

## LA MATERNITA' SURROGATA E LA TUTELA DEL BAMBINO TRA BEST INTEREST OF THE CHILD E DIRITTO ALLE ORIGINI\*

di Domenico Gabriele Nuzzolese\*\*

**Sommario.** 1. Premesse. – 2. Il principio del *best interest of the child* tra Italia ed Europa. – 3. Riflessioni sul diritto alle origini e sulla figura della madre gestazionale. – 4. Rilievi conclusivi.

247

**1. Premesse.** Da tempo si registra un'apertura a livello mondiale nei confronti della medicina riproduttiva.

È noto che in Italia, all'esito di un acceso dibattito riguardante la disciplina della procreazione medicalmente assistita<sup>1</sup>, il legislatore ha provveduto a disciplinare la materia con la l. n. 40/2004, con l'obiettivo di tutelare la salute procreativa quale aspetto del più generale diritto alla salute.

Particolare attenzione è stata riservata alla pratica della maternità surrogata o gestazione per altri (d'ora innanzi anche g.p.a.)<sup>2</sup>.

Attualmente la normativa italiana prevede, all'art. 12, c. 6, l. n.40/2004, 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».

\* Sottoposto a referendum.

\*\* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Sul tema, *ex plurimis*, cfr. L. Chieffi, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra "Le due culture"*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Napoli, 2015, 157 ss.; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), op. cit., 179 ss.; G. Cassano, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001; A. Nunziante Cesaro (a cura di), *Il bambino che viene dal freddo*, Milano, 2000; M. Dogliotti, *Inseminazione artificiale e rapporti di filiazione*, in *Giur.it*, 1991, I, 2, 73; P. Perlingeri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 143 ss.; T. Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e aspettative*, in *Quadrimestre*, 1986, 22 ss.; V. Lojacono, voce *Inseminazione artificiale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1971, 759.

<sup>2</sup> La dottrina sul tema è sconfinata, ma ai fini del presente lavoro si segnala F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; D. Mazzamuto, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2020, 393 ss.; A. Gusmai, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *Federalismi.it*, 23, 2017, 1-25; I. Parisi, *Minore nato all'estero da gestazione per altri: rinviata alla Corte costituzionale la decisione sul riconoscimento dello status di filiazione*, in *Ilfamiliarista*, 3 luglio 2020; R. Zamperini, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e best interest of the child*, in *GiustiziaCivile.com*, 2020; V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2020, 1109 ss.; F. Azzarri, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, 6, 2020, 767; G. De Marzo, *Alla Corte costituzionale la questione della riconoscibilità dell'atto di nascita relativo a minore nato da maternità surrogata*, in *Il Foro Italiano*, 29 aprile 2020; 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*, Napoli, 2017; per un'analisi a livello internazionale cfr. K. Trimmings, P. Beaumont, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, London, 2013.

La surrogazione di maternità viene punita perché trattasi di contratto con natura illecita, in cui la madre surrogata sarebbe mero strumento nelle mani dei genitori intenzionali, che pongono i propri desideri al di sopra di tutto e di tutti<sup>3</sup>.

Al fine di aggirare tale divieto, da tempo si assiste ad un vero e proprio turismo procreativo<sup>4</sup> negli Stati ove, invece, questa pratica è ammessa.

L'*iter* prevede, infatti, che successivamente al momento del parto, il bambino nato da tale pratica venga registrato dall'Ufficiale di Stato civile dello Stato in cui è avvenuta la nascita, il quale rilascia un attestato che dovrà essere poi trascritto nello Stato di provenienza dei genitori intenzionali.

Proprio quest'ultimo passaggio ha dato vita ad un costante intervento dei giudici, poiché nella maggior parte dei casi l'Ufficiale di Stato civile del Comune italiano si è rifiutato di trascrivere l'atto di nascita per problemi legati soprattutto al rapporto instaurando con il genitore d'intenzione, spostando, così, la discussione nelle aule dei tribunali.

Tutto ciò offre l'occasione per tornare a riflettere sulla protezione della dignità umana, dei diritti dei bambini e delle donne interessati da questa pratica<sup>5</sup>.

In particolare, ci si soffermerà sulla tutela del bambino nato da maternità surrogata alla luce del *best interest of the child*, in relazione al rapporto con il genitore d'intenzione, ma anche e soprattutto al rapporto con la madre gestazionale ed il connesso diritto alla ricerca delle proprie origini.

**2. Il principio del *best interest of the child* tra Italia ed Europa.** Il principio del *best interest of the child*<sup>6</sup> trova esplicita enunciazione nell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989<sup>7</sup>.

In ambito europeo, pur in assenza di una disposizione espressa nella Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950, tale principio si è affermato attraverso la giurisprudenza della Corte di

<sup>3</sup> In tali termini cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 2173/2019.

<sup>4</sup> In termini critici circa l'utilizzo di questa locuzione cfr. A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie e disuguaglianze*; L. Lombardi, S. De Zordo (a cura di), Milano, 2013, 111 ss.

<sup>5</sup> Sul punto M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 2; L. Chieffi, P. Giustiniani, *Dalla bioetica delle tecnologie avanzate alla bioetica quotidiana*, in L. Chieffi, P. Giustiniani (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 1 ss.

<sup>6</sup> Sul tema si rimanda a E. Lamarque, *Diritti fondamentali del minore d'età e best interest of the child*, in *Giustizia insieme*, 2023; M.R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2022; M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021; B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 2017; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.; Id., *«Best interest of the child» o «best interests of children»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; Id., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148-149; A. C. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, in M. T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono, D. Ziino (a cura di), *Scritti sul minore. In memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, 296 ss.; P. Martinelli, J. Moyerson, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Min. giust.*, 2011, 7 ss.; L. Giacomelli, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?* e S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, 467 ss. e 505 ss.

<sup>7</sup> «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Strasburgo<sup>8</sup>, nonché, grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 24) ed alle sentenze della Corte di Giustizia UE<sup>9</sup>.

È noto che la Corte costituzionale italiana ha parlato per la prima volta del *best interest of the child* in relazione ai casi di adozione nella sentenza n. 11/1981<sup>10</sup>, richiamata anche nella più recente giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto la pratica della maternità surrogata. Altrettanto nota è l'influenza esercitata negli orientamenti del giudice costituzionale italiano oltre che del giudice della nomofilachia dai pronunciamenti della Corte di Strasburgo.

A quest'ultimo riguardo non si possono non citare le sentenze gemelle della Corte EDU *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, nonché la sentenza della *Grand Chambre* del 24 gennaio 2017 sul caso *Paradiso Campanelli c. Italia*<sup>11</sup>, ed infine l'*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*<sup>12</sup>, reso su sollecitazione della *Cour de Cassation* francese e adottato sulla base del Protocollo 16 (non ratificato dall'Italia).

Le prime due hanno statuito che il diritto alla vita privata esiga che ognuno debba poter costruire la propria identità personale, anche sotto il profilo dello *status filiationis*<sup>13</sup>.

Perciò, i bambini che nascono mediante ricorso alla g.p.a., anche negli Stati parte che ne vietino l'utilizzo e nel caso in cui ci sia il contributo genetico di almeno uno dei due genitori, devono poter ottenere un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che ne hanno voluto la nascita<sup>14</sup>.

Il caso *Paradiso Campanelli c. Italia* è stato invece più problematico, perché qui il bambino nato dalla pratica della maternità surrogata era privo del contributo genetico di almeno uno dei due membri della coppia. In questa occasione la definizione di vita familiare adottata dalla *Grand Chambre*<sup>15</sup> è stata strettamente connessa ai legami biologici, nonché alla relazione duratura con il minore<sup>16</sup>. Quindi, nella fattispecie<sup>17</sup> la breve durata della relazione con il bambino e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico (malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale, nonché la qualità dei legami affettivi), non hanno consentito di ritenere concretizzata una vita familiare *de facto*<sup>18</sup>. È sembrata perciò allontanarsi la concezione di «vita familiare» fondata sul requisito «qualitativo» della relazione privilegiando la durata temporale

<sup>8</sup> A tal fine la Corte EDU ha fatto riferimento all'art. 8 della Convenzione, letto in combinato disposto con l'art. 14 sul divieto di discriminazione. Per un attento approfondimento dell'evoluzione del *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, 2019.

<sup>9</sup> *Ex multis* C-400/10 PPU, *J. McB. c. L. E.*

<sup>10</sup> In un caso di adozione e contestuale affidamento di un bambino, si è ritenuta necessaria «La ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona», cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 11/1981, parte 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>11</sup> Per un approfondimento si veda L. Ferraro, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero*, in L. Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*. Atti del seminario di Napoli 30 settembre 2016, Napoli, 2018, 201 ss.; C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2017.

<sup>12</sup> Corte EDU, *Grand Chambre*, 10 aprile 2019.

<sup>13</sup> Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/2011, *Mennesson c. Francia*, par. 96.

<sup>14</sup> Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/2011, *Mennesson c. Francia*, par. 100.

<sup>15</sup> Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

<sup>16</sup> R. Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità*, in L. Chieffi (a cura di) op.cit., 150. Cfr. la citata sentenza, par. 151-158.

<sup>17</sup> In questa occasione è stato deciso diversamente rispetto a quanto statuito dalla seconda sezione della Corte EDU nel 2015 - la quale aveva rilevato tra i genitori e il bambino l'esistenza di una vita familiare *de facto* proprio per via della presenza dei genitori intenzionali nelle prime tappe di crescita del bambino, configurando l'allontanamento di quest'ultimo dai genitori intenzionali quale *extrema ratio*.

<sup>18</sup> Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, par. 157.

della convivenza<sup>19</sup>.

Nel terzo caso, invece, la Corte EDU ha ritenuto che il rapporto con il genitore intenzionale non debba conseguire ad un automatico riconoscimento e quindi ad una diretta trascrizione nel registro di Stato civile del certificato emesso all'estero, bensì è necessario individuare modalità diverse, come per esempio l'adozione, con l'obiettivo di rimuovere lo Stato di incertezza *as short lived as possibile*, proprio sempre in funzione del *best interest of the child*.

Ebbene, tali provvedimenti incentrati sul principio del «miglior interesse del minore» nel ricercato rapporto con il genitore intenzionale, hanno prodotto ricadute nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità italiana.

Infatti, per le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 12193/2019)<sup>20</sup> per dar vita ad un rapporto tra genitore intenzionale e figlio, sulla base del suo miglior interesse, non occorre procedere con il riconoscimento automatico e quindi con la diretta trascrizione dell'atto di nascita straniero nell'ordinamento italiano, bensì con l'adozione in casi particolari<sup>21</sup>.

Numerosi, tuttavia, sono stati i dubbi circa l'idoneità di tale istituto a garantire il principio del miglior interesse del bambino nato da surrogazione, soprattutto in ragione della scarsa celerità delle procedure.

Infatti, nella successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2021<sup>22</sup>, partendo dalla considerazione che tale forma di adozione non garantisce «quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU»<sup>23</sup>, si è ritenuto che l'adozione in casi particolari «costituisca una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»<sup>24</sup>. Questo perché non solo non attribuisce la genitorialità all'adottante, ma crea incertezze sul rapporto di parentela nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli. E, inoltre, tale forma di adozione richiede «per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore biologico (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita»<sup>25</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici costituzionali hanno, così, concluso che spetta al legislatore tutelare *in primis* la figura del bambino nato da maternità surrogata, individuando una soluzione che tenga conto di tutti i diritti e principi coinvolti.

<sup>19</sup> C. Masciotta, *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare"*, in op.cit., 10 ss.

<sup>20</sup> Per un commento cfr. F. Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno il punto sull'ordine pubblico e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 185 ss.; G. Salvi, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 1625 ss.; A. Renda, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 46; M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Fam. e dir.*, 2019, 653.

<sup>21</sup> Sull'adozione in casi particolari, v. S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, in *GenIus*, 2023; B. Polisenio, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 2019; A. Giusti, *L'adozione in casi particolari*, in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2015.

<sup>22</sup> Per un approfondimento, cfr. *ex plurimis* A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021, 221; G. Barcellona, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2021; E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos*, 2021.

<sup>23</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 33/2021, punto 1.3. del *Ritenuto in fatto*.

<sup>24</sup> *Ivi*, punto 5.8. del *Considerato in diritto*.

<sup>25</sup> *Ivi*.

Una correzione dei limiti dell'adozione in casi particolari, già segnalati nella giurisprudenza della Corte costituzionale n. 33/2021, emergono dalla sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022<sup>26</sup>.

In tale occasione la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che «Il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'articolo 3 della Costituzione, il bambino adottato in casi particolari rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli articoli 31, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>27</sup>.

Tale statuizione ovviamente riverbera i suoi effetti anche sull'ipotesi dei minori nati da maternità surrogata, di cui si occupa specificamente la sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>28</sup>.

In tale pronuncia i giudici della nomofilachia, riprendendo proprio la suddetta sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022, hanno ribadito che anche l'adozione del minore in casi particolari avrebbe potuto far nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante. Ed infatti l'adozione in casi particolari non solo stabilisce un legame di filiazione con l'adottante, ma integra l'adottato nella sua famiglia, facendogli acquistare lo status di figlio<sup>29</sup>. Questo perché alla base della domanda di adozione sussiste una condivisione tra il genitore sociale e il genitore biologico di un progetto procreativo che integra chiaramente un rapporto di costante affetto e cura all'interno dell'unica famiglia nella quale il bambino è cresciuto<sup>30</sup>.

Il giudice, così, riconosce i legami familiari con il genitore intenzionale anche per l'adottato in casi particolari, con il suo inserimento nell'ambiente familiare dell'adottante, ha ritenuto, tuttavia, che il riconoscimento indiscriminato e automatico, mediante la trascrizione o la delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, finirebbe per legittimare in maniera indiretta una pratica degradante, che non valorizzerebbe, invece, il miglior interesse del bambino «attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi».

Pertanto, non è stato ancora messo un punto fermo sulla questione. Spetta attualmente sempre al giudice decidere caso per caso, in attesa di un quantomai opportuno intervento del legislatore<sup>31</sup>, che possa offrire un quadro più chiaro alla questione, soprattutto tenendo conto dei progressi della scienza medica e delle necessità di tutela del bambino attraverso il riconoscimento del rapporto giuridico con il genitore d'intenzione.

<sup>26</sup> Per un commento si veda M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022.

<sup>27</sup> Comunicato della Corte costituzionale, 24 febbraio 2022.

<sup>28</sup> Si consenta rimandare a D.G. Nuzzolese, *La maternità surrogata alla luce del dialogo tra Corti. Un commento alla sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *PasSaggi Costituzionali*, Atene, 2023, 481 ss.

<sup>29</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 38162/2022, parte 10 dei *Motivi della decisione*.

<sup>30</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 38162/2022, parte 11 dei *Motivi della decisione*.

<sup>31</sup> Sul ruolo espansivo del giudice la dottrina è sconfinata, ma ai fini del presente lavoro si veda almeno: A.M. Nico, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in Della Morte (a cura di), *La disuguaglianza nello Stato costituzionale*, Torino, 2016, 331; R.G. Rodio, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2019, 137; M. Luciani, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 204; Cfr. M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3823 ss.; G. Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Relazione al Convegno di Brescia del 24 novembre 2017 "Crisi e giustizia e (in)certezza del diritto", in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2017, 5-20 ed ora in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 59 ss.

**3. Riflessioni sul diritto alle origini e sulla figura della madre gestazionale.** Meno trattato in sede giurisprudenziale il tema del rapporto tra bambino nato attraverso g.p.a. e madre gestazionale, soprattutto in relazione al diritto del bambino di conoscere le proprie origini, sempre in vista del *best interest of the child*.

Al riguardo, ci si deve interrogare, infatti, sulla conformità a tale principio dell'interruzione definitiva, dopo il parto, di qualsiasi legame con colei che ha generato il bambino<sup>32</sup>, con conseguente destrutturazione del rapporto materno e negazione della possibilità di conoscere la propria identità e le proprie origini<sup>33</sup>.

Una risposta a tale quesito proviene dalla Corte EDU, secondo la quale l'interesse superiore del minore comporta non solo l'esigenza di superare profili di incertezza sulla propria identità, ma anche proprio la possibilità di conoscere le proprie origini<sup>34</sup>.

Attualmente in Italia il principio del diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche è sancito nell'art. 28, c. 7, l. n. 184/1983, come sostituito dall'art. 177, c. 2, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, che riconosce in caso di adozione un diritto/dovere di informazione nei confronti dell'adottato.

Tuttavia, la circostanza che tale diritto di ricostruire le proprie origini, previsto per l'adozione e per il parto in anonimato, non sia al momento espressamente previsto anche in relazione alle ipotesi di cui alla l. n. 40/2004<sup>35</sup>, potrebbe configurare una palese violazione del principio di uguaglianza.

Il diritto alla ricerca delle origini potrebbe permettere di non considerare il bambino come mero mezzo di scambio solo al fine di soddisfare l'interesse degli adulti ad una genitorialità<sup>36</sup>, offrendogli così maggiore dignità proprio nella realizzazione del *best interest*.

Tale prospettiva non solo per dare l'opportunità al bambino di conoscere la propria storia per il proprio futuro<sup>37</sup>, ma anche stabilire una relazione, seppur minima, con la gestante, scongiurando qualsiasi tipo di lesione eventuale del benessere del minore<sup>38</sup>, che altrimenti

<sup>32</sup> S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, 2017, 86.

<sup>33</sup> Sul punto cfr. le riflessioni fatte da I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 111; N. Corbo, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata*, in cit., 61 ss.

<sup>34</sup> Corte Edu, *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*, n. P16-2018-001 Par. 41. in cui i giudici hanno affermato che «Dans le contexte de la gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. Il inclut d'autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention, tels que la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui voir *Paradiso et Campanelli, précité*, § 202) et la possibilité de connaître ses origines (voir, par exemple, *Mikulic c. Croatie*, no 53176/99, §§ 54-55, CEDH 2002-I)».

<sup>35</sup> I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate*, cit., 13 ribadisce che, mentre nell'adozione e nel parto in anonimato viene fortemente sottolineata l'importanza del legame di sangue, delle radici biologiche e del diritto fondamentale di conoscere le origini, nei casi di maternità surrogata viene evidenziato, invece, il valore del rapporto familiare, indipendentemente dai legami genetici. Infatti, in tali casi viene valorizzata la necessità di preservare la continuità della relazione affettiva ed educativa con i genitori intenzionali, nell'ottica del superiore interesse del minore, che però in questo contesto non è associato al diritto di conoscere le proprie vere origini, e ancor meno al diritto di non avere un'identità frammentata.

<sup>36</sup> Cfr. L. Chieffi, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, in *Nomos*, 2019, 7 ss. che propone un approfondimento della tematica attraverso il richiamo a pellicole cinematografiche.

<sup>37</sup> Che potrebbe fondare un vero e proprio diritto a ricevere le informazioni sulle proprie origini da parte dei propri genitori, come sostiene N. Corbo, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata* cit. 65.

<sup>38</sup> M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., 88; sul punto cfr. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S.

sarebbe de tutto recessivo rispetto all'interesse degli adulti di diventare genitori. Ciò al fine di impedire di trasformare il figlio nato attraverso questa pratica, da «soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui»<sup>39</sup>.

Sarebbe opportuno che il principio del *best interest of the child* orientasse in maniera mirata le scelte del legislatore in tema di maternità surrogata e di ricerca delle proprie origini, garantendo perlomeno la conoscenza delle informazioni necessarie per la storia biologica del bambino, ferme restando le difficoltà del riconoscimento di un vero e proprio diritto ad instaurare e mantenere un rapporto con la madre gestazionale, che implica più delicati bilanciamenti degli interessi in causa<sup>40</sup>.

Dovrebbe configurarsi, altresì, un diritto/dovere da parte dei genitori di informare anche il bambino nato da maternità surrogata (così come già accade per i casi di adozione e parto in anonimo) del modo in cui è venuto al mondo, della non coincidenza tra genitori sociali e biologici e quindi della non corrispondenza tra il patrimonio genetico dell'uno e degli altri<sup>41</sup>. Tanto al fine di evitare gli effetti negativi di un'eventuale scoperta accidentale, di non semplice gestione dal punto di vista psicologico per il bambino<sup>42</sup>.

È necessario, dunque, individuare dei percorsi idonei alla tutela di un diritto alla conoscenza delle origini tra soggetto nato da maternità surrogata e madre gestazionale, non solo per ragioni, potremmo dire, «esistenziali», per ricomporre «i tasselli della propria storia di vita»<sup>43</sup>, ma anche e soprattutto per fini sanitari, per conoscere l'esistenza di patologie geneticamente trasmissibili, per curarle e prevenirle<sup>44</sup>, a tutela del diritto alla salute *ex art.* 32 Cost. e nel rispetto del principio di uguaglianza tra i cittadini<sup>45</sup>.

È stata proprio la Corte costituzionale, in relazione ai casi di adozione, a chiarire che la conoscenza delle proprie origini rappresenta un presupposto indefettibile per l'identità personale dell'adottato, integrando un diritto fondamentale già tutelato dalla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>46</sup>.

Parimenti i Giudici di Strasburgo hanno ricordato che «l'articolo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale», al quale sviluppo contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori<sup>47</sup>.

Tale diritto alla ricerca delle origini potrebbe, peraltro, trovare più agevole tutela ove

Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>39</sup> S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, 2017.

<sup>40</sup> L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIus*, 2016, 53.

<sup>41</sup> I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate*, cit., 5.

<sup>42</sup> I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate*, cit., 6.

<sup>43</sup> L. Conte, *La famiglia – Istituti e istituzione nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2020, 144.

<sup>44</sup> *Ivi*, 144; I. Carlotto, *Maternità surrogata e identità frammentate*, in cit., 6 ss.

<sup>45</sup> M. Ranieri, *Le origini nel diritto e il diritto a conoscere le proprie origini*, Roma, 2019, 289.

<sup>46</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 278/2013, punto 4 del *considerato in diritto*.

<sup>47</sup> Corte EDU, sez. II, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/2009, *Godelli c. Italia*, Par. 46; Corte EDU, sez. I, 7 febbraio 2002, ricorso n. 53176/99, *Mikulic c. Croazia*, par. 54 e 64; recentemente la stessa Corte EDU, proprio in un caso di adozione e di ricerca delle informazioni sanitarie dell'adottato, ha ribadito che nel diritto al rispetto della vita privata rientra anche il diritto a conoscere le proprie origini. Questo impone, perciò, che le autorità nazionali debbano decidere sulla base di un bilanciamento tra il diritto dell'adottato e il diritto della madre biologica che ha chiesto l'anonimato, escludendo la conformità alla Convenzione di una automaticità del rifiuto di fornire qualsiasi informazione (Corte EDU, sentenza 14 maggio 2024, ricorso n. 20949, *Mitrevska c. Macedonia del Nord*, par. 41, 46, 52).

prevallesse una logica di garanzia anche della madre gestazionale, come di seguito si proverà a spiegare.

Ed invero il legislatore è chiamato a farsi carico anche della protezione della madre surrogata<sup>48</sup>, con l'obiettivo innanzitutto di evitare che la donna sia strumento in mano alle future famiglie<sup>49</sup> e che nella prospettiva di un ritorno economico possa mettere a rischio il proprio stato di salute e quello del bambino.

È utile in questa direzione osservare quanto accade in Paesi in cui la g.p.a. è stata non liberalizzata, bensì regolata, come in Portogallo<sup>50</sup>, dove è previsto il divieto di qualsiasi pagamento per la gestazione per conto d'altri e riconosciuto come legittimo esclusivamente il rimborso del valore corrispondente alle spese sostenute per l'assistenza sanitaria, purché debitamente documentate<sup>51</sup>.

La gratuità della pratica, oltre ad evitare discriminazioni all'accesso a danno delle classi meno abbienti, è lì considerata proprio un modo per preservare la salute della gestante per conto d'altri<sup>52</sup>, poiché la prospettiva di un guadagno potrebbe spingere le donne a correre seri rischi e a celare informazioni cruciali sul proprio stato sanitario<sup>53</sup>; potrebbe, certo, anche disincentivare le donne ad offrirsi<sup>54</sup>, ma è proprio la logica del dono che implica questo rischio, a fronte, però, di innumerevoli vantaggi, *in primis* il non configurare la madre gestazionale come mezzo, bensì come soggetto che, nell'offrire la sua persona con l'obiettivo di donare felicità ed una nuova vita, potrebbe anche non avere remore – una volta escluso il disvalore etico e giuridico del gesto - a mettere a disposizione tutte le informazioni necessarie su di sé, notizie veritiere e non necessariamente segretate in maniera assoluta, con positive ricadute, quindi, anche sulla possibilità di ricostruire le proprie origini per i bambini nati da queste pratiche.

**4. Rilevi conclusivi.** Il dato che emerge, quindi, è che la l. n. 40/2004 si è limitata esclusivamente a fissare dei divieti, senza tener conto dell'attuale contesto sociale. Tali divieti, infatti, si fondano «sulla fallace convinzione che la legge possa artificialmente ripristinare l'ordine naturale scardinato dai progressi tecnologici»<sup>55</sup>, ma che rischiano di trasformarsi in «odiose discriminazioni di carattere sociale, poiché le pratiche vietate, alla fine dei conti, finiscono col restare precluse solo a chi non ha la capacità economica per realizzarle all'estero»<sup>56</sup>.

Il legislatore dovrebbe interrogarsi, perciò, se una legge così restrittiva come la n. 40/2004, i cui effetti sono spesso attenuati dalla giurisprudenza, sia in sintonia con le esigenze della società ed al fine di evitare che la giurisprudenza diventi «una sorta di muro del pianto al cui

<sup>48</sup> Persona, che, al pari del bambino, gode di diritti fondamentali cfr. L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 119 ss.

<sup>49</sup> Infatti, molto spesso si tratta di donne molto giovani, che vivono in contesti non semplici, le quali al fine di ottenere un guadagno e anche in parte per via della scarsa esperienza, si prestano a queste attività, con il rischio di affrontare crisi personali e psicologiche, soprattutto in casi di particolare fragilità. Sul tema A. Ruggeri, C. Salazar, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, 2017, 143; sul punto cfr anche Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Human Rights and Ethical Issues Relates to Surrogacy. Revised Draft Report*, a cura di Petra De Sutter, 2016, 3.

<sup>50</sup> Il riferimento è alla legge n. 32/2006 (*Procriação medicamente assistida*) successivamente novellata dalla l. n. 72/2021 e n. 90/2021.

<sup>51</sup> art. 8., n.5 da LPMA.

<sup>52</sup> È interessante notare che la legge portoghese limita la g.p.a. alle sole donne che abbiano già affrontato un percorso gestazionale e quindi con un certo grado di esperienza e maturità.

<sup>53</sup> A. Coutinho, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, Coimbra, 2022, 154.

<sup>54</sup> E. Lamm, *Gestación por substitución – Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013, 275.

<sup>55</sup> C. Iannello, *La maternità surrogata e il ruolo della legge: dal divieto generalizzato a un bilanciamento più mite?*, cit., 173.

<sup>56</sup> *Ivi*, 174.

cospetto reclamiamo la garanzia di aspettative che avevamo riposto nello Stato di diritto»<sup>57</sup> dovrebbe affrontare il complesso problema delle disuguaglianze generate dalle moderne tecniche riproduttive, garantendo i diritti dei figli nati tramite queste pratiche, nonché i diritti e i doveri delle madri gestazionali<sup>58</sup>, andando a «rimuovere [gli] ostacoli, come dice con bella lingua l'articolo 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza. Non solo ostacoli di fatto, radicati nel costume o nell'economia, ma ostacoli essi stessi giuridici»<sup>59</sup>.

Pur dando atto che l'apporto dei giudici è risultato fondamentale per assicurare il principio del *best interest of the child* nella materia *de qua* e pur consapevoli del fatto che alle volte fa «meno danni» una «non legge» rispetto ad una «cattiva legge»<sup>60</sup>, si deve considerare che nei Paesi di *civil law* come il nostro un'attività da parte del giudice non supportata da una base legislativa, potrebbe portare ad esiti anche troppo divergenti, pur in presenza di casi oggettivamente uniformi.

E d'altro canto una disciplina caratterizzata da eccessiva rigidità si scontrerebbe, con l'enorme varietà dei casi stessi, come ampiamente dimostrato dalle diverse fattispecie prospettatesi in ambito biogiuridico<sup>61</sup>, sicché sempre e comunque «v'è da augurarsi che non si debba rinunciare alla valutazione, alla saggezza all'equilibrio e alla responsabilità del giudice nella valutazione e nella decisione del caso concreto»<sup>62</sup>.

**Abstract.** Il presente contributo propone delle riflessioni sul tema della maternità surrogata, soffermandosi sul contributo delle Corti a tutela dei bambini nati da tale pratica alla luce del loro 'miglior interesse' e diritto alle origini, nonché sull'esigenza di chiari interventi normativi in materia, per superare i limiti del ruolo di supplenza esercitato dai giudici nella perdurante inerzia del legislatore.

**Abstract.** This paper proposes a reflection about the topic of gestational surrogacy, focusing on the contribution of the Courts to protect the children born by this practice in view of their best interests and their right to the origins, as well as on the need of obvious regulatory intervention in such matters, to overcome the limits about the role of substitution exercised by the judge in the ongoing inertia of the legislator.

**Parole chiave.** Maternità surrogata – diritto alle origini – miglior interesse del bambino.

**Key words.** Gestational surrogacy – right to the origins – best interest of the child.

<sup>57</sup> A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it. a cura di D. Bifulco, Roma, 2007, 276 ripreso da A. Ruggeri, C. Salazar, op.cit., 147.

<sup>58</sup> L. Dell'Atti, op.cit., 258.

<sup>59</sup> S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 12.

<sup>60</sup> A. Ruggeri, C. Salazar, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*, cit., 140.

<sup>61</sup> *Ivi*, 140.

<sup>62</sup> G.M. Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 8.