzionale ha richiamato le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Paradiso e Campanelli c. Italia* e *Mennesson e Labassee c. Francia*, sottolineando che la verità genetica può essere sacrificata in favore della tutela dell'identità affettiva e relazionale del minore, salvo che non emerga un concreto pericolo per la sua integrità fisica o morale. Anche alla luce di tali pronunce, la Corte italiana ribadisce che, sebbene la scelta di vietare la gestazione per altri rientri nel margine di apprezzamento degli Stati, la valutazione dei singoli casi deve sempre essere condotta alla luce dell'interesse preminente del minore. La Corte costituzionale, pur ribadendo il divieto della gestazione per altri nell'ordinamento italiano, evidenzia la necessità di procedere a una valutazione caso per caso, orientata al costante rispetto del superiore interesse del minore. L'attuazione dei

⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.4 del Considerato in diritto, «Non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

⁶⁷ G. M. LOCATI, *Indicazione nell'atto di nascita del genitore intenzionale*, in *Questione Giustizia*, 2023.

⁶⁸ L. CUCINOTTA, *La difficile ricerca dell'identità per i nati da gestazione per altri. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2, 2018, p. 195 s.

⁶⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 272 del 2017.

principi costituzionali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone infatti un bilanciamento tra il diritto alla verità biologica, spesso invocato per contestare il riconoscimento della genitorialità, e il diritto del minore a conservare un rapporto stabile e affettivamente significativo con la propria famiglia di fatto⁷⁰.

5. *Diritti individuali e tutela della dignità umana. Il nodo gordiano per i diritti della gestante*

La questione della compatibilità tra il contratto di surrogazione commerciale e i diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea — in particolare l'art. 3, par. 2, lett. c - e dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, si presenta come estremamente complessa e richiede un'analisi articolata. Il principio sancito dalla Carta di Nizza riflette un'esigenza fondamentale: la tutela della dignità della persona e dell'integrità del corpo umano. Tale principio trova ulteriore conferma nella Convenzione di Oviedo, che pur non affrontando esplicitamente la gestazione per altri, stabilisce una cornice etica e giuridica in materia di biomedicina, ponendo al centro la salvaguardia della dignità umana. In particolare, l'articolo 21 della Convenzione afferma che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto», una disposizione che solleva interrogativi rilevanti circa la liceità della surrogazione commerciale, ove la funzione gestazionale venga implicitamente monetizzata.

a surrogazione commerciale, nella quale è previsto un compenso economico per la madre surrogata, sembra entrare in conflitto con il principio del divieto di mercificazione del corpo umano, sancito tanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quanto dalla Convenzione di Oviedo. Questa forma di gestazione per altri rischia infatti di configurarsi come una modalità di sfruttamento, in cui il corpo della donna viene ridotto a strumento di procreazione per altri, minando la tutela della sua dignità e integrità fisica. Tali preoccupazioni sollevano interrogativi rilevanti sia in relazione allo status giuridico del bambino nato da surrogazione sia rispetto ai diritti delle madri committenti e delle gestanti.⁷¹ In particolare, la gestazione per altri nella sua dimensione commerciale può essere percepita come una forma di mercificazione del corpo femminile, soprattutto quando le donne coinvolte si trovano in condizioni di vulnerabilità economica e sociale e possono quindi diventare oggetto di pratiche lesive della loro libertà e autodeterminazione. Per tale ragione, diviene imprescindibile l'adozione di normative capaci di assicurare la piena tutela dei diritti delle madri surrogate, garantendo in particolare che esse prestino un consenso effettivamente libero, pienamente informato e non condizionato da pressioni economiche o sociali. In tale prospettiva, anche la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW) assume rilievo. Essa riconosce il diritto fondamentale di ogni individuo a beneficiare del progresso scientifico e tecnologico. Sebbene la gestazione per altri non fosse prevedibile al momento dell'adozione della Convenzione nel 1979 e quindi non vi sia espressamente contemplata, l'evoluzione delle scienze biomediche e le nuove sfide sociali

⁷⁰ L. CUCINOTTA, *La difficile ricerca dell'identità per i nati da gestazione per altri*, cit., p. 200.

⁷¹ L'articolo 10(h) della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1979 afferma che uomini e donne dovrebbero avere uguale accesso a «informazioni educative specifiche per contribuire a garantire la salute e il benessere delle famiglie, comprese le informazioni e i consigli sulla pianificazione familiare».

impongono oggi una rilettura critica delle sue disposizioni⁷². Resta pertanto centrale la questione di fondo: la pratica della gestazione per altri, nella sua dimensione commerciale, è realmente compatibile con il pieno rispetto della dignità della donna, oppure rischia di trasformarsi in una nuova forma di discriminazione e sfruttamento, mascherata da opportunità riproduttiva? Dinanzi alla retorica contraria alla legalizzazione della gestazione per altri – una posizione che, pur opponendosi alla pratica, non riesce a eliminarla dalla società – si assiste a un ulteriore meccanismo di soggiogazione, in cui alle donne viene di fatto negata la possibilità di disporre liberamente del proprio corpo. In tale contesto, si perpetua una forma di controllo sulle scelte riproduttive femminili, lasciando le donne sole nell'affrontare decisioni di estrema delicatezza e prive di un'adeguata tutela giuridica. L'argomentazione che associa la GPA alla mercificazione e oggettivazione del corpo femminile mostra tutta la sua fragilità nel momento in cui si fonda su una concezione morale astratta, spesso modellata da riflessioni speculative su valori etici il cui significato è storicamente e culturalmente determinato. I criteri morali che definiscono ciò che è giusto o sbagliato non sono universali, ma derivano da processi di socializzazione, dal contesto sociopolitico e dalle influenze culturali. Per questo motivo, il giudizio sulla GPA varia a seconda di come essa viene concettualizzata: come forma di lavoro, atto commerciale o gesto altruistico⁷³.

Se da un lato tecnologia e progresso scientifico avanzano a ritmo rapido, i cambiamenti culturali e sociali richiedono tempi molto più lunghi per affermarsi in modo compiuto. Nel caso della GPA, retaggi culturali ancora presenti tendono a percepirla come una pratica innaturale o aberrante, capace di sovvertire l'ordine biologico e di ridurre il corpo femminile a mero oggetto di scambio, in violazione del principio di dignità umana. Tuttavia, accanto a questa impostazione, oggi è possibile delineare una visione alternativa, fondata sul rispetto dell'autonomia e della dignità della donna, e al contempo sulla tutela del minore. Questa visione riconosce la possibilità che una donna scelga liberamente, in piena consapevolezza e anche a fronte di una compensazione economica, di portare avanti un progetto riproduttivo destinato ad altri, senza per questo essere privata del proprio status di soggetto autodeterminato.

Negli Stati Uniti d'America, attualmente tra i Paesi dotati del più articolato e consolidato apparato normativo in materia di surrogazione di maternità, sin dagli anni Ottanta sono state condotte numerose ricerche sul benessere psicofisico delle madri gestanti e dei bambini nati attraverso tale pratica. I dati emersi da questi studi hanno evidenziato, nella maggior parte dei casi, un'influenza positiva, contribuendo a una percezione più equilibrata della gestazione per altri. Questa lettura è stata confermata anche dalla giurisprudenza, in particolare dalla Corte Suprema della California nella sentenza *Johnson c. Calvert* del 1993. In tale decisione, la Corte ha affermato che, qualora la madre gestante scelga liberamente di aderire a un programma di GPA, non si possa configurare alcuna violazione della dignità umana, né si possa parlare di coercizione, sfruttamento o disumanizzazione della donna⁷⁴. Anzi, la Corte ha ritenuto che il contratto di surrogazione non fosse contrario all'ordine pubblico, né implicasse una preventiva e illecita rinuncia ai diritti genitoriali da parte della gestante. Secondo la Corte, la “vera madre” del bambino è da individuarsi nella persona che

⁷² I. R. PAVONE, *Medically Assisted Procreation and International Human Rights Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 159 s.

⁷³ N. HYDER-RAHMAN, *Commercial Gestational Surrogacy*, cit., p. 140.

⁷⁴ Nella motivazione della sentenza si legge: «... if her autonomous reproductive decision is voluntary, she should be held responsible for it so as to fulfil the expectations of the other parties» [5 Cal. 4th 107].

ha inteso generarlo, riconoscendo quindi la centralità del progetto genitoriale intenzionale. Inoltre, si è sottolineato che tutte le parti coinvolte – genitori committenti e madre surrogata – devono essere pienamente consapevoli dei propri diritti, incluso il diritto costituzionalmente garantito della gestante di interrompere la gravidanza, a riprova del fatto che la GPA, se correttamente regolamentata, può svolgersi nel rispetto dei diritti e della dignità di tutte le persone coinvolte⁷⁵.

In secondo luogo, la Corte Suprema della California ha escluso che la surrogazione configuri una forma di mercificazione del minore, negando che essa comporti una cessione della genitorialità. La gestazione per altri, infatti, viene intesa come una pratica che consente a una coppia sterile di avere figli propri, e pertanto non integra la fattispecie vietata penalmente del pagamento di corrispettivi in caso di adozione⁷⁶. L'evidente distanza concettuale e normativa tra surrogazione e adozione esclude anche la necessità di sottoporre i genitori intenzionali a una valutazione della loro idoneità genitoriale⁷⁷. La Corte rileva, inoltre, che ai sensi dello *Uniform Parentage Act* sia la gestante sia la madre genetica (o committente) potrebbero, in astratto, essere considerate madri, poiché la normativa riconosce tanto il parto quanto il legame genetico come criteri per l'attribuzione della maternità⁷⁸. Tuttavia, nel contesto della gestazione per altri, è determinante stabilire quale delle due donne abbia espresso, sin dal concepimento, l'intenzione di assumere il ruolo genitoriale. In questo senso, la Corte ha riconosciuto che la madre gestante, nel caso esaminato, non aveva espresso la volontà di essere considerata madre, ma anzi aveva manifestato l'intenzione opposta.

Ad oggi, la surrogazione di maternità è disciplinata nel *Family Code* della California, a seguito della legge entrata in vigore il 1° gennaio 2013. La normativa prevede che la volontà della gestante e dei genitori intenzionali – inclusi anche single o coppie dello stesso sesso – sia formalizzata in un accordo solenne, denominato *Written Assisted Reproduction Agreement for Gestational Carriers*. Tale accordo deve essere stipulato con l'assistenza legale indipendente per ciascuna parte, a garanzia della piena consapevolezza e libertà decisionale. I genitori intenzionali sono tenuti a coprire tutte le spese mediche, mentre la normativa non vieta esplicitamente un compenso ulteriore per la gestante, che risulta dunque lecito in assenza di un divieto espresso. Inoltre, come previsto dalla sezione 7962, lett. i, il contratto non può essere annullato dalle parti, salvo provvedimento giurisdizionale che ne accerti eventuali vizi. In forza dell'accordo e della volontà espressa dalle parti, il giudice può emettere – anche durante la gravidanza – un provvedimento che accerta la validità dell'intesa e riconosce i genitori intenzionali come unici titolari della responsabilità genitoriale, escludendo la gestante da qualsiasi diritto o obbligo genitoriale. Ai sensi della sezione 7962, lett. e, tale provvedimento consente la redazione dell'atto di nascita in base alla filiazione determinata dal giudice, superando le presunzioni legali di maternità e paternità legate al parto⁷⁹. L'assunto per cui una donna non potrebbe mai essere in grado di decidere in modo consapevole di portare in grembo e far nascere un bambino di altri viene smentito dai giudici californiani

⁷⁵ I giudici sottolineano come, nell'accordo fra la gestante e i genitori, fosse evidenziato che «All parties understand that a pregnant woman has the absolute right to abort or not abort any fetus she is carrying. Any promise to the contrary is unenforceable» [5 Cal. 4th 97].

⁷⁶ M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit.

⁷⁷ In California è previsto, in alcuni casi, che tanto la coppia di genitori che la gestante siano sottoposti a preventivi *screening* psicologici, ma gli stessi sono diretti a verificare l'attitudine di entrambe le parti ad affrontare la complessa vicenda della gravidanza per altre, e non a verificarne la capacità genitoriale.

⁷⁸ M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p.11.

⁷⁹ *Ivi*.

che invece sottolineano come sia un mero antico pregiudizio, basato su un retaggio culturale superato per cui le donne non godevano degli stessi diritti degli uomini. La surrogazione, se liberamente scelta e pienamente regolamentata, non solo non lede la dignità femminile, ma ne rappresenta una concreta espressione di autodeterminazione

Negare qualsiasi possibilità di autodeterminazione, anche quando la scelta della donna è libera, consapevole e priva di condizionamenti, finisce per riflettere «una costruzione che svaluta la capacità femminile»⁸⁰, rivelandosi essa stessa un pregiudizio lesivo della dignità della donna. In tale prospettiva, è importante rilevare come molte donne che accettano di portare avanti una gravidanza per altri non intendano essere considerate madri del bambino, ma desiderino piuttosto contribuire alla realizzazione del progetto genitoriale della coppia committente. Il nascituro, pertanto, è fin dall'inizio riconosciuto come figlio esclusivo di questi ultimi, in virtù di una chiara volontà espressa e condivisa. Di conseguenza, la presunta degradazione della dignità umana non può essere ricondotta alla donna che, in piena autonomia, sceglie di contribuire alla nascita di un bambino altrui, anche in cambio di un compenso. Al contrario, è proprio il riconoscimento della sua capacità di autodeterminarsi che costituisce l'autentica espressione del rispetto della dignità personale.

In ambito europeo, la prima Corte costituzionale ad affrontare in modo diretto la questione della legittimità della gestazione per altri è stato il Tribunale costituzionale del Portogallo⁸¹. Chiamato a pronunciarsi su una legge approvata dal Parlamento e disciplinante la *gestação de substituição*, il Tribunale ha riconosciuto nella scelta della donna una forma piena di espressione della propria personalità, del tutto coerente con il principio di dignità umana e, ancor più, con il principio di autodeterminazione⁸². La decisione della Corte portoghese ha segnato un passaggio rilevante nel dibattito europeo, in quanto ha riconosciuto alla donna la capacità di autodeterminarsi anche in ambito riproduttivo, rifiutando visioni paternalistiche e limitative fondate su una concezione statica della dignità.

Secondo la Corte costituzionale portoghese, ritenere che la gestazione per altri rappresenti sempre e comunque una forma di mercificazione della donna, o addirittura una riduzione a schiavitù, senza una valutazione attenta delle condizioni sociali, culturali ed economiche in cui tale scelta viene compiuta, rischia di sminuire la capacità di autodeterminazione femminile, ignorando il ruolo attivo e le motivazioni reali delle donne coinvolte. Una simile visione, osserva la Corte, trascura il fatto che anche durante la gravidanza — pur in una condizione di possibile vulnerabilità — la donna mantiene una piena connessione con il proprio contesto sociale e relazionale, conservando la propria soggettività e autonomia⁸³. La Corte sottolinea, inoltre, che nel caso di una GPA altruistica la donna realizza un progetto personale e, così facendo, esprime pienamente la propria individualità. In tale ottica, la pratica non rappresenta una degradazione⁸⁴ della dignità umana, bensì ne è un'affermazione concreta. La partecipazione alla gestazione per altri viene quindi

⁸⁰ B. PEZZINI, *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della gestazione per altri in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 95.

⁸¹ A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, cit., p. 184 s.

⁸² Nella pronuncia del *Tribunal Constitucional* del Portogallo, sentenza 24 aprile 2018 n. 225, par. 26 si legge chiaramente: «è pertanto manifestamente esagerato ritenere che la gestazione per altri implichi una subordinazione della donna incinta in tutte le dimensioni della sua vita, nell'interesse dei beneficiari, come se si trattasse di una situazione di appropriazione equivalente a una schiavitù temporanea consenziente. L'impegno che la gestante assume nei confronti dei beneficiari è limitato all'osservanza delle normali cure di qualsiasi gravidanza, al fine di poter adempiere, dopo la nascita, all'obbligo di partorire il bambino».

⁸³ M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., p. 14.

⁸⁴ *Ivi*, p. 28.

letta come espressione della libertà personale, radicata proprio nella dignità dell'individuo. Si tratta, in definitiva, di un riconoscimento giuridico della libertà femminile di decidere consapevolmente del proprio corpo e del proprio ruolo in un progetto genitoriale condiviso.

6. Conclusioni

La gestazione per altri rappresenta una complessa intersezione tra diritto, etica e biomedicina. L'analisi condotta ha evidenziato come la pratica della surrogazione di maternità costituisca un fenomeno articolato e controverso, che solleva interrogativi profondi, in particolare rispetto alla sua compatibilità con i principi fondamentali del diritto europeo, quali il divieto di mercificazione del corpo umano e la tutela della dignità della persona. Nonostante le differenti posizioni adottate dagli Stati membri e l'eterogeneità delle pronunce giurisprudenziali, il dibattito sulla GPA resta aperto e in continua evoluzione. È evidente la necessità di promuovere un confronto costruttivo tra giuristi, bioeticisti, decisori politici e società civile, al fine di elaborare un quadro normativo che, nel rispetto dei diritti fondamentali, sia capace di rispondere alle istanze di coloro che legittimamente aspirano alla genitorialità. Solo attraverso un dialogo aperto e trasparente sarà possibile individuare soluzioni equilibrate, che tengano conto della complessità della materia e delle diverse prospettive coinvolte. Pur potendo dare risposta a legittime aspirazioni procreative, la GPA comporta un delicato bilanciamento tra il diritto alla genitorialità e la salvaguardia della dignità umana.

Il divieto di mercificazione del corpo, sancito dall'art. 3, par. 2, lett. c, della Carta di Nizza e dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, si pone come un limite invalicabile alla gestazione commerciale, nella misura in cui ridurrebbe la donna gestante a mero strumento riproduttivo. Contestualmente, l'interesse superiore del minore — sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo — impone un approccio estremamente prudente e responsabile.

La questione centrale diventa, quindi, quella di «offrire adeguata tutela a un bambino che esiste, è terzo, leso e in buona fede»⁸⁵ nell'ambito di questa vicenda. Le nuove tecnologie riproduttive, insieme all'evoluzione dei costumi sociali, sollecitano interrogativi inediti e richiedono un costante aggiornamento del quadro giuridico. In tale contesto, la frammentazione normativa a livello europeo e la disomogeneità delle interpretazioni giurisprudenziali rendono sempre più urgente l'avvio di un dibattito approfondito e di un processo di armonizzazione legislativa. Tale armonizzazione, pur rispettando le specificità culturali e costituzionali di ciascun ordinamento, dovrebbe mirare a garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali e un approccio coerente e condiviso a livello sovranazionale.

⁸⁵ Espressione di G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 99.