

## MATER SEMPER CERTA ERAT

di MATILDE DE ANGELIS

SOMMARIO: 1. Il contratto di maternità surrogata e il criterio di attribuzione della maternità. – 2. Il riconoscimento dell'atto di nascita formato in un Paese che ammette la maternità surrogata.

### 1. Il contratto di maternità surrogata e il criterio di attribuzione della maternità.

Il fenomeno della c.d. «maternità surrogata» - espressamente vietata nel nostro ordinamento - riguarda l'ipotesi in cui una donna assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile, alla quale si impegna poi a consegnare il nascituro.

A seconda che sia impiegato il materiale genetico della madre surrogata o della coppia committente si parla di maternità surrogata “tradizionale” o “gestazionale”.

La prima è definita spesso come pratica “a basso ricorso tecnologico” o “parziale”. Essa sussiste in un accordo con il quale si consente l'utilizzo degli ovuli della madre surrogata e dello sperma del padre o di un donatore.

L'accordo di maternità surrogata gestazionale è, invece, quello con il quale non si consente l'utilizzo degli ovuli della madre surrogata, ma solo l'impianto di quelli della madre intenzionale o di una donatrice. In questo caso la madre portante non è anche madre biologica del minore. Si parla di maternità surrogata “ad alto ricorso tecnologico” o “piena”.

È quindi corretto affermare che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è “mezzo” per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione»<sup>1</sup>.

La maternità surrogata costituisce un fenomeno giuridico difficilmente riconducibile ad un *unicum* che solleva numerose problematiche. Tra queste, l'individuazione del soggetto da riconoscersi come madre rappresenta lo snodo cruciale, poiché la questione deve essere risolta indipendentemente dalle sorti del contratto. In altre parole, diviene essenziale definire con certezza su chi ricadranno i doveri genitoriali a prescindere da un'eventuale declaratoria di nullità dell'accordo surrogativo. Il ruolo, naturale prima ancora che giuridico, svolto dalle figure genitoriali, impone di individuare in maniera certa i soggetti

---

<sup>1</sup> F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 75.

chiamati a prendersi cura del minore in modo da evitare modificazioni successive pregiudiziali per la stabilità emotiva del medesimo. Come in ogni campo del diritto, anche qui il legislatore è chiamato a fare una scelta che è puramente discrezionale e rappresenta lo specchio del sentire sociale<sup>2</sup>.

Al di là delle singole convinzioni, se renda più madre aver trasmesso il patrimonio genetico o aver portato in grembo il nascituro, i valori che devono ispirare la decisione sono il benessere del bambino e la stabilità del nucleo familiare. D'altronde, la diffusione della tecnologia biomedica, che ha reso possibile la maternità surrogata gestazionale, ha ridisegnato i contorni delle relazioni parentali e della famiglia, offuscando progressivamente le definizioni tradizionali.

L'Italia affida la sua scelta ad un unico articolo, l'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, che dispone 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». Un simile quadro legislativo lascia irrisolta la maggior parte delle questioni e necessita di una costante opera di adattamento da parte dei giudici in quanto non offre spunti per risolvere le situazioni in cui il bambino è già nato.

Il principio codicistico italiano è improntato al brocardo latino “*mater semper certa est*”, fondato sull'identità tra la donna che ha partorito e la madre del minore. Tuttavia, in circostanze in cui all'evidenza del parto non si affianca un riscontro genetico, come nel caso della maternità surrogata gestazionale in cui il neonato non è figlio della donna che lo ha portato in grembo, l'applicazione dell'art. 269 c.c. non appare più così scontata. Da un lato, l'opinione che privilegia il rapporto tra feto e madre uterina riconosce la prevalenza di un'ideale di maternità unitario; dall'altro, non manca chi si chiede se quest'ultimo concetto possa disarticolarsi tra i soggetti che partecipano alla nascita del bambino e «ridursi ad uno o più degli aspetti frammentati»<sup>3</sup>.

Nonostante la scelta del legislatore italiano di riconoscere la prevalenza del legame genetico risponda ad una logica di buon senso e si presenti come più vicina ai progressi della scienza medica, che ha dimostrato come «il nuovo individuo con tutti i suoi indelebili caratteri ereditari si forma [...] nel momento di fusione dei gameti»<sup>4</sup>, lo sviluppo sociale ha reso sempre più evidente il ridimensionamento del valore del vincolo di sangue, a favore di un nuovo concetto di genitorialità.

---

<sup>2</sup> Secondo P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, p. 196: «Siamo nel regno del mediato, della scelta legislativa. Siamo di fronte ad una figura archetipica, ma in parte a una figura culturale, che ha regnato indiscussa nell'inconscio legislativo come in quello umano».

<sup>3</sup> ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., p. 195.

<sup>4</sup> G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 175-176.

Quest'ultimo comporta l'esistenza di un legame sociale ed affettivo da cui discende la convinzione che lo *status* di figlio implichi l'affermazione di nuovi valori. Ciò significa che il legame di sangue non è parametro assoluto, ma va temperato con il desiderio di prendersi cura di un minore. Come già emerso prepotentemente nella giurisprudenza americana, assume particolare rilevanza l'“*intent*” ovvero l'intenzione della coppia committente di avere un figlio senza la quale tutto il processo procreativo non sarebbe iniziato. Il rilievo attribuito alla volontà dei genitori committenti potrebbe rappresentare un indice di una consapevole accettazione del «ruolo che la stessa Costituzione assegna al genitore per garantire [...] un corretto sviluppo della personalità del minore»<sup>5</sup>, come sottolineato anche dalla Corte EDU, in occasione della pronuncia *Labassee c. Francia*<sup>6</sup>.

Stante la frammentazione del concetto di maternità, è essenziale individuare un parametro attributivo della stessa che sia applicabile alla maggior parte degli scenari ipotizzabili, quindi anche alle fattispecie in cui i soggetti che partecipano alla nascita del bambino siano in numero pari a cinque: la coppia committente, la madre surrogata e due donatori. In quest'ultimo caso, alla regola gestativa e a quella genetica si deve affiancare un criterio che permetta ai genitori intenzionali di vedersi riconosciuto un ruolo, anche giuridico, all'interno della vicenda. La coppia committente, infatti, è colei che, sebbene abbia dato l'avvio alla vicenda procreativa, non potrebbe vantare alcun diritto sul minore. Ad una rigorosa analisi, nessuno dei due soggetti che la compongono vanta legami genetici con il nascituro, né può essere applicato il criterio del parto in quanto la madre intenzionale non è la donna che porta a termine la gravidanza. L'unico titolo che legittima la loro partecipazione è la volontà di avere un figlio e ciò li colloca sullo stesso piano della madre surrogata<sup>7</sup>.

Se, nel caso di maternità surrogata gestazionale a tre soggetti, la coppia committente è legata geneticamente al nascituro, nel caso in cui si faccia ricorso alla donazione di gameti non è sicuramente applicabile la regola genetica, poiché si arriverebbe al paradosso di attribuire i doveri genitoriali a due soggetti estranei tra loro e che la legge tutela prevedendo che non abbiano alcun legame con il nato. In una simile circostanza, inoltre, si potrebbe delineare una violazione del principio di uguaglianza in quanto si tratterebbe una stessa fattispecie, la donazione di sperma o ovociti, in due modi differenti a

<sup>5</sup> R. CLARIZIA, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità, interesse del minore*, in *Foro it.*, IV, 1989, p. 299.

<sup>6</sup> Corte Edu, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11.

<sup>7</sup> Si ritornerebbe ad una situazione di *impasse* in cui i genitori intenzionali potrebbero vantare un titolo derivante dall'“*intent*” e la madre surrogata un diritto derivato dal parto.

seconda dell'uso che se ne faccia, poiché i doveri genitoriali graverebbero su coloro il cui materiale genetico è stato utilizzato per il ricorso alla maternità surrogata e non sugli altri.

Esclusi dunque i donatori, per risolvere il conflitto tra la madre surrogata e la madre intenzionale è necessario passare dal piano sostanziale, nel quale dovrebbe prevalere la madre gestante, che tuttavia non sarebbe tale senza l'intervento della coppia committente, al piano soggettivo, spostando l'attenzione alla valutazione della volontà espressa dalle parti.

Appare allora chiaro chi debbano considerarsi i genitori naturali. Analizzando ciò che emerge dal contratto, la madre surrogata, al momento della firma, rinuncia ad ogni diritto sul nascituro, per cui accetta di portare a termine la gravidanza nella convinzione che quel bambino non sarà suo. Il parto diventa allora un elemento meramente fattuale che deve cedere il posto al forte desiderio della coppia committente.

La manifestazione di precise intenzioni contrattuali priva la gravidanza della sua stessa specificazione di genere, rendendo l'attività procreativa un "mero" oggetto di contrattazione. Una simile considerazione di un aspetto così intimo quale la gestazione incontra numerose opposizioni a livello etico-sociale che giustificano una totale chiusura da parte della legge italiana nei confronti della maternità surrogata.

La teoria della centralità delle volontà contrattuali ha fatto dubitare anche la dottrina. Non è mancato chi<sup>8</sup> riteneva che, in virtù di un'autonoma e negoziale attribuzione della responsabilità parentale, si sottraesse al legislatore la titolarità esclusiva del potere di disporre degli *status* personali. A ben vedere si tratta piuttosto di «stabilire qual è, per legge, la fattispecie costitutiva del rapporto di maternità quando la madre da gravidanza e parto non è tale geneticamente e, non lei, ma la madre genetica, ha voluto e determinato l'intero procedimento»<sup>9</sup>. Da questa prospettiva diventa necessario analizzare la questione dando rilievo ai bisogni del nuovo nato, prendendo atto del fatto che «nel nostro sistema, tanto la maternità, che la paternità si configurano come relazioni biunivoche: la relativa tutela non può mai svolgersi, né esaurirsi dando la preminenza ad uno solo dei poli delle stesse, in particolare al genitore quale soggetto che genera e che dà i "geni", rispetto al nato»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 402; P. VERCELLONE, *Fecondazione assistita e status familiari*, in *Fecondazione assistita. Una proposta di legge da discutere*, CIC Internazionali, Roma, 1997, p. 104.

<sup>9</sup> P. VERCELLONE, *La procreazione artificiale*, in *Tratt. Vassalli*, III, 1987, p. 328.

<sup>10</sup> M.T. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 1993, p. 881-882.

È dunque un contrasto tra due “diritti” del minore, tra i quali prevale il «diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia»<sup>11</sup>, ossia quella che il bambino riconosce come “propria” perché composta da soggetti che, fino a quel momento, si sono presi cura di lui. Tuttavia, sulla base della normativa codicistica, ai sensi dell'art. 269 c.c. la madre surrogata è la madre del bambino per cui non può essere obbligata a cedere i propri diritti sul figlio, indipendentemente dalla presenza di un pregresso accordo. La concreta applicazione dell'art. 269 c.c. impone di procedere alla rimozione dello *status* di figlio della madre intenzionale e di provvedere al ricongiungimento con la madre biologica, ove ciò sia possibile<sup>12</sup>.

Per raggiungere un simile scopo si dovrebbe provvedere alla contestazione dello *status* di figlio, regolata dall'art. 263 c.c. secondo cui «il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto o da chiunque vi abbia interesse». Con riferimento al fenomeno in esame, accertata l'illiceità di un atto di nascita che riporta i nomi dei genitori intenzionali, si procederà alla nomina di un curatore per il minore affinché impugni il riconoscimento. La rimozione dello *status* dovrebbe avvenire in un lasso di tempo molto breve per essere rispettoso dell'interesse del minore. In proposito, nel 2016 la Corte d'Appello di Milano<sup>13</sup> ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità del disposto dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio possa essere accolta solo quando rispondente al suo interesse.

Dopo un giudizio di primo grado che ha accolto le ragioni del curatore, il giudice d'Appello ha sollevato questione di legittimità costituzionale interrogandosi riguardo alla conformità della disciplina vigente con il principio di “*best interest*”, che impone di valutare l'interesse concreto del minore caso per caso. Il giudice *a quo* ha precisato come sia estranea al *thema decidendum* sia la valutazione della conformità della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che il riconoscimento del rapporto parentale: oggetto della decisione è la rimozione di uno *status* già attribuito e l'automatismo decisorio<sup>14</sup> che non permette di contemperare il dato biologico con gli altri interessi in gioco.

---

<sup>11</sup> Art. 1, co. 1°, l. n. 184/1983.

<sup>12</sup> Nell'eventualità in cui la partoriente abbia, invece, rinunciato ad ogni diritto sul figlio, il minore dovrà essere dichiarato adottabile.

<sup>13</sup> App. Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, ordinanza 25 luglio 2016.

<sup>14</sup> Il testo normativo di riferimento è quello antecedente al D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 che ha limitato l'imprescrittibilità dell'azione esclusivamente a quella esercitata dal figlio.

La legittimità dell'art. 263 c.c. era già stata presa in considerazione nella sentenza della Corte cost. n. 112/1997<sup>15</sup> con la quale si è sancito che il rapporto di filiazione è una situazione giuridica da tutelare nell'ottica della sua veridicità e corrispondenza al dato biologico al fine di assicurare al minore uno *status* certo.

Seppur condividendo la preoccupazione del giudice *a quo*, la Corte costituzionale sottolinea come, nel caso di specie, il profondo disvalore con il quale l'ordinamento italiano considera la maternità surrogata imponga «l'imprescindibile presa d'atto della verità»<sup>16</sup>. L'interesse del minore al mantenimento della relazione con i genitori trova oggi riconoscimento nella previsione legislativa di un termine quinquennale entro il quale procedere al disconoscimento. In sede di impugnazione, l'attore deve dimostrare un interesse concreto e attuale. Ogni qualvolta esso si pone in diretto contrasto con quello del minore non c'è ragione di parlare di contemperamento, ma si rende necessario perseguire in maniera differente, se possibile, l'interesse del minore al fine di evitare di dover sacrificare uno dei due.

Nei casi di maternità surrogata, l'interesse del minore non può essere bilanciato con il principio di verità, per cui la soluzione generalmente offerta è il ricorso all'adozione. Con la sentenza n. 24001/2014<sup>17</sup>, la Corte di Cassazione ha ribadito che il ricorso alla gestazione per conto altrui, anche se effettuata in Paesi che la ammettono, non fa sorgere diritti genitoriali in capo alla coppia che vi ricorre. Nel caso posto all'attenzione della Corte dunque, il minore deve essere considerato in stato di abbandono, quindi adottabile. Una simile decisione, seppur giuridicamente ineccepibile, mostra tutta la delicatezza del tema affrontato: in questo caso si preferisce allontanare un minore da quella che ormai riconosce come la sua famiglia pur di punire una condotta illecita di cui egli non è responsabile. La drammaticità della posizione della Corte italiana emerge chiaramente alla luce delle recenti pronunce della Corte EDU nelle quali si evidenzia la necessità di prendere in considerazione un provvedimento di allontanamento solo nel caso in cui non si sia formata una «vita familiare».

Tutto ciò considerato, è certo che un criterio di attribuzione della maternità troppo rigido non lascia al giudice l'elasticità necessaria per perseguire il miglior interesse del minore e per annullare tutte le controindicazioni dell'applicazione di un parametro che non tenga conto di elementi caratterizzanti il

<sup>15</sup> Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112.

<sup>16</sup> Corte Cost., 11 luglio 2017, n. 212, par. 4.2.

<sup>17</sup> Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001.

caso specifico. Bisogna in ogni caso dare atto della mancanza di un esplicito criterio normativo che permetta di far fronte ai casi in cui il minore sia nato in Paesi ove la maternità surrogata è lecita.

## **2. Il riconoscimento dell'atto di nascita formato in un Paese che ammette la maternità surrogata.**

Strettamente connesso con il criterio di attribuzione della maternità è il tema degli effetti giuridici che l'atto di nascita, formato all'estero secondo la legge dello Stato che riconosce l'ammissibilità della pratica, può produrre. Affermare che in capo ai genitori intenzionali non sorga alcuna responsabilità genitoriale significa non riconoscere alcuna possibilità per la coppia committente di tenere il bambino e, conseguentemente, dover separare la nuova famiglia creatasi.

Fase prodromica alla redazione dell'atto di nascita è il riconoscimento, come regolato dall'art. 250 c.c. Nel caso della maternità surrogata, chi compie questo atto non corrisponde al soggetto che per la legge italiana deve considerarsi genitore naturale. La mancata trascrizione dell'atto di nascita nei registri italiani è volta al rispetto dell'ordine pubblico poiché impedisce di consolidare un riconoscimento non corrispondente al vero. Per "riconoscimento veritiero" si deve intendere quello conforme alla verità biologica o, in mancanza, di uno *status* di figlio legittimo, previo rispetto delle garanzie poste dalle norme sull'adozione.

Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione ha conseguenze negative soprattutto sullo *status* giuridico del nuovo nato, in quanto mina la possibilità che sia considerato titolare di alcuni diritti di fondamentale importanza. In primo luogo, l'impossibilità di ottenere la cittadinanza di coloro che pretendono essere i suoi genitori, comporta che il bambino si ritrovi ad essere apolide tutte le volte in cui non sarà ritenuto neanche cittadino dello Stato in cui è avvenuta la pratica per specifiche previsioni di legge, come avviene in India. Tutto questo ha risvolti negativi anche sul rilascio dei documenti necessari all'espatrio.

In secondo luogo, in assenza di un legame legalmente riconosciuto che permetta ai genitori intenzionali di essere considerati alla stregua dei genitori naturali del minore, non sarà assicurato a quest'ultimo l'accesso all'istruzione e ad alcuni trattamenti medici, per i quali è richiesto il consenso dei genitori. A ciò si aggiunga che ogni richiesta di documenti per i quali è necessaria la presentazione dell'atto di nascita sarà dichiarata inammissibile in quanto dall'atto non discendono diritti genitoriali.

Infine, il bambino non sarà ritenuto titolare di diritti di successione né potrà ricevere le indennità previste dal diritto del lavoro in caso di morte del genitore. Tali conseguenze hanno un effetto dirompente sul rispetto del diritto alla identità personale del minore, assicurato dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo<sup>18</sup>.

Per evitare tali pregiudizievoli conseguenze si possono rinvenire, nel panorama europeo<sup>19</sup>, soluzioni giuridiche che permettano all'atto di nascita di esplicare parzialmente i suoi effetti, in tutti i casi in cui lo Stato di destinazione ammetta la maternità surrogata, ma la regoli diversamente. Un fulgido esempio di ciò si rinviene in alcuni ordinamenti, tra i quali il Regno Unito, in cui si riconosce la possibilità per i genitori committenti di ottenere un *parental order* che li riconosca come i soggetti che hanno il diritto e il dovere di prendersi cura del bambino, nato in seguito ad accordo surrogativo, fino al raggiungimento della maggiore età. Su tale soluzione è previsto un controllo della Corte volto a verificare non solo il rispetto dei requisiti prescritti, ma anche il benessere del minore.

Nel caso del Regno Unito<sup>20</sup> è espressamente richiesto che i genitori intenzionali abbiano compiuto diciotto anni e che formulino la richiesta entro sei mesi dalla nascita. Il neonato, del quale si richiede

---

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 7: «1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi. 2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide».

<sup>19</sup> Benché la maggior parte degli Stati europei abbiano vietato, come l'Italia, la pratica *de quo*, non mancano eccezioni. La Germania, ad esempio, ammette due ipotesi: se la maternità surrogata è l'unica soluzione per la sopravvivenza di un embrione non impiantabile nell'utero della madre genetica e se la gravidanza è intrafamiliare, in presenza di sterilità accertata medicalmente. In questi casi, perché i genitori intenzionali siano considerati i genitori del minore, è necessario un provvedimento del giudice. Vi sono poi giurisdizioni "neutrali" che consentono solo il ricorso ad accordi di maternità surrogata altruistici e limitano il numero di soggetti che vi possono ricorrere. Un esempio in tal senso è fornito dalla Grecia in cui la pratica è ammessa dal 2005, ma non vi possono far ricorso gli omosessuali e alla coppia viene richiesto di risiedere sul territorio per la procedura. Il Regno Unito ha regolamentato la pratica con il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 prevedendo l'ammissione dei soli contratti le cui parti coinvolte siano i genitori intenzionali e la madre surrogata, la quale deve mettere il proprio corpo a disposizione solo con intenti solidaristici.

<sup>20</sup> [www.gov.uk/become-a-childs-legal-parent](http://www.gov.uk/become-a-childs-legal-parent): «The conditions for a parental order are as follows: 1) The child was born to a surrogate as a result of placing into her either an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination, in other words not following intercourse. 2) The applicants for the parental order are married, in a civil partnership or other opposite-sex or same-sex couples. 3) The genetic material of one of the intended parents has been used to create the embryo. The court may require a DNA test to prove this. 4) The application is made within 6 months of the date of the birth. The court can dispense with this in particular circumstances. 5) The child lives with the applicants at the time of the application and at the time when the order is made. 6) At the time of application and the time the order is made, either applicant (or both) are domiciled in a part of the UK (England and Wales, Scotland or Northern Ireland) or the Channel Islands or the Isle of Man. 7) Both applicants are at least 18 years old. 8) The surrogate and her husband or civil partner, if there is one, (as the legal father or "the other parent" of the child) have to have consented and they must give their consent at least 6 weeks after the birth to give them a cooling-off period. 9) The court must be satisfied that no money or other benefit, other than "expenses reasonably incurred" has been given or received by the applicants for: making the

la custodia, deve convivere con la coppia che deve essere coniugata o unita civilmente. È inoltre richiesto alla madre surrogata di rinunciare a tutti i diritti sul bambino. Per garantire alla madre gestante un periodo di riflessione prima di consegnare legalmente il minore, la rinuncia ai diritti deve essere fatta dopo almeno sei settimane dalla nascita.

Siffatti espedienti non sono tuttavia utilizzabili negli Stati in cui la pratica è vietata, come in Italia. In tali circostanze infatti, in qualunque modo l'atto di nascita sia redatto, non potrà esplicare i suoi effetti poiché contrario all'ordine pubblico.

Tuttavia la Cassazione penale in una pronuncia del 2016<sup>21</sup> si è espressa proprio sulla correttezza della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha statuito che la coppia che si reca in un Paese straniero per provvedere alla conclusione di un accordo surrogativo, non commette illecito penale, se lo Stato di destinazione riconosce tale pratica. Di conseguenza si sancisce anche la liceità della trascrizione dell'atto di nascita ufficializzato all'estero, in cui i due italiani sono genitori del bambino. In altre parole, la Corte ha ritenuto insussistente il reato, basando la propria decisione sulla volontà della coppia. Sebbene in tal modo si sia aggirato un divieto interno, bisogna comunque considerare che l'intento non era quello di commettere un illecito poiché l'ordinamento del Paese prescelto consentiva il ricorso alla maternità surrogata.

Tale pronuncia si inserisce in un filone giuridico che cerca di evitare che le colpe dei padri ricadano sui figli. La trascrizione dell'atto di nascita che riporta i nomi dei genitori intenzionali e non reca alcuna indicazione circa la madre surrogata può considerarsi quale elemento necessario ai fini dell'integrazione del reato di alterazione di stato, di cui all'art. 567 c.p. La giurisprudenza si è occupata di distinguere questo reato da quello di cui all'art. 71 della l. n. 184/1983<sup>22</sup> affermando che ricorre il reato di alterazione di stato nella condotta di chi riceve un minore *uti filius* attraverso il falso riconoscimento della paternità, mentre l'art. 71 si riferisce invece a chi riceve il minore in illecito affidamento, nel caso di una attività di fatto preordinata ad una futura adozione, quindi con riferimento al caso di un affidamento posto in essere senza alterare lo stato civile del neonato. La Sesta sezione della Corte di Cassazione penale, nella sentenza n. 2173 del 17 gennaio 2019, ha precisato che

---

*order; the surrogate's or her husband's or civil partner's agreement to the parental order; the handing over of the child; the making of any arrangements with a view of making the parental order».*

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>22</sup> Art. 71, l. n. 183/1984: «chiunque, in violazione delle norme di legge in materia di adozione, affida a terzi con carattere di definitività un minore, ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato, è punito con la reclusione da uno a tre anni», con un aggravamento della pena nel caso in cui a violarlo sia un genitore o il tutore.

quest'ultimo «delitto non richiede affatto che l'affidamento illegale del minore sia avvenuto nell'ambito di una procedura formale di adozione, né è richiesto per colui che affida il minore la previsione di un compenso economico come corrispettivo della consegna del minore stesso, essendo tale compenso previsto solo come condizione di punibilità per colui che "riceve" il minore in illecito affidamento. [...] Quindi solo per chi riceve il minore in illecito affidamento, con il carattere della definitività e quindi della tendenziale stabilità, la norma richiede ai fini della integrazione del reato che vi sia stato il pagamento di un corrispettivo economico o di altra utilità, non essendo tale elemento, invece, necessario per l'integrazione del delitto previsto per colui che ceda il minore o comunque si ingerisca nella sua consegna, essendo previsto anche un aggravamento della pena nel caso in cui il fatto sia commesso dal genitore».

Se la scelta dell'ordinamento è quella di negare il riconoscimento all'atto di nascita formatosi in seguito agli accordi surrogativi, deve essere predisposto un sistema legislativo che permetta di far fronte a tutte le ipotesi che possono verificarsi. Ciò significa che, innanzitutto, si deve garantire la tutela del minore. L'inadeguatezza di una previsione legislativa, come l'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, emerge drammaticamente nei casi in cui non si tratta di valutare l'illiceità di un contratto, ma ci si trova dinanzi al fatto compiuto della nascita del minore. A questo punto i giudici sono chiamati a decidere circa le sorti di un bambino che è cresciuto, per un periodo più o meno lungo, con dei soggetti che se ne sono presi cura.

Per cercare di adeguare il divieto legislativo alle esigenze sociali, si potrebbe sostenere che l'allontanamento dalla famiglia possa intervenire solo entro un certo lasso di tempo. Sarebbe infatti assurdo assumere una decisione simile quando il bambino ha condiviso con la coppia committente momenti fondamentali della sua crescita.

Resta comunque in dubbio quale possa essere la sanzione nel caso in cui non si sia intervenuti tempestivamente. Ammettere che la coppia committente non subisca alcuna conseguenza negativa per la propria deliberata scelta di violare il diritto interno significherebbe premiare un atteggiamento illecito. Non solo, ma in tal modo si permetterebbe di sanare una violazione per *facta concludentia*, ovvero si affermerebbe che il trascorrere del tempo sancisca la liceità di una situazione giuridica nata come contraria al diritto. Nonostante, ad una rapida occhiata, tale soluzione non sembri conforme al generale divieto di conclusione di accordi surrogativi, si deve ricordare che è stata la conclusione avallata dalla Corte EDU.

Una soluzione alternativa sarebbe riconoscere la validità dell'accordo surrogativo, e del conseguente atto di nascita, in quanto conforme alla legge dello Stato in cui si è formato e, quindi, permettere alla coppia di ricorrere al giudice al fine di ottenere un provvedimento simile al *parental order* riconosciuto dalla legge inglese. In tal modo, si garantisce innanzitutto al minore la possibilità di continuare a vivere nella famiglia con la quale ha condiviso importanti momenti di crescita.

In secondo luogo, attraverso un siffatto intervento dell'autorità giudiziaria, si stabilisce che i genitori intenzionali sono pienamente responsabili del bambino e della sua crescita, in modo tale da far gravare sugli stessi gli oneri ricollegabili alla situazione che hanno contribuito a creare.

Infine, nella prospettiva di una sanzione per il comportamento illecito della coppia, essa si potrebbe interpretativamente far derivare dall'assenza di stabilità del riconoscimento del vincolo di parentela.

In conclusione, le questioni sollevate dall'atteggiamento favorevole o meno dello Stato ad attribuire effetti giuridici all'atto di nascita formatosi in conformità alla legge straniera sono numerose e di non facile soluzione. Il profilo della punibilità della coppia committente per la deliberata violazione dell'ordinamento interno, così come il suo contenuto, rappresentano aspetti legati a doppio filo con il *best interest* del bambino che risulterebbe essere, in ogni caso, destinatario di qualunque pena prevista.

Allo stato dei fatti emerge chiaramente come sia essenziale, al fine di garantire che il fenomeno si sviluppi in piena aderenza alle esigenze di tutela dei soggetti coinvolti, una comunione di intenti a livello internazionale.

Fin quando vi saranno degli Stati che ammettono la pratica surrogativa e altri che la vietano, senza che sia prestabilita una procedura di raccordo nel caso in cui il divieto legislativo si scontri con il fatto compiuto della esistenza del neonato, sarà sempre demandata alla giurisprudenza la risoluzione dell'inevitabile conflitto tra l'interesse del bambino a non essere privato di quelli che considera i suoi genitori e l'interesse dello Stato al rispetto delle proprie norme.