

Questioni di attualità

## Le sfide contemporanee dell'adozione

L'evoluzione dell'istituto dell'adozione alla luce delle recenti pronunce delle corti europee e nazionali

di Tessa Onida

## Il tema

La recente sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo del 22 giugno 2023, *Modanese e Altri c. Italia*<sup>1</sup> offre all'interprete la possibilità di fare una riflessione sul processo evolutivo che sta interessando – nel silenzio, almeno finora, del legislatore – l'istituto giuridico dell'adozione sulla spinta della necessità di offrire una disciplina normativa chiara e in sintonia con i principi sovranazionali e nazionali posti al vertice del nostro ordinamento giuridico, in particolare nei casi di cittadini italiani che si recano in altri Paesi per avere dei figli ricorrendo alla gestazione per altri (d'ora in avanti GPA) utilizzando, quindi, una pratica vietata dalla legge italiana<sup>2</sup>. Sono, infatti, sempre più frequenti nella pratica, alle anagrafi, le richieste di coppie (etero o omosessuali) di trascrizione di atti di Paesi stranieri nei quali sono stati riconosciuti come genitori di un bambino<sup>3</sup> nel Paese nel quale hanno fatto ricorso alla GPA anche senza avere con il neonato alcun legame genetico-biologico. Si tratta dei c.d. genitori intenzionali che partecipano, fin dall'inizio, al progetto di filiazione e che, pur non essendo geneticamente genitori del neonato, chiedono tuttavia di veder riconosciuto e tutelato il loro rapporto con il bambino anche (meglio, soprattutto) nell'interesse di quest'ultimo. È questo un profilo sul quale si è chiaramente espressa la Corte europea per i diritti dell'uomo ormai quasi dieci anni fa (cfr. le sentenze *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia* del 2014) e che, a oggi, si può

- 1 Corte europea per i diritti dell'uomo, sez. I, sentenza 22 giugno 2023, *Modanese & Altri c. Italia*, ricorso n. 59054/19.
- 2 Più esattamente si tratta della pratica di procreazione medicalmente assistita in cui una donna si assume l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di un'altra persona o di una coppia a cui verrà affidato il nascituro. A tal proposito è bene precisare che la GPA può avvenire con "materiale genetico" proveniente dalla coppia che ricorre alla pratica di procreazione medicalmente assistita, da uno solo dei membri della coppia (ed è il caso più comune), ma anche con materiale genetico che non proviene da nessuno dei due (o della singola persona che vi ricorre). In Italia tale pratica è vietata dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 la cui disciplina prevede che «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600 mila a un milione di euro*». Divieto ribadito dalla Corte costituzionale nelle due sentenze del 2021 (Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33) in cui la Consulta e i giudici di legittimità hanno ritenuto non potersi applicare gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 sullo *status filiationis* dei nati da GPA, trattandosi di pratiche vietate (ex articolo 5 e/o 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).
- 3 In questo lavoro abbiamo talvolta ritenuto preferibile mantenere il termine bambino/a utilizzato nella sentenza perché il minore nello specifico è un minore molto piccolo, appena nato.



Piazza SS. Annunziata, 12 · 50122 Firenze  
tel. 055 2037363 · fax 055 2037205  
biblioteca@istitutodeglinnocenti.it  
[minori.gov.it](http://minori.gov.it)  
[minoritoscana.it](http://minoritoscana.it)  
[istitutodeglinnocenti.it](http://istitutodeglinnocenti.it)

Il presente documento fa parte di *Rassegna giuridica infanzia e adolescenza*, periodico trimestrale già registrato presso il Tribunale di Firenze con n. 4963 del 15/05/2000.

verosimilmente considerare un punto pacifico nel dibattito in essere<sup>4</sup>, mentre non è affatto pacifico quale forma giuridica debba essere utilizzata per raggiungere questo risultato. Il punto sul quale ci si interroga è, infatti, soprattutto questo: si deve, in virtù dell'importanza degli interessi in gioco e delle disposizioni contenute negli articoli 8 e 14 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU), superare il divieto di trascrizione esistente nel nostro ordinamento giuridico di un atto che è contrario all'ordine pubblico e accogliere le richieste dei ricorrenti indicandoli all'anagrafe *tout court* come genitori, anche quando si tratta di genitori intenzionali? È questo l'interrogativo a cui la recente sentenza *Modanese e Altri c. Italia* della Corte europea per i diritti dell'uomo tenta di rispondere, fornendo una lettura della questione che per molti versi si allinea anche a quella che emerge da alcune recenti pronunce dei nostri massimi organi giurisprudenziali. Il tutto tenendo tuttavia sempre presente che il tema della regolamentazione giuridica delle tecniche procreative che permettono di concepire un essere umano prescindendo dall'unione fisica di un uomo e di una donna, pone delle problematiche sia a

4 Tale punto, almeno in ambito nazionale, non era affatto pacifico fino a poco tempo fa, ma verso di esso sono dovuti convergere anche i giudici nazionali perché non era accettabile negare una tutela adeguata ai bambini nati mediante GPA i quali, infatti, in assenza di uno "sforzo interpretativo" sarebbero stati privi di ogni diritto e, quindi, di ogni tutela nei confronti del genitore di intenzione che *ex lege* non poteva riconoscerli. Non a caso, per descrivere la loro situazione, è stata coniata l'espressione di figli irriconoscibili e quindi, di fatto, di bambini e bambine in una situazione deteriore rispetto anche ai figli nati da un rapporto incestuoso che, viceversa, possono essere riconosciuti se questo risponde al loro interesse. Emblematico di ciò che può avvenire se non si riconosce nessun valore al rapporto tra il neonato e i genitori di intenzione è stato il caso affrontato nella sentenza della Corte per i diritti dell'uomo *Paradiso e Campanelli c. Italia* nel 2015 che fu la prima sentenza nella quale i giudici di Strasburgo si sono trovati a dover giudicare sulla maternità surrogata per sola gestazione totalmente eterologa e, dunque, in assenza di legame biologico tra i genitori e il nato. Tale caso ha avuto per protagonista una coppia italiana che si è recata in Russia per concepire un bambino con un processo - come detto - totalmente eterologo; al loro rientro in Italia in virtù dell'assenza del legame genetico-biologico tra genitori intenzionali e bambino fu aperta dal giudice competente una procedura di adottabilità del minore all'esito della quale venne predisposto un nuovo atto di nascita nel quale il minore risultava figlio di ignoti con conseguente collocazione dello stesso presso una famiglia affidataria. Per il giudice italiano si trattò di un atto dovuto perché la legge italiana non prevede espressamente la possibilità di dare rilievo al rapporto tra neonato e genitori di intenzione, ma tale decisione fu fortemente censurata dalla Corte per i diritti dell'uomo perché era andata contro l'articolo 8 della CEDU e l'interesse della persona di minore età. Tuttavia, proprio in ragione del superiore interesse del minore, fu poi deciso di non obbligare le autorità italiane a revocare il provvedimento di affidamento per i legami affettivi che nel frattempo si erano sviluppati tra il minore e i genitori affidatari riconoscendo a quelli intenzionali esclusivamente un indennizzo pecuniario.

livello di regolamentazione in sé che a livello di ripercussione sui rapporti di filiazione che, sotto un profilo giuridico ed etico, sono destinate a interessare ancora a lungo tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei<sup>5</sup> e che - forse - potrebbero in futuro essere più efficacemente disciplinate attraverso Convenzioni sovranazionali invece che singolarmente dai vari Stati.

In particolare, il caso affrontato nella sentenza in esame nasce dal rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri di stato civile gli atti di nascita rilasciati in California e in Canada di bambini nati in tali Paesi mediante GPA in ragione del fatto che gli atti in parola stabilivano un rapporto di filiazione anche nei confronti dei padri intenzionali (mentre invece i secondi genitori dei bambini in questione, erano di per sé riconosciuti e riconoscibili in quanto genitori biologici). I ricorrenti hanno quindi invocato di fronte alla Corte europea per i diritti dell'uomo la lesione dell'articolo 8, in combinato disposto con l'articolo 14 della CEDU e, cioè, il diritto che le persone hanno di pretendere che gli Stati rispettino la loro vita privata e familiare senza alcuna forma di discriminazione; diritto che sarebbe stato messo a rischio dal veto alla trascrizione all'anagrafe degli atti di nascita legalmente riconosciuti all'estero per bambini nati usando la tecnica della GPA. Infatti, secondo i ricorrenti, costituiti da alcune coppie omosessuali e da una coppia eterosessuale, il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione tra i genitori intenzionali e i bambini costituirebbe una violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare che non potrebbe essere sanato (o superato) nemmeno con la possibilità di avviare una procedura di adozione.

La Corte nell'esaminare il caso ricorda innanzitutto - in sintonia con quanto già affermato nelle citate sentenze *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia* e nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* - che il rispetto della vita privata esige che ogni bambino o bambina possa stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, il che comprende naturalmente il suo *status* di figlio; precisando poi che ai fini dell'applicazione del profilo relativo alla vita familiare dell'articolo 8, è sufficiente che i genitori intenzionali si occupino fin dalla nascita di un bambino nato da una GPA come lo farebbero i genitori biologici e che tra essi sorgano legami affettivi che integrino a tutti gli effetti il concetto di "vita familiare" comunemente intesa. La Corte ricorda quindi che l'interesse superiore del minore comprende l'individuazione, in diritto, delle persone che hanno la responsabilità di farlo crescere, di soddisfare i suoi bisogni e di assicurare il suo benessere, nonché la possibilità di vivere e di svilupparsi in un ambiente stabile. Per questo motivo, il rispetto della vita privata del minore richiede che il diritto nazionale offra la

5 Cfr. A.C. Moro pag. 190.

possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. Di conseguenza, il margine di apprezzamento degli Stati deve essere limitato per quanto riguarda il principio stesso dell'accertamento o del riconoscimento della filiazione. Ciò anche perché – precisa la Corte – l'interesse del minore non deve dipendere in alcun modo dall'orientamento sessuale dei genitori. Tuttavia – ed è qui che si registra un importante *quid novi* rispetto alle poc'anzi ricordate precedenti sentenze<sup>6</sup> – la Corte osserva anche che, sebbene il principio stesso dell'accertamento o del riconoscimento della filiazione lasci agli Stati solo un margine di apprezzamento limitato, questo margine è più ampio per quanto riguarda gli strumenti da utilizzare per raggiungere tale scopo. Quindi, posto che il sistema giuridico italiano vieta, in quanto contrario all'ordine pubblico, la trascrizione dell'atto di nascita straniero che riconosce un rapporto di filiazione tra un bambino nato mediante una GPA e un genitore intenzionale – punto questo recentemente confermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>7</sup> e dalla Corte costituzionale<sup>8</sup> – l'esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini può essere garantita in modo soddisfacente attraverso l'istituto giuridico dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'articolo 44, primo comma, lettera d), della legge 4 maggio del 1983<sup>9</sup>, n. 184, *Diritto del minore ad una*

6 Cfr. in particolare le sentenze *Labassee c. Francia e Menesson c. Francia* del 2014.

7 Cfr. la sentenza 8 maggio 2019, n. 12193 secondo la quale non può essere trascritto nei registri dello Stato civile italiano il provvedimento di un giudice straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante GPA e un soggetto che non abbia con lo stesso alcun rapporto biologico (secondo la disciplina dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004).

8 Cfr. la sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale nella quale – relativamente allo stato civile dei bambini nati mediante GPA – la Corte aveva ricordato, da un lato, la necessità per le autorità di riconoscere i legami del minore con la sua famiglia affinché quest'ultimo potesse essere identificato dalla legge come membro della famiglia nella quale vive e, dall'altro, che tale interesse del minore doveva essere bilanciato con l'obiettivo legittimo del sistema giuridico, che è quello di disincentivare il ricorso alla GPA, in quanto pratica sanzionata dal diritto penale. Per fare questo la Corte auspicava un intervento del legislatore in grado di tenere conto di tutti i diritti e gli interessi in gioco, adeguando la legge esistente alla necessità di proteggere i bambini nati mediante GPA.

9 Diversamente, nel caso *Labassee c. Francia e Menesson c. Francia*, le due coppie di coniugi francesi che avevano stipulato negli USA un contratto di maternità surrogata eterologa per sola gestazione (con donazione di ovulo fecondato dai gameti dell'uomo della coppia e successivamente impiantato nell'utero della surrogata) che si erano rivolti alla Corte europea dei diritti dell'uomo per ottenere la trascrizione dell'atto di nascita da parte delle autorità francesi (che si rifiutavano di trascriverlo perché contrario alla legge) ottennero una pronuncia che accolse le loro richieste, chiaramente al fine di evitare il rischio di mettere i nati in una situazione di forte incertezza sotto il profilo

*famiglia*. Strada questa che adesso – alla luce della pronuncia della Corte costituzionale del 2022<sup>10</sup> che ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni relative all'adozione "in casi particolari" (in quanto non assicuravano che si creasse tra l'adottato e la famiglia dell'adottante lo stesso rapporto di parentela che si instaurava con gli altri tipi di adozione) – è soddisfacente anche nell'ottica della tutela dei diritti delle persone che hanno presentato il ricorso e soprattutto dei minorenni coinvolti. Il mancato riconoscimento da parte delle autorità italiane degli atti di nascita stranieri nella misura in cui tali atti riguardavano i padri intenzionali, non pregiudica infatti in maniera significativa – spiega la Corte – il godimento da parte degli interessati del loro diritto alla vita familiare.

Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento – conclude la Corte europea per i diritti dell'uomo – l'adozione rappresenta quindi lo strumento che meglio consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto del bambino con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e che ha concorso, fin dal momento della nascita del neonato, alla sua cura<sup>11</sup>. E, ciò in sintonia con la sentenza dell'8 novembre 2022 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>12</sup>, che ribadendo che la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato mediante una GPA praticata all'estero, per quanto riguardava il genitore intenzionale, era vietata perché contraria all'ordine pubblico, aveva tuttavia affermato che «il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale» e che tale riconoscimento sarebbe potuto avvenire attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari.

dei rapporti genitoriali, della cittadinanza (sicura componente dell'identità personale), nonché delle conseguenze successorie.

10 Corte costituzionale, sentenza 23 febbraio 2022, n. 79. Questo passaggio è specificatamente avvenuto dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante». L'adozione del minore in casi particolari (artt. 44 ss. Della legge n. 184 del 1983) produce quindi adesso effetti "pieni", facendo nascere relazioni giuridiche di parentela con i familiari degli adottanti. Al pari dell'adozione "ordinaria" del minore (artt. 6 ss. l. n. 184/1983), non si limita infatti a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante (o con gli adottanti) ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante.

11 Tale pronuncia è stata accolta positivamente da parte del Governo italiano perché più in sintonia con il proprio orientamento e perché non comporta l'obbligo di registrare degli atti contrari alla legge.

12 Cfr. Cassazione, Sez. Unite, 30 dicembre 2022, n. 38162.

### L'evoluzione giurisprudenziale

Sembra quindi di poter dire che esiste una convergenza a livello giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, che spinge a ricorrere all'istituto dell'adozione per dare un riconoscimento giuridico adeguato al rapporto tra genitori intenzionali e bambini e bambine concepiti mediante GPA. Orientamento, questo, che porta evidentemente a un allargamento della portata dell'istituto giuridico dell'adozione e a una sua applicazione in ipotesi nelle quali la legge sull'adozione originariamente non lo avrebbe permesso. Si tratta peraltro, a uno sguardo più attento, di una tendenza che è possibile osservare non solo relativamente alle ipotesi concernenti i minorenni concepiti con GPA, ma che sembra interessare più in generale l'istituto dell'adozione. È recentissima, infatti, l'ordinanza con la quale la Cassazione<sup>13</sup> – ribaltando le decisioni prese in primo e in secondo grado – ha stabilito che i nonni che hanno fatto da “genitori” fin dalla nascita a una bambina è consentito di adottarla nonostante che i genitori biologici o uno solo di essi sia ancora in vita (nel caso specifico la madre della bambina nonché figlia dei nonni adottanti) ma non sia in grado di seguire adeguatamente la figlia. In questi casi, infatti, i giudici della Suprema Corte hanno stabilito che può (meglio, deve) essere superato il divieto previsto dall'articolo 40 della legge n. 184 del 1983 aprendo per la prima volta all'adozione in casi particolari, la cosiddetta “adozione mite”, e superando in nome dell'interesse superiore del minore, la norma secondo la quale l'adozione per i parenti entro il quarto grado è possibile solo se i minorenni da adottare sono orfani<sup>14</sup>. Per la Corte d'Appello il rapporto di parentela diretta, avvalorato dalla nomina del nonno come tutore della bambina, erano sufficienti a escludere la necessità di «formalizzare ulteriormente e diversamente il consolidato rapporto tra nonni e nipote» anche perché tale possibilità era espressamente vietata dalla legge n. 184

<sup>13</sup> Cassazione civile, sez. I, Ordinanza 31 luglio 2023, n. 23173.

<sup>14</sup> Cfr. la sentenza del 30 settembre 1999, n. 383 della Corte costituzionale che (già nel 1999) aveva concesso la *step child adoption* agli zii di un minore, orfano di un solo genitore sempre – naturalmente – avendo riguardo al migliore interesse nel caso specifico per la persona di minore età. La Corte così si esprime «È evidente che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella “legittimante”, ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore»; «deve quindi concludersi che l'art. 44, lettera c), non esige che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno».

del 1983<sup>15</sup>; ma i giudici di legittimità hanno superato tale preclusione optando per un ampliamento delle ipotesi nelle quali può essere applicato questo istituto alla luce dell'evoluzione del diritto vivente e della considerazione che il fine dell'istituto dell'adozione in casi particolari è proprio quello di tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate con chi presenta la richiesta di adozione dando, così, agli adottati la garanzia di assumere lo *status* di figlio a tutti gli effetti e, quindi, di mettere la bambina in una situazione giuridica nettamente più stabile rispetto a quella nella quale si trovava con l'istituto dell'affidamento temporaneo e con il nonno come tutore<sup>16</sup>.

Forse, potremmo sostenere che sono semplicemente la natura e la funzione dell'istituto dell'adozione a renderne oggi opportuna/necessaria un'estensione dell'ambito di applicazione originariamente descritto dalla legge n. 184 del 1983 (così come modificata dalla legge n. 149 del 2001). Infatti, l'adozione rappresenta in certi casi (emblematico quello dei bambini e delle bambine concepiti mediante GPA) lo strumento per offrire una tutela giuridica adeguata a ipotesi che altrimenti farebbero fatica a trovarla in altri istituti e, ciò, perché si articola su due presupposti fondamentali:

1. è un istituto che nasce appositamente per costituire un rapporto di filiazione in mancanza di un legame genetico-biologico tra adottante e adottato;
2. pone l'adottato nella stessa posizione del figlio biologico sia nell'ottica dei diritti dello stesso (relativamente anche a un'ottica successoria) sia degli obblighi dell'adottante verso il minore ed è, quindi, pienamente soddisfacente dal punto di vista della tutela della persona di minore età.

Tuttavia, a uno sguardo più ampio, ci pare di poter dire che l'ampliamento dei casi nei quali si può ricorrere all'istituto dell'adozione attualmente in corso ha radici ancora più profonde che affondano sull'ampliamento stesso della nozione giuridica di famiglia realizzato dalla riforma del 2012. Tale riforma ha infatti avuto il pregio di “sganciare” la relazione tra genitori e figli dal vincolo matrimoniale<sup>17</sup> aprendo così la strada a nuove formulazioni legislative sul tema della famiglia e delle scelte procreative per le quali – in realtà – la Corte costituzionale aveva già fatto da apripista

<sup>15</sup> Cfr. articolo 44, lettera a) «secondo cui il minore può essere adottato da persone unite da vincolo di parentela fino al sesto grado, ma solo nel caso l'adottando sia orfano di padre e di madre».

<sup>16</sup> È appena il caso di precisare che i genitori della ragazza avevano dato il necessario consenso all'adozione come, del resto, aveva fatto la minore stessa.

<sup>17</sup> <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/03/07/leg.17.bol0779.data20170307.com02.pdf>, pag. 78.

nel lontano 2010 con la sentenza n. 138<sup>18</sup>. In essa si affermava difatti che, nell'articolo 2 della Costituzione<sup>19</sup>, era implicitamente prevista la possibilità di riconoscere dei diritti alle persone dello stesso sesso che si trovavano in regime di convivenza e di relazione affettiva (pur negando loro l'accesso al matrimonio) fornendo, così, una lettura costituzionalmente orientata che dava riconoscimento giuridico a convivenze e a legami in essere da molto tempo che in precedenza non avevano nessuna tutela giuridica.

È bene ricordare – nel concludere questo lavoro – che sarebbe un errore pensare di essere arrivati a un punto fermo (o quantomeno stabile) e che l'evoluzione giuridica si interrompa o anche solo rallenti: già da adesso, infatti, è possibile prevedere delle novità destinate a incidere fortemente sul quadro giuridico che abbiamo descritto: la prima è la probabile prossima approvazione del disegno di legge, di iniziativa governativa<sup>20</sup>, attualmente all'esame in Parlamento che mira a rendere perseguibile, senza particolari formalità<sup>21</sup>, il ricorso alle pratiche di GPA da parte di cittadini italiani anche quando ciò avviene in un Paese straniero; la seconda è rappresentata dal fatto che si è già registrata un'iniziativa per l'adozione di una disciplina comune relativamente all'inquadramento delle nascite di bambini nati mediante GPA da parte dell'Unione europea<sup>22</sup>.

Relativamente al primo punto – dopo aver ricordato che, secondo autorevole dottrina<sup>23</sup>, rappresenta una forzatura giuridica dire che con l'approvazione di tale disciplina la GPA diventerebbe un reato universale<sup>24</sup> – è bene chiarire che con l'approvazione del disegno di

18 Corte costituzionale, sentenza 15 aprile 2010, n. 138.

19 Articolo 2 Costituzione: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

20 Disegno di legge n. 824, trasmesso dalla Camera al Senato il 27 luglio 2023, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*.

21 Vedi *infra*.

22 Vedi *infra*.

23 Pasquale De Sena, ordinario di diritto internazionale all'Università di Palermo e presidente della Società italiana di Diritto internazionale e dell'Unione europea.

24 Infatti – spiega De Sena – questa estensione di punibilità «non ha nulla a che vedere con le fattispecie criminose internazionali in senso proprio, dal momento che essa non è imposta da alcuna norma internazionale». In tal senso si è espresso anche Marco Pelissero, ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino il quale ha così commentato la questione: «possiamo parlare» propriamente di reati universali quando siamo di fronte «a reati come crimini di guerra o contro l'umanità, cioè reati che la comunità internazionale ritiene presentino una criminalità manifesta che giustifica una repressione ad ampissimo raggio. Ma qui non vedo i presupposti per

legge in discorso si avrebbe come effetto un'automatica estensione delle pene previste dall'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, all'ipotesi nelle quali tale pratica sia stata messa in atto all'estero da cittadini italiani. Infatti, secondo l'ex articolo 8 del Codice penale la punibilità in Italia per il reato commesso al di fuori del territorio dello Stato dal cittadino italiano è, di norma, condizionata da una richiesta in tal senso del Ministro della giustizia (e, se il delitto è perseguibile a querela di parte, dalla querela della persona offesa), mentre, con l'approvazione di tale legge diventerebbe automatica e, quindi, ci sarebbe sempre l'obbligo all'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico ministero<sup>25</sup>. L'intento di questa previsione è quello di salvaguardare la dignità delle donne e di contrastare il fenomeno del loro sfruttamento nei Paesi poveri da parte delle persone ricche e, soprattutto, da parte delle organizzazioni che gestiscono questo fenomeno con ricchi guadagni. Su questo tema si era del resto già espressa la Corte costituzionale affermando che «il divieto, penalmente sanzionato, di ricorrere alla pratica della maternità surrogata risponde a una logica di tutela della dignità della donna e mira anche a evitare i rischi di sfruttamento di chi è particolarmente vulnerabile perché vive in situazioni sociali ed economiche disagiate»<sup>26</sup>. Tale tema è tornato molto attuale vista la recente iniziativa del Governo messicano che, in sintonia con le associazioni per la tutela della donna, sta lavorando a una severa legge<sup>27</sup> che argini lo sfruttamento delle donne povere perpetrato mediante la GPA.

Relativamente all'iniziativa volta a dettare una disciplina comune nell'Unione europea con la Proposta della Commissione europea sulla genitorialità transfrontaliera del 7 dicembre 2022<sup>28</sup> – che mirava

costituire un reato universale della maternità surrogata quando in altri Stati, a determinate condizioni, la maternità surrogata è consentita». «Non ci troviamo» quindi «né di fronte a quei crimini contro l'umanità che ovunque e da chiunque siano commessi sono repressi – dice il prof. Pelissero – né a fatti che presentano una dimensione di una gravità tale sui quali c'è condivisione della comunità internazionale (come la tutela del minore rispetto al traffico della prostituzione).

25 Si mira quindi a derogare alla disciplina dell'articolo 9, comma 2 del codice penale e a rendere incondizionatamente punibile il fatto commesso all'estero: indipendentemente dalla richiesta del Ministro e dalla doppia incriminazione. Si vuole, in altri termini, rendere applicabile la disciplina secondo cui è punito secondo la legge italiana il cittadino che commette in territorio estero alcuni gravi reati a danno dello Stato o di interessi pubblici, ovvero altri reati per i quali speciali disposizioni di legge stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana.

26 Cfr. Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 33.

27 Vedi il contenuto del video del Sole24ore: <https://stream24.ilssole24ore.com/video/mondo/utero-affitto-messico-cerca-arginare-business/AEMIBsTD>.

28 Commissione europea, Comunicazione 7 dicembre 2022, COM (2022) 695 final, *Proposta di Regolamento del Consiglio, relativo alla competenza, alla legge*

a dettare una disciplina unitaria anche per i bambini e le bambine concepiti con GPA, è appena il caso di osservare che tale iniziativa – non ha trovato un terreno facile: infatti, se è vero che la maggior parte dei Paesi dell’UE non prevedono il riconoscimento espresso della GPA (anzi, la maggioranza come l’Italia la vieta espressamente), alcuni Stati, (in particolare il Belgio o l’Olanda) riconoscono la GPA “non a fini commerciali” cioè a condizione che il patto privato tra una coppia e la madre surrogata non preveda alcuna forma di pagamento. Così, l’iniziativa non ha avuto molta fortuna anche se, in proposito, deve essere segnalato un intervento chiarificatore dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza che ha commentato la proposta di regolamento europeo sulla genitorialità transfrontaliera (descritta da alcuni come pericolosa e altamente dannosa per i minorenni, le donne e le famiglie di tutta Europa perché autorizzerebbe gli Stati membri a legittimare e aprire le porte all’utero in affitto, alla compravendita di gameti e alla procreazione medicalmente assistita, anche quando queste pratiche sono vietate nei singoli Stati) osservando che essa non agevolerebbe il ricorso alla pratica della GPA ma si porrebbe in sintonia con quanto è stato finora «affermato dalla giurisprudenza, compresa quella costituzionale, allo scopo di garantire comunque la tutela del minorenne nato da maternità surrogata».

## Nozioni di riferimento

**Gestazione per altri (GPA)<sup>29</sup>** o maternità surrogata (dal termine “surrogacy”, con cui si definisce la pratica nella traduzione dall’inglese): si tratta di una particolare tecnica di procreazione medicalmente assistita che consente di scomporre il processo procreativo in varie fasi, affidandole a soggetti diversi: una donna, terza rispetto alla coppia committente (etero o omosessuale) che si impegna ad assumere la responsabilità genitoriale del nato obbligandosi, gratuitamente o verso corrispettivo, a mettere a disposizione il proprio utero (oltre, eventualmente, al proprio ovulo) al fine di condurre, per conto di altri, una gravidanza e a consegnare, dopo aver partorito, il nato. All’interno di questa tecnica si possono distinguere:

*applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all’accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione.*

<sup>29</sup> Cfr. per la parte tecnico-scientifica: <https://www.altalex.com/documents/news/2017/08/02/maternita-surrogata>

- la **maternità surrogata per concepimento e gestazione** in cui la gestante mette a disposizione dei committenti il proprio utero e il proprio gamete, con la conseguenza che si tratterà di maternità eterologa (essendo la cellula uovo sempre appartenente alla madre uterina) parziale (allorquando il gamete maschile è proveniente dall’uomo – o da uno dei due uomini – della coppia committente) o totale (nel caso in cui il gamete maschile è proveniente da un terzo donatore estraneo alla coppia). In questa tipologia di maternità surrogata la figura della madre biologica (o uterina o gestante) coinciderà sempre con quella genetica ma sarà sempre diversa da quella intenzionale (o committente) mentre quella del padre genetico potrebbe o meno coincidere con quella del padre committente in ragione della presenza o meno di un terzo donatore di spermatozoi;
- la **maternità per sola gestazione**: la gestante mette a disposizione dei committenti solo l’utero: in questo caso – potrebbe assumere sia i caratteri di una maternità surrogata omologa (quando viene impiantato, nell’utero della madre uterina, un embrione formato dai gameti maschili e femminili della coppia committente) all’interno della quale la madre committente e la madre genetica convergono in un’unica figura diversa da quella della madre biologica mentre padre genetico e committente saranno i medesimi; sia i caratteri di una – maternità surrogata eterologa: parziale, nell’ipotesi in cui uno dei due gameti necessari alla formazione dell’embrione da impiantare nell’utero della madre uterina provenga dalla coppia committente e l’altro da un donatore terzo sia alla coppia committente che alla madre surrogata, con la conseguenza che, se il gamete del donatore è quello maschile, la madre committente sarà anche quella genetica ma non quella biologica mentre padre committente e padre genetico saranno necessariamente diversi, viceversa, nell’ipotesi di ovodonatrice, la madre genetica differirà da quella biologica che, congiuntamente alla prima, differirà da quella committente mentre padre committente e padre genetico saranno i medesimi; totale, ipotesi questa in cui entrambi i gameti necessari alla formazione dell’embrione da impiantare nell’utero della surrogata sono estranei sia alla coppia committente sia alla madre uterina e dunque madre genetica, madre biologica, madre sociale, padre sociale e padre genetico saranno tutte figure differenti tra loro.

**Trascrizione dell’atto di nascita straniero**: istituto giuridico attraverso il quale uno Stato riconosce un atto emanato da un altro ordinamento giuridico; in riferimento al tema di cui ci siamo occupati è l’atto con il quale lo Stato italiano potrebbe riconoscere (se

accettasse la richiesta di trascrizione) un rapporto di filiazione tra un bambino nato mediante una gestazione per altri (GPA) e un genitore intenzionale. In Italia il provvedimento di un giudice straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante GPA e un soggetto che non abbia con lo stesso alcun rapporto biologico non può essere trascritto nei registri dello Stato civile.

## Riferimenti normativi

Convenzione europea per i diritti dell'uomo, artt. 8 e 14

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 24

Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, art. 44, c. 1, lett. d)

Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione

Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*

A.C. 887, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (trasmesso dalla Camera al Senato il 27 luglio 2023).

## Riferimenti giurisprudenziali

### Corte costituzionale:

Corte costituzionale, sentenza 15 aprile 2010, n. 138

Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 33

Corte costituzionale, sentenza 23 febbraio 2022, n. 79

### Corte di Cassazione:

Cassazione, Sezioni unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193

Cassazione, Sezioni unite, sentenza 31 marzo 2021, n. 9006

Cassazione civile, sezione I, ordinanza 21 gennaio 2022, n.1842

Cassazione, Sezioni unite, sentenza 30 dicembre 2022, n.38162

### Corte europea per i diritti dell'uomo:

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 26 giugno 2014, *Mennenson v. France e Labassee v. France*, ricorso C-185/2014.

Corte europea per i diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12.

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 16 luglio 2020, *D. v. France*, ricorso C-11288/18.

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 14 dicembre 2021, *V.M.A. v. Stolichna obshtina, rayon «Pancarevo»*, ricorso C-490/2020.

Corte europea per i diritti dell'uomo, sezione I, sentenza 30 maggio 2023, *Modanese e altri c. Italia*, ricorso n. 59054/19.

Corte europea per i diritti dell'uomo, sezione I, sentenza 30 maggio 2023, *Bonzano e altri c. Italia*, ricorso n. 10810/20.

## Dottrina di riferimento

Moro, A.C., (2018). *Manuale di diritto minorile*, Bologna, Zanichelli

Cassano, G., (2000). *Le nuove frontiere del diritto di famiglia. Il diritto a nascere sani; la maternità surrogata; la fecondazione artificiale eterologa, la fecondazione artificiale post mortem*, Milano, Giuffrè editore

Gallo, F., (2022). *La Gravidanza per altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza Penale*, 19 luglio 2022, n. 7.