



FABRIZIO AMBROGIO*

**LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA DIVIETO E REGOLAZIONE:
IL MODELLO PORTOGHESE E I SUOI POSSIBILI RIFLESSI NEL DIRITTO ITALIANO****

**SURROGACY BETWEEN PROHIBITION AND REGULATION:
THE PORTUGUESE MODEL AND ITS POTENTIAL IMPLICATIONS FOR ITALIAN LAW**

Abstract: Il contributo analizza la disciplina della gestazione per altri attraverso un confronto tra l'ordinamento portoghese e quello italiano, con l'obiettivo di verificare se l'esperienza lusitana possa costituire un modello di riferimento per un'eventuale evoluzione del sistema nazionale. Dopo aver ricostruito il quadro europeo e il ruolo svolto dalla giurisprudenza sovranazionale nel bilanciamento tra ordine pubblico, autodeterminazione e tutela dei diritti fondamentali, l'indagine approfondisce il percorso normativo del Portogallo, caratterizzato dal passaggio da un divieto assoluto a una regolazione fondata su rigorose garanzie a tutela della dignità della gestante, della libertà del consenso e dell'interesse del minore. L'analisi si concentra altresì sul contributo del Tribunal Constitucional, che ha inciso in modo determinante sulla definizione dell'attuale assetto della disciplina. Il lavoro esamina quindi il modello italiano, soffermandosi sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di maternità surrogata e sulle criticità derivanti dalla recente estensione della punibilità della pratica anche se commessa all'estero. Attraverso il metodo comparatistico, il contributo evidenzia come l'esperienza portoghese dimostri la possibilità di coniugare il rispetto della dignità della persona con una disciplina rigorosa della gestazione per altri, suggerendo spunti utili per una riflessione de iure condendo sull'ordinamento italiano.

Abstract: The paper examines surrogacy through a comparative analysis of the Portuguese and Italian legal systems, assessing whether the Portuguese experience may provide a useful model for the future development of Italian law. After outlining the European legal framework and the role of supranational case law in balancing public policy, individual autonomy, and the protection of fundamental rights, the study explores the evolution of Portuguese legislation, which has moved from an absolute prohibition to a carefully regulated system based on safeguards designed to protect the surrogate's dignity, informed consent, and the best interests of the child. Particular attention is devoted to the decisive contribution of the Portuguese Constitutional Court, the Tribunal Constitucional, in shaping the current legal framework. The paper then analyses the Italian approach, focusing on both legislative and judicial developments, including the recent extension of criminal liability for surrogacy arrangements carried out abroad. By adopting a comparative methodology, the paper argues that the Portuguese model demonstrates the possibility of reconciling respect for human dignity with a strictly regulated form of surrogacy, thereby offering valuable insights for future reform of the Italian legal system.

SOMMARIO: 1. *La maternità surrogata nel contesto giuridico europeo: un campo di tensione tra valori, diritti e modelli normativi.* – 2. *L'esperienza lusitana: genesi, struttura e confini della disciplina.* – 3. *L'intervento del giudice delle leggi portoghese: tra tutela della dignità e razionalizzazione del consenso.* – 4. *Il paradigma italiano: reato universale, sanzione penale e best interest of the child.* – 5. *Il Portogallo come possibile ispirazione per l'Italia? Spunti comparativi e prospettive di riforma.*

* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a revisione.



1. La maternità surrogata nel contesto giuridico europeo: un campo di tensione tra valori, diritti e modelli normativi

Il fenomeno della c.d. gestazione per altri o maternità surrogata tiene banco nell'ambito del dibattito giuridico dalla sua prima comparsa, risalente ormai a diversi decenni addietro¹.

La problematica ha sollevato questioni non solo di ordine strettamente tecnico, ma soprattutto di natura etica, imponendo al diritto un costante confronto con tale ambito e determinando, conseguentemente, un'evoluzione articolata e complessa del relativo approccio regolatorio. L'esito di tale processo, tuttavia, non si è rivelato univoco né privo di profili di incertezza.

Invero, l'originaria carenza di conoscenza del fenomeno, unitamente all'assenza di un solido quadro normativo di riferimento, ha contribuito alla formazione di assetti regolatori differenziati, dando luogo a un ampio e variegato panorama di soluzioni tra loro eterogenee, nel cui ambito il ruolo della giurisprudenza e del legislatore si declina, per ciascuna tipologia di approccio, secondo modalità e intensità differenti.

Il quadro delineato può essere ricondotto a tre principali direttrici: una prima, relativa agli ordinamenti nei quali vige un divieto normativo espresso e assoluto, sovente temperato dall'intervento giurisprudenziale volto ad attenuare le conseguenze più gravose, in particolare a tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili, quali i minori; una seconda, connotata da un approccio maggiormente permissivo, caratterizzata da forme di tolleranza generalizzata, se non addirittura da una disciplina positiva del contratto di gestazione per altri; una terza, infine, riferita ai contesti in cui il legislatore non ha provveduto a una regolamentazione formale del fenomeno, con conseguente attribuzione di un ruolo particolarmente incisivo tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza².

Il panorama europeo, a dispetto di quanto si possa pensare, non fa eccezione in merito all'eterogeneità che caratterizza l'approccio al tema della maternità surrogata, tale che è possibile discernere chiaramente realtà proibizioniste e liberali. Il diritto sovranazionale non detta infatti una diretta disciplina del fenomeno, stante la competenza esclusiva residuale per i singoli Stati membri in materia di diritto di famiglia, stato delle persone e bioetica, tutti ambiti in cui la problematica della procreazione medicalmente assistita (specie nella sua forma di c.d. gestazione per altri) trova altro termine³.

L'ampia discrezionalità attribuita agli Stati è altresì corroborata da un'autorevole giurisprudenza comunitaria, il cui intervento si è reso sempre più indispensabile a fronte del coinvolgimento di valori e profili particolarmente delicati, quali la tutela del minore e della donna coinvolta ed il bilanciamento tra il principio di autodeterminazione e di rispetto dell'ordine pubblico, quest'ultimo inteso come categoria comprendente i principi fondamentali e di matrice costituzionale di un determinato ordinamento.

Si può così menzionare il celebre caso *S.H. c. Austria*, in cui la *Grand Chamber*, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione austriaca, saldamente proibizionista nei confronti delle tecniche di fecondazione eterologa, con i principi fondamentali stabiliti dalla CEDU, ha affermato la legittimità

¹ P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Gius.*, 5/1999, p. 197.

² Per una trattazione più approfondita delle singole categorie e degli ordinamenti ad esse appartenenti si veda R. LA RUSSA, A. ARMIDA CAMPOLONGO, R. V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizionistiche e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2017, p. 685.

³ Cfr. O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Riv. dir. int.*, 2/2022, pag. 564.



della disciplina, sottolineando come agli Stati membri debba essere riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴. Nello specifico, la Corte ha evidenziato come la tendenza dell'epoca, volta ad ammettere in maniera sempre più frequente pratiche di stampo eterologo, non avrebbe comportato l'automatica traduzione della stessa in una regola formale, dal momento che tale concessione «non è (...) fondata su principi consolidati e di lunga data stabiliti nel diritto degli Stati membri, ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all'interno di un settore del diritto particolarmente dinamico e non restringe in modo decisivo il margine di apprezzamento dello Stato»⁵.

Il suddetto principio è stato richiamato in un altro celebre intervento del giudice europeo, quello registratosi nella vicenda *Costa e Pavan c. Italia*⁶. La Corte ha qui ribadito l'importanza del concetto del margine di apprezzamento e di quello della proporzionalità, rifacendosi alla precedente decisione manifestatasi nel caso *S.H. c. Austria*, in cui si evidenziava come, in merito alle questioni di bioetica, «in ragione del loro contatto diretto e continuo con le forze vitali dei rispettivi Paesi, le autorità statali si trovano, in linea di principio, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per esprimere un giudizio, non solo sull'«esatto contenuto delle esigenze della morale» nel loro Paese, ma anche sulla necessità di una restrizione volta a soddisfarle»⁷.

Tuttavia, l'ampia discrezionalità riconosciuta ai singoli Stati membri in materia di procreazione medicalmente assistita non è assoluta. Il giudice europeo ha, difatti, più volte mostrato come la libera iniziativa e l'eterogeneità nell'approccio regolamentativo siano principi non esenti da limiti stante, come sopra anticipato, il costante interfacciarsi con valori particolarmente sensibili quali la tutela del minore, il rispetto della donna ed il riconoscimento della genitorialità. Sulla base di suddetti elementi, la giurisprudenza comunitaria ha definito astrattamente dei binari su cui i legislatori nazionali sono tenuti a muoversi, rivelando così le problematiche legate all'assenza di un'univoca disciplina circa la procreazione assistita.

Si può così menzionare la stessa decisione avutasi nel caso *Costa e Pavan c. Italia* che, se da un lato ha consolidato il principio dell'esclusiva competenza degli Stati membri già affermato dalla precedente giurisprudenza, dall'altro ha posto in rilievo la funzione garantista del giudice, finalizzata ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali della persona, chiamati a confrontarsi con il rispetto dell'ordine pubblico nell'ambito di un complesso bilanciamento di interessi⁸. Nello specifico, il giudice europeo ha stabilito

⁴ Corte EDU, sez. I, 3 novembre 2011, *S.H. c. Austria*, ric. n. 57813/00, in *Fam. dir.*, 11/2010, pp. 977-980, con nota di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, pp. 981-991.

⁵ Il richiamo è ad un passaggio della sentenza *S.H. c. Austria*: «is not (...) based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the States». Cfr. L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1, 1/2013, pag. 119.

⁶ Corte EDU, sez. II, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, in *Giur.it.*, 10/2012, p. 1993, con nota di P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla CEDU*.

⁷ «By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them».

⁸ La vicenda vedeva coinvolti due coniugi italiani i quali, temendo di trasmettere una malattia genetica al nascituro, intendevano ricorrere alla fecondazione eterologa, severamente vietata dalla legislazione italiana. Il verdetto della Corte europea ha sancito la condanna dell'Italia, stabilendo che la pretesa dei futuri genitori fosse fondata in quanto l'applicazione rigida della normativa si sarebbe posta in contrasto con l'articolo 8 della CEDU, garante del rispetto della vita privata che include, altresì, il diritto a scegliere se diventare o meno genitori.



che «spetta alla (stessa) Corte esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del procedimento legislativo e che hanno condotto alle scelte operate dal legislatore, nonché stabilire se sia stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli delle persone direttamente interessate da tali scelte legislative»⁹.

La Corte ha poi ribadito il principio dell'autonomia regolamentativa in occasione del parere consultivo del 10 aprile 2019¹⁰. Sussistendo la questione di attribuire o meno la genitorialità legale alla madre intenzionale sollevata dalla Cassazione francese, il giudice europeo ha fornito risposta positiva, precisando tuttavia che resta rimessa agli Stati membri l'individuazione degli strumenti ritenuti più idonei al conseguimento di tale finalità, purché siano assicurate celerità ed effettività della tutela in considerazione della condizione di particolare vulnerabilità in cui versa il minore. L'approccio adottato a livello europeo evidenzia, dunque, le profonde criticità che emergono nei rapporti tra gli Stati coinvolti nei percorsi di procreazione medicalmente assistita, nello specifico quando quello "destinatario" (in cui si desidera che la vita familiare venga a svolgersi) non ammetta la c.d. gestazione per altri, creando sovente problematiche di natura internazionalprivatistica in merito al riconoscimento giuridico dello *status* di figlio. La soluzione collaudata negli anni si è manifestata nella predisposizione di binari, identificabili nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, entro cui i singoli Stati sono chiamati a legiferare.

L'eterogeneità di approccio trova la sua principale causa nella profonda sfiducia di taluni ordinamenti nei confronti della tecnica di surrogazione per ragioni principalmente etiche, aspetto che ha generato irrimediabilmente divieti di stampo assoluto, suffragati sovente da preconcetti e scarsa conoscenza dei contesti e delle conseguenze giuridiche riguardanti la GPA.

Per tale ragione, appare evidente l'importanza di sensibilizzare su tali temi e sulle sue sfaccettature, sottoponendo ad analisi un modello di Stato centrale nello scacchiere europeo che trova la sua peculiarità non solo nell'aver adottato un approccio liberale ma soprattutto nel percorso e nei compromessi di cui è stato protagonista: il Portogallo.

Lo studio e l'indagine del modello lusitano non risultano essere fini a sé stessi ma tendono, invero, a rendere il sistema portoghese paradigma e fonte d'ispirazione per quegli ordinamenti europei ancora saldamente aggrappati ad un approccio di veto assoluto, nella maggior parte dei casi frutto di pregiudizi e visioni piuttosto miopi sul tema, tra cui non si può non includere la situazione nostrana, specialmente all'alba della novella normativa che ha sancito la qualificazione del ricorso alla maternità surrogata come c.d. reato universale¹¹.

2. L'esperienza lusitana: genesi, struttura e confini della disciplina

L'esperienza portoghese concernente la maternità surrogata risulta essere tra quelle più peculiari e non troppo lineari nel panorama non solo europeo ma anche globale. La particolarità della fattispecie sta senza dubbio nel drastico cambiamento di rotta della legislazione (e che verrà più avanti

⁹ «It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices».

¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, rich. n. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 757.

¹¹ La nuova incriminazione da parte del diritto italiano ed il confronto con il modello portoghese saranno oggetto di trattazione nei paragrafi successivi.



adeguatamente approfondito) la quale è passata da un divieto assoluto ed inappellabile ad una graduale apertura, finendo poi per vedere affermata la legittimità della pratica, seppur con i dovuti limiti e condizioni.

A fronte dell'esigenza, sorta negli anni '90, di dare una risposta concreta al fenomeno delle "nuove" famiglie, il legislatore è intervenuto solo un decennio dopo, approvando così la legge 32/2006¹². La normativa vietava il contratto di c.d. gestazione per altri, stabilendone la nullità nel caso in cui il divieto non venisse rispettato e conferendo, conseguentemente, la maternità alla donna partoriente; inoltre, stabiliva sanzioni anche penali per chi stipulasse un accordo di surrogazione dietro un compenso economico¹³.

Si è avuta una svolta dieci anni più tardi, quando è entrata in vigore la legge 25/2016¹⁴ che ha modificato significativamente il precedente assetto normativo, ammettendo il contratto di maternità surrogata in determinate ipotesi. Innanzitutto, il legislatore ha sottolineato la condizione imprescindibile che le tecniche di procreazione medicalmente assistita, tra cui figurava anche la GPA, fossero rispettose della dignità di tutti i soggetti coinvolti, vietando severamente qualsiasi forma di discriminazione nei confronti del nato basata sul patrimonio genetico e sulla modalità di concepimento (articolo 3), esprimendo, quindi, un principio fondamentale da utilizzare come chiave di lettura dell'intera disciplina.

È stato stabilito, all', che la pratica fosse percorribile esclusivamente in circostanze eccezionali, a titolo gratuito e volontario, qualora la madre intenzionale presentasse una condizione di infertilità assoluta ed irreversibile¹⁵; tuttavia, l'accesso alla tecnica era consentito solo alle coppie eterosessuali, coniugate o conviventi. In ogni caso, l'accordo che venisse formalizzato sarebbe dovuto essere subordinato all'autorizzazione proveniente dal *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* (CNPMA), organo creato *ad hoc*, la cui funzione avrebbe comunque dovuto essere preceduta da un'audizione da parte dell'Ordine dei Medici¹⁶.

In secondo luogo, è stato affermato che il nato fosse da considerare figlio della coppia intenzionale, con obbligo della donna partoriente di consegnarlo¹⁷. Inoltre, il contratto stipulato deve, secondo quanto stabilito dalla normativa, presentare la forma scritta, cosicché sarebbe stato possibile reperire più facilmente tutte le informazioni circa i diritti e le responsabilità dei partecipanti, utili in caso di problematiche durante la fecondazione ed il parto¹⁸. Infine, è stato stabilito che non vi fosse l'obbligo di menzionare la tecnica della GPA nel relativo atto di nascita, così come anche i dati riguardanti coloro che hanno preso parte alla pratica (si pensi ai donatori)¹⁹.

Per quanto concerne l'aspetto economico, l'unico compenso ammissibile è quello comprendente le spese da rimborsare alla madre surrogata: qualsiasi accordo di tipo oneroso o che violasse le prescrizioni di legge sarebbe stato nullo²⁰.

¹² Lei 26 de julho 2006, n. 32, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida*.

¹³ Per un approfondimento sulla legislazione portoghese e la sua evoluzione si veda L. BOZZI, *La legge portoghese in tema di gestazione per altri. Riflessioni e interrogativi (su questa e su ogni legge in materia)*, in *Europa e diritto privato*, 2/2024, p. 299.

¹⁴ Lei 22 de agosto 2016, n. 25, *Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*.

¹⁵ Articolo 8, comma 2.

¹⁶ Articolo 8, comma 4.

¹⁷ Articolo 8, comma 7.

¹⁸ Articolo 8, comma 10.

¹⁹ Articolo 15.

²⁰ Articolo 8, comma 5.



In merito al versante delle sanzioni penali, è stata stabilita la pena di 2 anni di reclusione per chiunque promuovesse la modalità onerosa, 5 anni per chi lo promuovesse dietro corrispettivo²¹.

Alcune scelte del legislatore hanno suscitato perplessità e osservazioni critiche in una parte della dottrina. Nello specifico, è stata contestata, ad esempio, l'assenza della previsione del diritto di revoca del consenso da parte della madre surrogata, scelta, si riteneva, in collisione con la tutela dei diritti della personalità²², o ancora la mancata considerazione del *best interest of the child* nella puntuale disciplina del contratto di maternità surrogata.

Alla significativa riforma normativa del 2016 hanno fatto seguito diversi interventi e tentativi interpretativi e correttivi, volti a ridimensionarne e attenuarne gli aspetti maggiormente problematici, principalmente ad opera del *Tribunal Constitucional*²³, e del Parlamento, culminati nel 2021 con l'emanazione di due leggi²⁴.

La prima ha per lo più inciso sul divieto di fecondazione *post mortem*: l'originario assetto vietava l'impiego del seme del *partner* defunto, consentendo solo il trasferimento dell'embrione. Con la modifica, l'inseminazione *post mortem* per mezzo del gamete del marito o del convivente di fatto deceduto è stata legalizzata²⁵.

La seconda²⁶ è quella che rileva maggiormente ai fini della presente indagine, in quanto concerne la c.d. gestazione per altri. Innanzitutto, il legislatore ha stabilito che la pratica potesse essere consentita esclusivamente a committenti che fossero cittadini portoghesi o a committenti stranieri che però avessero la residenza in Portogallo.

In secondo luogo, è stato ribadito che il ricorso a detta tecnica sarebbe stato ammesso solo nelle ipotesi di infertilità grave ed irreversibile ed è stata estesa la possibilità di impiegare la tecnica anche a chi non sia parte di una coppia eterosessuale²⁷. Difatti, l'impossibilità materiale di procreare è la causa principale, agli occhi del legislatore portoghese, che consentirebbe senza troppe remore di accedere alla GPA, ragion per cui lo *status* sentimentale del committente, comunque necessariamente donna, non rileverebbe a tal fine. È stato così ammesso l'impiego della tecnica da parte di coppie sia omosessuali (naturalmente femminili) che eterosessuali, oltre che da donne *single*: la *conditio sine qua non* è l'incapacità della donna di condurre una gravidanza. Inoltre, non sarebbe stato ammissibile l'impiego degli ovociti della madre surrogata ed almeno uno dei gameti che sarebbero andati a formare il patrimonio genetico del nato sarebbe dovuto appartenere alla coppia dei genitori intenzionali.

La novella ha riaffermato inoltre la gratuità del contratto di maternità surrogata e ha stabilito le clausole che l'atto dovrà imprescindibilmente presentare²⁸. Sono state poi introdotte nuove disposizioni nelle quali è contenuta un'elencazione dei diritti e dei doveri dei genitori d'intenzione e della donna gestante, quali il

²¹ Articolo 39.

²² R. VALE, REIS, *Gestação de substituição: soluções portuguesas numa perspectiva transnacional*, in M.J. ANTUNES, D. LOPES (a cura di), *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*, 2020, 10-11; V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *BioLaw Journal*, Riv. di BioDiritto, 1/2020.

²³ Per l'approfondimento delle vicende giurisprudenziali lusitane si rinvia al paragrafo successivo.

²⁴ Cfr. G. ALESSI, *Portogallo – Lei n. 72/2021 e Lei n. 90/2021: modifiche in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *BioDiritto*, 16 dicembre 2021.

²⁵ Lei n. 72, 12 novembre 2021.

²⁶ Lei n. 90, 16 dicembre 2021.

²⁷ Articolo 6.

²⁸ Articolo 8, comma 13.



dovere di trasparenza in sede contrattuale ed il diritto di assistenza psicologica per la gestante durante e dopo la gravidanza²⁹.

Infine, occorre ricordare la modifica che ha interessato il tema della formazione della volontà e del consenso, già oggetto di vivaci dibattiti. Innanzitutto, è stata ribadita l'importanza di strumenti quali l'adeguato prospetto informativo circa i rischi connessi alla gravidanza e le possibili alternative, necessario per garantire la libertà e la completezza dell'autonomia negoziale per i committenti. Ancora, è stata richiamata l'attenzione sulla necessità che non si pattuisca alcuna controprestazione di carattere patrimoniale, ravvisabile anche nella mera sussistenza di un rapporto di lavoro tra le parti, evitando così che il fattore economico possa divenire elemento di costrizione della volontà.

Per quanto concerne la prestazione del consenso, la novella ha il merito di aver risolto un'annosa questione, ammettendone la revoca. Il momento di suddetta azione muta a seconda della parte che la pone in essere: i genitori intenzionali potranno cambiare idea sino all'avvio del processo di procreazione, mentre per la madre surrogata il termine ultimo risulterà essere la registrazione della nascita negli archivi dello stato civile.

Come si è avuto modo di analizzare, il modello portoghese presenta una disciplina dedicata al fenomeno della c.d. gestazione per altri particolarmente ragionata ed attenta, frutto di un'evoluzione normativa coerente. In particolare, molte delle principali criticità etiche e giuridiche tradizionalmente associate alla materia risultano mitigate dalla previsione di limiti e condizioni volte a garantire la tutela della gestante e del nato, senza pregiudicare la realizzazione del progetto genitoriale dei committenti³⁰. In merito alle accortezze che assicurino il rispetto della persona della madre surrogata e della sua libera volontà si può senza dubbio citare il carattere della gratuità della prestazione che impedirebbe a monte il sorgere di condizioni atte a sfruttare la vulnerabilità della donna, qualora versi in condizioni economiche sfavorevoli, la fornitura di servizi di sostegno psicologico durante il percorso, la possibilità di decidere di interrompere la gravidanza e di intervenire nelle scelte più importanti dell'operazione (quale, ad esempio, quella del medico). Per quanto concerne la tutela del minore, occorre menzionare senza dubbio la possibilità che i committenti vengano annotati *ab origine* come genitori nell'atto di nascita, evitando alla radice i tipici problemi legati alla definizione dello *status filiationis* ed all'attribuzione della genitorialità che la tematica sovente presenta.

3. L'intervento del giudice delle leggi portoghese: tra tutela della dignità e razionalizzazione del consenso

L'esito a cui è pervenuto il legislatore portoghese nel disciplinare l'accordo di surrogazione di maternità non sarebbe stato il medesimo qualora il giudice costituzionale non fosse intervenuto per affrontare e tentare di risolvere alcune questioni spinose derivanti da una normativa che ancora mostrava il fianco a qualche incertezza.

Innanzitutto, l'attività del *Tribunal Constitucional* può essere rilevata sin dagli albori della produzione normativa sul tema, quando, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 32/2006, la dottrina ha criticato aspramente la deriva più liberale del legislatore. In tale occasione, il giudice costituzionale

²⁹ Articoli 12-13-13B.

³⁰Cfr. G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2023, p. 698.



ha evidenziato come spetti unicamente al potere legislativo sanzionare penalmente i comportamenti dei consociati qualificati come antiggiuridici, a prescindere da valutazioni etico-sociali³¹.

L'entrata in vigore della legge 25/2016 non ha placato le rimozioni provenienti dall'ambiente scientifico, incentrate principalmente sulla limitata portata del diritto di revoca del consenso da parte della madre surrogata e dalla mancata considerazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia nelle more della disciplina contrattuale³².

Alla luce di dette ambiguità, un gruppo di deputati ha sollevato questione di legittimità costituzionale. Le principali domande formulate dai ricorrenti riguardavano il riconoscimento del diritto fondamentale alla vita familiare, da ritenersi esercitabile anche mediante il ricorso alla gestazione per altri (GPA), nonché il riconoscimento del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche. Veniva inoltre contestata la legittimità dell'esclusione dell'accertamento d'ufficio della paternità con riferimento al minore nato da una donna che avesse fatto ricorso individualmente alla tecnica procreativa ovvero in assenza di un coniuge o di un partner unito civilmente. Su tali questioni il giudice si è pronunciato nei termini di seguito esposti³³.

In merito alla prima questione, il tribunale, nell'affermare la legittimità della c.d. gestazione per altri così come concepita dal sistema giuridico lusitano, ha fatto leva sul principio della dignità umana che deve, nell'ambito dei diritti della persona, intendersi come libertà di autodeterminarsi, la quale tende ad estinguersi nell'ipotesi in cui il soggetto in questione subisca il trattamento di un «objeto» (oggetto). Nell'ipotesi di maternità surrogata, la dignità della donna e, di conseguenza, la sua autodeterminazione non risulterebbero allora violate dal momento che la partecipazione della gestante si presupporrebbe essere guidata da una volontà libera, presunzione rafforzata dall'obbligo della gratuità come elemento di un contratto legittimo. In ogni caso, il giudice è intervenuto per censurare taluni aspetti della legge. Innanzitutto, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui non riconosce la possibilità di "ripensamento" della donna surrogata e nella parte in cui adotta una disciplina incerta e poco chiara circa l'inquadramento dello *status filiationis* del nato derivante da una GPA illecita.

Per quanto attiene alla seconda questione, il tribunale ha evidenziato che, nel bilanciamento tra il desiderio della madre di rimanere anonima ed il diritto del nato a conoscere le proprie origini debba prevalere quest'ultimo, stante l'inclusione dello stesso nel diritto all'identità personale ed allo sviluppo della propria personalità.

Infine, in merito alla terza questione, il giudice ha rigettato la censura di incostituzionalità, ritenendo che non ammettere la dispensa dal riconoscimento d'ufficio di paternità non fosse lesivo dei diritti del bambino³⁴.

³¹ *Tribunal Constitucional, Acórdão* 3 marzo 2009, n. 101, disponibile in tribunalconstitucional.pt.

³² R. VALE, REIS, *Gestação de substituição: soluções portuguesas numa perspectiva transnacional*, in M.J. ANTUNES, D. LOPES (a cura di), *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*, cit.; V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, cit.

³³ *Tribunal Constitucional, Acórdão*, 24 aprile 2018, n. 225, disponibile in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Sull'argomento si veda A. SCHILLACI, *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in *Articolo29*, 25 aprile 2018; G. LAZCOS MORATINOS, *Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués*, in *Dilemata*, n. 28, 2018, p. 137 ss.; M. FASAN, *Portogallo – Tribunal Constitucional – acórdão 225/2018: illegittimità norme della legge sulla gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 24 aprile 2019; C. GUERRIERO PICÓ, *Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, in *cortecostituzionale.it*, 26 aprile 2018; M. R. GUIMARES, *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n° 225/2018*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 44/2018, p. 179 ss.

³⁴ Per un approfondimento si veda R. ORRÚ, P. COSTANTINI, *Vicende e attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2017-2018*, in *Giur. cost.*, 5/2019, p. 2329.



In sintesi, il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge in questione nella parte in cui ammetteva la stipulazione dei contratti di GPA senza però predisporre una disciplina sufficientemente chiara e determinata in ordine alle garanzie poste a tutela del diritto della persona alla formazione di un nucleo familiare. In secondo luogo, ha stabilito l'illegittimità della norma nella parte in cui non riconosceva il già citato diritto al "ripensamento" della madre surrogata. Infine, ha censurato la legge nella parte in cui statuiva un obbligo di riservatezza assoluto, preservando senza esitazione l'identità della madre surrogata o di eventuali donatori terzi, così da ledere irrimediabilmente il diritto del minore a conoscere le proprie origini.

In seguito alle censure formulate dal *Tribunal Constitucional*, il Parlamento è intervenuto al fine di modificare e precisare la disciplina previgente mediante l'adozione del decreto n. 383/XIII³⁵. Tale intervento, tuttavia, non ha integralmente soddisfatto le censure formulate dal giudice costituzionale, permanendo nella disciplina l'assenza di una previsione espressa in ordine al diritto della madre surrogata di revocare il consenso prestato. In questo contesto, è stata nuovamente sollevata questione dinanzi al giudice delle leggi, il quale ha ribadito l'illegittimità costituzionale della legge nelle parti già precedentemente evidenziate³⁶.

Gli indirizzi interpretativi e le esigenze di tutela evidenziati dal *Tribunal Constitucional* sono stati infine definitivamente valorizzati dalla novella del 2021, già analizzata *supra*, la quale ha ulteriormente liberalizzato la disciplina offrendo una più ampia soglia di tutela per i soggetti coinvolti.

4. Il paradigma italiano: reato universale, sanzione penale e *best interest of the child*

L'evoluzione della disciplina della maternità surrogata in Italia rappresenta un esempio concreto delle difficoltà che il diritto sovente incontra nel confrontarsi con il progresso tecnologico e con le nuove possibilità offerte dalla scienza, specie quando in gioco vi siano questioni etiche delicate.

Prima dell'intervento legislativo organico, il fenomeno si collocava in una zona di incertezza normativa, in cui la dottrina e la giurisprudenza sono state chiamate a fornire risposte mediante l'applicazione analogica delle categorie tradizionali del diritto civile, in particolare quelle relative al contratto e/1 alla filiazione. In assenza di una disciplina specifica, gli operatori del diritto hanno giocato un ruolo fondamentale nell'inquadramento e nella tentata risoluzione del problema, creando eterogenee correnti di pensiero.

Il dibattito si è concentrato principalmente sulla sostenibilità o meno di un ipotetico contratto di c.d. gestazione per altri, sul contenuto dello *status filiationis* e sull'attribuzione della genitorialità³⁷.

³⁵ Decreto n. 383/XIII, *Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida*.

³⁶ *Tribunal Constitucional, Acórdão*, 18 ottobre 2019, n. 465, disponibile in *tribunalconstitucional.pt*.

³⁷ La dottrina, già prima della legge 40/2004, si è interrogata sulla questione; sul punto, cfr. *ex multis*, A. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; M. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, in *Justitia*, 1985, pp. 336 ss.; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale, problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 4/1985; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 499; G.D. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in AA.VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986, p. 314; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surrogazione e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1019; P. VERCELLONE, *La filiazione, legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, Torino, 1987, p. 29; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, p. 156; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 2/1998, p. 754; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in *Diritti della personalità e biotecnologie*,



Dopo un *iter* parlamentare durato oltre vent'anni e segnato da decine di proposte legislative mai concretizzate, si è infine giunti alla promulgazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, attuale normativa italiana in materia di procreazione medicalmente assistita.

La disciplina si mostra già in apertura finalizzata a tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, incluso il concepito (art. 1): tale elemento, unito alla generale sfiducia nei confronti delle nuove tecniche mediche, permette di comprendere l'approccio restrittivo adottato dal legislatore italiano, rivolto alla salvaguardia "cieca" del bambino e della donna. Il cardine del divieto di c.d. gestazione per altri è racchiuso nell'articolo 12, comma 6, che punisce con la reclusione e la multa chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità.

Tuttavia, nonostante il tanto agognato intervento del legislatore, il dibattito intorno al tema era ben distante dal concludersi.

Una parte della dottrina riteneva che il divieto si inserisse in una più ampia logica di tutela della dignità umana, che il legislatore considerava compromessa dalla possibilità di dissociare la maternità genetica da quella sociale. La surrogazione veniva infatti considerata incompatibile con il modello tradizionale di famiglia e con il principio secondo cui la filiazione deve fondarsi su un legame naturale o su procedure giuridiche specifiche, come l'adozione. Tale impostazione rifletteva una concezione prudente e cautelativa, che privilegiava la protezione del minore e della donna rispetto alla realizzazione del desiderio di genitorialità.

Nonostante la chiarezza del divieto ed il comune sentimento di sfiducia nei confronti della tecnica di c.d. gestazione per altri (elemento alla base dell'intervento legislativo), altra parte della dottrina ha tuttavia immediatamente individuato lacune ed elementi precari della normativa che ne avrebbero inficiato la struttura. Si può così menzionare la critica nei confronti dell'eccessiva vaghezza dei termini impiegati, focalizzati sull'illustrazione dell'apparato sanzionatorio ma non degli effetti giuridici conseguenti alla violazione del divieto. Nello specifico, la questione più problematica atteneva alla determinazione dello *status* del nato da maternità surrogata, aspetto che non trovava una disciplina specifica, tale per cui l'unica soluzione appariva essere l'applicazione, tanto logica quanto forzata, dell'art. 269 c.c. che conferisce la maternità alla donna che partorisce, criterio apparso a molti insufficiente stante la complessità delle nuove dinamiche genitoriali ³⁸.

Roma, 1999; P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Gius.*, cit.; ID., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2000, p. 836; M. DOGLIOTTI, G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Giust. civ.*, 1/2000, p. 159; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000; A. LA TORRE, *Maternità "surrogata" e gravidanza "di urgenza": la c.d. locazione dell'utero*, in *Giust. civ.*, 2/2000; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 1/2002, p. 179.

³⁸ La letteratura scientifica successiva alla legge 40/2004 è sterminata. Si considera opportuno in questa sede richiamare, a titolo esemplificativo, taluni contributi che incarnano gli orientamenti appena esposti: si veda F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 6/2004, p. 628; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2/2005, p. 203; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2006, pp. 1236-1237; F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, Torino, 2006; S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà-Zatti*, di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, p. 114; G. CIARLARELLO, A. A. CAMPOLONGO, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, A. SANTURRO, V. LO VOI, P. FRATI, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2016, p. 1117; E. LA



Ferma restando l'importanza dell'apporto scientifico dato dalla dottrina, la storia della maternità surrogata in Italia e la sua evoluzione è stata irrimediabilmente segnata dall'intervento della giurisprudenza. La situazione iniziale di vuoto normativo, seguita da una disciplina successivamente introdotta ma caratterizzata da una struttura ancora in parte precaria, ha costituito un terreno particolarmente fertile per l'intervento della giurisprudenza, chiamata a confrontarsi direttamente con le trasformazioni sociali e a intercettarne le esigenze emergenti. In tale prospettiva, i giudici si sono posti come osservatori privilegiati dei mutamenti delle comunità sociali e dei conseguenti impulsi provenienti dalle stesse, contribuendo a tradurre tali istanze in interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela.

I primi interventi, risalenti a prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004, si sono distinti in due principali filoni che si susseguono in ordine cronologico, concentratisi per lo più sulla possibilità o meno di ammettere accordi contrattuali di surrogazione e, se sì, in che modo qualificarli.

La prima corrente, venutasi a sviluppare negli anni in cui il fenomeno della procreazione medicalmente assistita ha fatto la sua comparsa in Italia, si è caratterizzata per una sostanziale diffidenza nei confronti della tecnica e, conseguentemente, tendente a statuire la nullità di un ipotetico contratto di c.d. gestazione per altri, giudicato incompatibile con i principi costituzionali e della contrattualistica³⁹.

Il secondo orientamento, anticipando di fatto la presa di coscienza e le conquiste di parte della giurisprudenza successiva alla normativa, ha invece mostrato tendenze più liberali, dimostrando di comprendere l'importanza di tutelare i diritti dei soggetti in gioco senza rinunciare *a priori* al rispetto dell'ordine pubblico. Non solo: in alcune circostanze, alcuni giudici si sono dimostrati consapevoli dell'enorme potenzialità delle nuove tecniche e della loro portata rivoluzionaria, osservando che non vi fosse alcuna fonte normativa che ne stabilisse l'illegittimità⁴⁰.

ROSA, *Maternità surrogata*, in *Treccani Diritto Online*, 2017; A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2019; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019; G. CASSANO, *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, in *Giustamm*, 30 settembre 2021; A. DI LALLO, *La maternità surrogata offende la dignità della donna ed è un principio di ordine pubblico: la soluzione resta l'adozione in casi particolari*, in *Diritto e Giustizia*, 14/2024, p. 3; A. VITALI, *Maternità surrogata e mancata instaurazione del rapporto con il genitore d'intenzione*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2025, p. 352; C. CUCCURU, *Estensione della punibilità limiti costituzionali: riflessioni a partire dal divieto "universale" di surrogazione di maternità*, in *Consulta Online*, 1/2026, p. 161.

³⁹ A titolo esemplificativo si può citare quello che viene pacificamente considerato il primo caso di maternità surrogata in Italia, avente come protagonisti i coniugi Valassina e deciso dal Tribunale di Monza: si veda Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, p. 5, con nota di G. PALMIERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*. Il Tribunale adito ha qualificato il contratto di maternità surrogata quale contratto atipico radicalmente nullo sotto il profilo civilistico. Il giudice ha rilevato, anzitutto, l'indisponibilità degli *status* personali, ritenendo che gli stessi non potessero formare oggetto di accordi fondati sul mero consenso delle parti. Ha evidenziato, inoltre, come l'atto di disposizione del proprio corpo implicato dal contratto risultasse contrario alla legge, all'ordine pubblico e, quantomeno nelle ipotesi caratterizzate da onerosità, anche al buon costume, ai sensi dell'art. 5 c.c. Il Tribunale ha ravvisato, altresì, la mancanza dei requisiti della possibilità e della liceità dell'oggetto richiesti dagli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., sottolineando come non potessero essere oggetto di negoziazione comportamenti integranti fattispecie penalmente rilevanti. A ciò si aggiungeva, nei casi in cui fosse previsto un corrispettivo economico, l'illiceità della causa *ex art.* 1343 c.c., poiché il rapporto di filiazione veniva sostanzialmente assoggettato a uno scambio patrimoniale. Infine, il giudice ha osservato che, ove il contratto fosse stato predisposto al fine di eludere la disciplina imperativa in materia di adozione, esso avrebbe dovuto considerarsi nullo anche per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

⁴⁰ Si veda Trib. Min. Roma, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, pp. 188 ss., il quale, affrontando il tema del riconoscimento da parte del padre genetico di una figlia nata da madre surrogata, afferma che «il metodo seguito dai coniugi (genitori committenti) non trova divieto nel diritto vigente: per cui, da questo punto di vista, essi hanno occupato uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa» non potendosi così «sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito e compensato il concepimento della bambina». Successivamente, secondo Trib. Roma, XI sez. civile, ord. 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 310 ss., con commento di V. FINESCHI, P. FRATI, E. TURILLAZZI, *L'ordinanza capitolina*



Dopo il 2004, l'attività giurisprudenziale non si è esaurita ma anzi ha trovato un considerevole incremento a fronte della lacunosità della normativa. Nello specifico, è stato dimostrato come il divieto assoluto non abbia portato ad un freno nei confronti della pratica, ma abbia invece gettato le basi per fughe verso Paesi più permissivi in cui sia reso possibile divenire genitori (c.d. turismo procreativo). Ecco allora che i giudici hanno dovuto fare i conti con le conseguenti problematiche legate al riconoscimento dell'atto straniero (sentenza o atto di nascita che attestasse la c.d. genitorialità intenzionale) basato su una fattispecie vietata dalla legge nazionale. Il tutto si giocava nel rapporto tra la tutela del minore ed il rispetto del principio di ordine pubblico.

La giurisprudenza di merito in diverse circostanze ha fatto registrare approcci più permissivi, propensa nella maggior parte delle volte a riconoscere *in toto* l'efficacia del provvedimento straniero che attestasse la genitorialità, a prescindere dalla sussistenza o meno di un legame genetico con il nato, facendo prevalere il *best interest of the child* nella dinamica del bilanciamento di valori⁴¹.

L'operato della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale è senza dubbio quello che meglio sintetizza il percorso evolutivo della GPA nel nostro paese, approccio caratterizzato da una prima rigida posizione che vedeva favorito il principio di ordine pubblico sopra ogni esigenza dei soggetti coinvolti e da una successiva apertura rivolta a tutelare le parti più fragili del contesto (il fanciullo *in primis*) tramite l'impiego di soluzioni alternative che avrebbero fatto da compromesso tra i valori in gioco. Difatti, i giudici hanno inizialmente ribadito la contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico internazionale, cristallizzato nel divieto normativo il quale, a detta dei togati, non violerebbe il *best interest of the child*: è stato così dato risalto all'elemento biologico piuttosto che a quello intenzionale, statuendo l'intrascrivibilità del provvedimento straniero che attestasse la genitorialità non fondata sul dato genetico⁴². La linea dura è proseguita per mezzo di interventi (anche autorevoli come quelli delle Sezioni Unite) i quali hanno confermato la legittimità della scelta del legislatore italiano nel vietare la surrogazione e la trascrizione dell'atto straniero da cui si evinca la responsabilità genitoriale dei committenti, ammettendo tuttavia strumenti alternativi (purché celeri ed efficaci), quali l'adozione speciale, per colmare il *gap* venutosi a creare e garantire il diritto del minore alla propria identità personale, in cui è compresa la qualifica di figlio, ed il diritto ad avere una famiglia⁴³.

sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2000, p. 603, «è lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non sia previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio».

⁴¹ Cfr., App. Bari, sez. civ., 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699, il quale ha ordinato la trascrizione di due *parental orders* britannici che attestavano la maternità legale della madre sociale piuttosto che di quella biologica, ammettendo che il c.d. *favor veritatis* cede il passo di fronte al c.d. *favor filiationis*; Trib. Napoli, sez. I, 1° luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, pp. 2695 ss., il quale ha accolto l'impugnazione di un padre per la mancata trascrizione degli atti di nascita dei suoi due figli nati in Colorado in seguito a GPA, affermando che la trascrizione non fosse in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, poiché il fine ultimo deve essere la tutela del minore, a prescindere se la procreazione avvenga in misura tradizionale o medicalmente assistita.

⁴² Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2014, pp. 1132 ss.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, 1, pp. 5 ss., con nota di G. CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, *ivi*.

⁴³ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia*, 2019, pp. 369 ss., con commento di D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2020, p. 393; Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. dir.*, 2023, pp. 408 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione*



Il dibattito sul tema della maternità surrogata ha raggiunto una nuova fase con l'entrata in vigore della legge 169/2024, modificativa della 40/2004, con cui è stato inasprito il divieto penale contenuto nell'art. 12, comma 6, prevedendo la perseguibilità dei cittadini italiani anche quando la pratica di fecondazione avvenga all'estero. Questa innovazione normativa ha configurato la surrogazione come un reato perseguibile indipendentemente dal luogo di commissione, diffondendo l'impiego della nozione di «reato universale». La novella rappresenta un significativo rafforzamento dell'apparato sanzionatorio e riflette la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno del c.d. turismo procreativo, nel tentativo di impedire l'elusione del divieto interno.

Tuttavia, la scelta legislativa solleva questioni complesse⁴⁴. Innanzitutto, il legislatore sembra aver accantonato il principio secondo cui un fatto, affinché venga qualificato e punito come illecito penale, deve risultare reato anche nello Stato estero dove è commesso (c.d. doppia incriminazione)⁴⁵. Inoltre, la perseguibilità extraterritoriale viene solitamente configurata per illeciti dalla particolare gravità che minacciano l'ordine pubblico ed il cui disvalore è pacificamente riconosciuto in seno alla comunità internazionale, qualificazione irragionevole secondo questi termini per la maternità surrogata. Infine, si teme che la criminalizzazione dei genitori produca «orfani di Stato», compromettendo le procedure di adozione speciale e privando il bambino di una famiglia stabile proprio in nome del disincentivo alla pratica⁴⁶.

In conclusione, occorre comprendere come l'ordinamento italiano non possa turbare la vita familiare consolidatasi né il diritto del bambino ad avere una propria identità ed una famiglia, così come riconosciute in un altro Stato membro. Alla luce di queste prime osservazioni condotte dagli esperti del settore, bisognerà attendere per verificare la reale portata del nuovo divieto e la conseguente evoluzione del diritto vivente, in un contesto, da tradizione, già turbolento ed incerto, in cui l'intervento legislativo, da tempo invocato, non sembra aver dato una risposta soddisfacente⁴⁷.

L'ultima tappa del dibattito intorno alla surrogazione di maternità è stata inaugurata dalla recentissima questione sollevata dalla prima sezione della Corte di Cassazione e rimessa alle Sezioni Unite, concernente la possibilità di estendere la disciplina legislativa riguardante il riconoscimento dello *status filiationis* dei nati da rapporti tra consanguinei anche ai nati da gestazione per altri⁴⁸. Nello specifico, la decisione degli ermellini ha preso le mosse da un ricorso presentato da una coppia eterosessuale avverso

piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230, pp. 437 ss.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in Corr. giur., 2021, pp. 1037 ss., con nota di S. TONOLO, La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative.

⁴⁴ Cfr. P. M. SABELLA, *La surrogazione di maternità come reato universale* in M. CALDIRONI, S. P. PERRINO (a cura di), *The Family (R)evolution*, Modena, 2025, ove si analizzano i molteplici profili critici di carattere penalistico che la novella ha irrimediabilmente generato, quali l'indefinitezza della condotta oggetto della fattispecie incriminatrice, la sproporzionalità della pena e la debole tutela del minore.

⁴⁵ Per approfondire il tema della c.d. doppia incriminazione si veda A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 95; M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale*, Bologna, 2016, p. 409.

⁴⁶ Cfr. S. MASSI, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *Dir. pen. Proc.*, 4/2025, p. 517.

⁴⁷ Cfr. F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, in *Genius*, 31 gennaio 2024, pp. 1 ss.

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, ord. 12 marzo 2026, n. 5656, in *Diritto e Giustizia*, 54/2026, p. 0001, con nota di A. FIGONE, *Surrogazione di maternità, status del figlio tra adozione in casi particolari e disciplina del riconoscimento a seguito di rapporto incestuoso*, *ivi*.



una sentenza della Corte d'appello di Bari la quale, confermando l'orientamento del giudice *de prime cure*, aveva negato la trascrizione dell'atto di nascita ucraino del bambino avuto dagli stessi coniugi tramite il procedimento di gestazione per altri. Il giudice di legittimità ha così colto l'occasione per offrire uno spunto di riflessione al supremo collegio, ossia se, stante le criticità dell'istituto della trascrizione e dell'adozione speciale (come già accertate dalla giurisprudenza)⁴⁹, la tutela del minore potesse essere integrata dall'applicazione in via analogica della disciplina posta per il riconoscimento dello *status filiationis* a favore dei nati da rapporti incestuosi, risultante dal combinato disposto degli articoli 251 e 273 c.c. così come reinterpretato dal giudice delle leggi⁵⁰.

Approfondendo il ragionamento della Suprema Corte, è stato posto l'accento sull'insufficienza della trascrizione dell'atto straniero come veicolo della tutela del minore all'interno della necessaria operazione di bilanciamento con altri principi fondamentali dell'ordinamento, quale l'ordine pubblico internazionale, così come è stata evidenziata la totale esclusività del suddetto strumento in capo ai genitori, estromettendo *in toto* il minore da una procedura di cui dovrebbe essere l'indiscusso protagonista. Sulla base di dette premesse, il giudice di legittimità si è interrogato sulla possibilità di impiegare come rimedio il modulo legislativo concernente il riconoscimento della filiazione ai nati da rapporti tra consanguinei, basato su un accertamento giudiziale la cui formale richiesta può provenire anche dal minore. L'intuizione della Cassazione si baserebbe sulle profonde similitudini tra il contesto dei minori nati da gestazione per altri e da incesto. Difatti, in entrambi i casi, alla rilevanza penale delle condotte dei genitori, consistenti rispettivamente nell'offesa verso principi fondamentali dell'ordinamento e nella riprovevolezza morale, fa da contraltare il diritto del minore ad un'identità personale all'interno ed all'esterno del nucleo familiare ed alla bigenitorialità, elementi della sfera giuridica del nato che non può essere in alcun modo affetta dal disvalore insito nei comportamenti degli adulti.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, una nuova proposta non del tutto convenzionale si è inserita, come ormai da prassi, nel creativo ed indefesso percorso di produzione giurisprudenziale intorno al tema della tutela del minore nel contesto della maternità surrogata, rinviando, conseguentemente, l'appuntamento per una soluzione sistemica e strutturata.

5. Il Portogallo come possibile ispirazione per l'Italia? Spunti comparativi e prospettive di riforma

In sede di conclusioni, può ritenersi ormai matura la questione prospettata in apertura circa la trasponibilità, o quantomeno l'eventuale influenza, del modello portoghese nell'ordinamento italiano, alla luce dell'analisi svolta in ordine all'evoluzione normativa e giurisprudenziale dei due sistemi giuridici in materia di c.d. gestazione per altri.

Difatti, la situazione nostrana è un chiaro esempio in cui l'approccio legislativo, incarnato nel divieto assoluto della legge 40/2004, sia frutto più di una presa di posizione ideologica inamovibile nei confronti delle conquiste della scienza e della medicina che hanno messo in crisi il modello tradizionale di genitorialità e di filiazione piuttosto che di reale conoscenza senza pregiudizi del fenomeno e delle sue

⁴⁹ Cfr. Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.; Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162; Corte cost., 22 maggio 2025, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.

⁵⁰ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Vita not.*, 1/2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina sulla cosiddetta filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero, che resta impervio, ivi*.



potenzialità. Una visione così miope non tiene quindi conto delle posizioni delicate dei soggetti coinvolti, aspetto testimoniato ulteriormente dalla recente novella, più simile ad uno slogan politico dai tratti populista piuttosto che di un intervento dalla pregevole fattura giuridica.

L'intuizione legata al possibile impiego del modello portoghese deriva, come già illustrato, dal particolare *iter* che ha interessato l'approccio normativo alla maternità surrogata, caratterizzato prima da un divieto assoluto corroborato da sanzioni penali (situazione totalmente sovrapponibile a quella italiana) ed in seguito da formale legittimazione della pratica, seppur a talune condizioni. In secondo luogo, un altro elemento interessante di possibile giuntura è il *background* culturale e giuridico lusitano che rivela uno Stato europeo dai costumi e dalle pratiche molto simili al modello italiano.

La legislazione portoghese mostra diversi punti di forza che sembrano risolvere talune criticità che sovente si riscontrano nel dibattito avente al centro la GPA.

Innanzitutto, evidenzia una seria considerazione per la delicata posizione della donna gestante, garantendo per la stessa la formazione di una volontà libera da qualsivoglia condizionamento: così, l'unica tipologia contrattuale ammessa è quella a titolo gratuito, in modo tale che la madre surrogata scelga deliberatamente di prestare il proprio utero senza che una decisione così gravosa sia mossa da considerazioni di natura economica, leva di particolare efficacia nel caso di situazioni finanziarie precarie o condizioni sociali degradate. Ancora, la normativa non si limita ad assicurare l'assenza di costrizioni della volontà ma, altresì, si impegna a valorizzarla: ecco allora che la donna gestante risulta avere maggior peso decisionale nelle more della pratica, potendo scegliere di revocare il consenso precedentemente prestato, di selezionare il medico destinato ad eseguire l'operazione e di indicare la tipologia di parto a cui intende sottoporsi.

In secondo luogo, la disciplina offre una soluzione anche per l'annosa questione riguardante lo *status filiationis* del nato, riconoscendo quest'ultimo come figlio legale dei committenti *ab origine*, senza che sia necessario alcun successivo riconoscimento per mezzo di istituti alternativi come l'adozione speciale e senza che si oppongano limiti come quello del legame genetico. La semplice soluzione qui descritta assicura così per il fanciullo un corretto sviluppo della sua identità personale e dei rapporti affettivi con i genitori che lo hanno desiderato.

In seguito ad un'attenta analisi, si può notare come la disciplina portoghese su alcuni aspetti potrebbe risultare compatibile con l'assetto normativo italiano, anche quando il punto di partenza sia la legge 40/2004. Ad esempio, la rescissione del legame genitoriale tra la donna gestante ed il nato, con la conseguente indicazione, nell'atto di nascita di quest'ultimo, dei committenti come genitori legali, può essere resa tramite l'istituto della dichiarazione di non voler essere nominata come madre da parte della surrogata ex art. 30, D.P.R. n. 396/2000, purché la legge sulla procreazione assistita venga rivista in riferimento al divieto di impiegare suddetto istituto (art. 9), ammettendo un'eccezione⁵¹.

Tuttavia, tale procedimento comparativo non è esente da problematiche: esistono difatti diversi aspetti in cui la conciliazione tra i due modelli appare difficoltosa. Una fra tutti, vi è la questione dei soggetti a cui è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione. Come sopra illustrato, la legislazione portoghese ammette il ricorso alla GPA per questioni esclusivamente cliniche, ossia qualora sia impossibile per le donne interessate condurre una gravidanza a causa di condizioni patologiche. Ciò ha portato

⁵¹ Simili intuizioni sono riscontrabili in altri contributi sul tema. Cfr. G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, cit.; L. BOZZI, *La legge portoghese in tema di gestazione per altri. Riflessioni e interrogativi (su questa e su ogni legge in materia)*, cit.



ad allargare lo spettro dei soggetti legittimati anche alle donne impegnate in una relazione omosessuale oppure *single*, non avendo alcuna rilevanza lo *status* sentimentale delle medesime. L'ordinamento italiano è invece chiaro nel consentire l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole coppie eterosessuali, escludendo tutti coloro che non rientrino in detto binomio.

In secondo luogo, è pur vero che il paradigma portoghese mostra il fianco a talune criticità che rendono più difficoltoso risolvere in maniera definitiva il dibattito sorto intorno alla maternità surrogata. Difatti, nonostante l'approccio liberale, la normativa apparirebbe per certi versi ancora particolarmente restrittiva, tale da facilmente indurre i soggetti interessati a ricorrere alla medesima pratica all'estero con condizioni più favorevoli, non eliminando quindi del tutto il fenomeno del c.d. turismo procreativo. Gli esempi circa i requisiti profondamente limitanti sono molteplici, dall'esclusiva gratuità del contratto alla rarità delle condizioni di infertilità come presupposto d'accesso fino all'esclusività della volontà della gestante, che potrà revocare il proprio consenso o addirittura decidere, al momento della nascita, di non cedere il bambino, senza che i genitori d'intenzione possano formalmente opporsi.

In ogni caso, ferme restando le criticità evidenziate, è opportuno riconoscere il valore simbolico e rivoluzionario della legge in questione. Difatti, il modello portoghese, anche se con i relativi limiti, ha legalizzato la pratica della maternità surrogata, scardinando una concezione etica e morale ancora oggi presente in molti Stati europei e superando barriere teoriche che per lo più apparivano come irragionevoli e discriminatorie. Non solo: il legislatore ha altresì previsto un tipo contrattuale in cui gli accordi tra la madre gestante ed i genitori intenzionali potessero svilupparsi. Inoltre, non si può escludere che la disciplina legislativa possa trovare un'ulteriore liberalizzazione, risultando in ogni caso un buon punto di partenza. In conclusione, l'introduzione di un modello simile nel contesto giuridico nostrano (con un'adeguata revisione dell'assetto normativo già esistente) offrirebbe un'adeguata e puntuale soluzione basata sulla considerazione di tutti i valori in gioco, con un legislatore finalmente conscio e presente e senza una giurisprudenza che, sostituendosi allo stesso, tenti di sopperirne le lacune.