

GIOVANNA RAZZANO

Maternità surrogata e diritti fondamentali: mercato riproduttivo, dignità della donna e tutela del minore

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Uno sguardo oltre i confini nazionali. – 3. Le tesi a sostegno della «gestazione per altri». – 4. Il Rapporto ONU e la critica alla regolazione del mercato. – 5. Maternità surrogata e *best interests of the child*. – 6. La tutela del nato da maternità surrogata in Italia e cenni alla Spagna. – 7. Considerazioni conclusive: tutela del minore e limiti dell'analogia con il figlio incestuoso.

1. Il tema della maternità surrogata solleva interrogativi particolarmente complessi sotto il profilo costituzionale, poiché coinvolge simultaneamente la tutela della dignità della donna, la protezione dei diritti del minore e il ruolo dell'autonomia privata nelle scelte riproduttive. La questione centrale può essere sintetizzata in una domanda che negli ultimi anni è emersa con crescente intensità nel dibattito giuridico e politico¹: la materni-

¹ Cfr. in ordine cronologico M. CASTELLANETA, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in *Famiglia e minori*, maggio 2009, n. 5; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale*, 2/2017; B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, II, p. 183; S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2017, II, 325; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. Cost.*, 1/2018, p. 69; M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, 677 ss.; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, p. 197; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; A.G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021; V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei*

tà surrogata costituisce un fenomeno da regolamentare all'interno del mercato dei servizi riproduttivi oppure, al contrario, deve essere contrastata in quanto pratica incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali?

La questione centrale investe direttamente il modo in cui l'ordinamento giuridico intende proteggere alcuni valori fondamentali: la dignità della persona, il divieto di commercializzazione del corpo umano², la tutela delle relazioni di filiazione e della stessa maternità, ai sensi dell'art. 31, comma 2, della Costituzione.

Nell'ordinamento italiano la risposta legislativa è stata formulata da oltre vent'anni. La legge n. 40 del 2004 ha qualificato come reato il comportamento di chi realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità, indipendentemente dall'esistenza di un corrispettivo economico e dalle motivazioni. Il divieto è dunque assoluto³. Inoltre, sono state di recente approvate ulteriori norme di contrasto alla surrogazione di maternità (legge n. 169 del 2024)⁴, le quali hanno esteso la punibilità del reato anche ai cittadini italiani che lo realizzino all'estero, al fine di contrastare l'aggiramento delle norme interne attraverso il c.d. "turismo procreativo" e l'elusione di

diritti dell'infanzia, in *Riv. dir. civ.*, 3/2022, p. 478; E. BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022; A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Famiglia e Diritto* (12), 2022, pp. 1175-1183.

² Com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3) e la Convenzione di Oviedo (art. 21) affermano che il corpo umano e le sue parti non possono essere fonte di profitto; l'art. 5 del Codice Civile italiano (Atti di disposizione del proprio corpo) vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Cfr. al riguardo R. ROMBOLI, *Art. 5*, in *Commentario al Codice civile, Persone fisiche*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, p. 229; in ambito civilistico A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 125; M. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, § 20; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Ann. Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, p. 251.

³ Come osserva Cass. Sez. un. civili, n. 38162 del 2022, su cui ci si soffermerà in seguito, «il nostro sistema vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità» (punto n. 18 dei Motivi della decisione).

⁴ La Legge 4 novembre 2024, n. 169, consiste nell'introduzione di un articolo che modifica l'articolo 12 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Il comma 6 di tale articolo stabilisce: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti, embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a un milione di euro». A questa disposizione è stato aggiunto un paragrafo che prevede quanto segue: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

un divieto che integra un principio di ordine pubblico internazionale, posto a tutela di valori fondamentali⁵.

Da parte sua, la Corte costituzionale ha più volte affermato, fin dalla sent. n. 272/2017, che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Tale affermazione rappresenta uno dei punti di riferimento più significativi per comprendere l'orientamento dell'ordinamento italiano.

Negli ultimi anni, tuttavia, il fenomeno ha assunto una dimensione sempre più transnazionale. La crescente mobilità delle persone e l'esistenza di sistemi normativi profondamente differenti hanno favorito lo sviluppo di un vero e proprio mercato globale della *surrogacy*, in forte espansione⁶ e sostenuto anche da un rilevante supporto mediatico⁷. Questa trasformazione ha posto nuove questioni, a cominciare proprio da quella concernente la tenuta dei menzionati valori fondamentali a fronte della diffusione della pratica oltre i confini nazionali.

Viene inoltre in rilievo il tema della tutela dei nati da maternità surrogata realizzata all'estero da cittadini di Paesi in cui la pratica è vietata, e la posizione giuridica dei minori rispetto alla madre surrogata e ai committenti (o genitori d'intenzione). In assenza di norme specifiche, la giurisprudenza – in particolare quella di legittimità – ha cercato di individuare soluzioni capaci di conciliare la tutela del minore con il divieto della maternità surrogata sancito dal legislatore, come si vedrà oltre.

⁵ Cfr. Cass. Sez. un. civili, n. 12193 del 2019 e soprattutto Cass. Sez. un. civili, n. 38162 del 2022, dove si spiega: «Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico internazionale comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema (...) Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi dalla comunità internazionale (...) si pone nel punto di intersezione di tendenze diverse: clausola generale per eccellenza, naturalmente portata a recepire le evoluzioni socio-culturali, anche sotto l'influenza della giurisprudenza della CEDU, ma anche a non dimenticare la propria radice identitaria in una cornice costituzionale. L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento – la sua identità, appunto – è quanto risulta tanto dalla Costituzione quanto dalle fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione».

⁶ Si stima che abbia superato i 26,45 miliardi di dollari nel 2025, con previsioni di 238,56 miliardi di dollari entro il 2035. La crescita annuale composta tra il 2026 e il 2035 (CAGR) è stimata attorno al 24,6%. Fonte: www.researchnester.com/it/reports/surrogacy-market/6177#.

⁷ Le attuali strategie di marketing si avvalgono, com'è noto, di strumenti e modalità ulteriori rispetto a quelle tradizionali, tra cui l'inserimento, all'interno di *fiction* e serie televisive, di situazioni narrative che presentano, la maternità surrogata come una scelta socialmente accettabile e come espressione di altruismo. Si veda ad es. la serie *Friends*, dove un personaggio si offre con disinteresse come madre surrogata per suo fratello e la moglie. Durante la prima visione, la serie registrava negli USA una media di circa 25-30 milioni di spettatori a settimana.

Negli ultimi mesi ha poi assunto particolare rilievo il Rapporto della Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne, Reem Alsalem, presentato nell'ottobre 2025 all'Assemblea generale (d'ora innanzi Rapporto ONU). Il documento offre un'analisi sistematica del fenomeno e giunge a conclusioni che incidono profondamente sul dibattito contemporaneo, offrendo una risposta alla domanda che si era prima formulata. Secondo il Rapporto, infatti, la maternità surrogata rappresenta una forma di sfruttamento incompatibile con la tutela dei diritti umani e nessun modello regolatorio è in grado di eliminare i rischi connessi a tale pratica.

Alla luce di queste premesse, il presente contributo si propone di esaminare il fenomeno della maternità surrogata (d'ora innanzi MS) principalmente nella prospettiva del diritto costituzionale, di analizzarne il contesto internazionale ed europeo e di sottoporre a valutazione critica le tesi favorevoli alla sua regolazione, anche alla luce delle argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza di legittimità.

2. L'espansione del mercato della MS è strettamente collegata alla dimensione globale del fenomeno. La domanda proveniente da Paesi nei quali la pratica è vietata o fortemente limitata ha favorito lo sviluppo di circuiti transnazionali che coinvolgono Stati con legislazioni più permissive.

Il diritto comparato mostra un panorama estremamente variegato. Alcuni ordinamenti prevedono un divieto assoluto della MS, considerata incompatibile con i principi fondamentali di tutela della persona⁸. Altri, invece, consentono forme di surrogazione non commerciale o c.d. "altruistica", prevedendo ipotesi in cui alla donna gestante siano riconosciuti soltanto rimborsi per le spese mediche sostenute⁹. In alcuni casi, invece, sono ammessi e disciplinati veri e propri modelli commerciali¹⁰.

⁸ Oltre all'Italia anche la Francia, la Germania e la Svizzera prevedono un divieto assoluto di MS, penalmente sanzionato. Cfr. l'art. 16 del codice civile francese, gli artt. 227-12 e 511-24 del codice penale e l'art. L. 2162-5 del *Code de la santé publique*. Cfr. inoltre, per l'ordinamento tedesco, l'*Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG* del 21 giugno 2021, *Part 2, Surrogacy* e l'*Embryonenschutzgesetz (ESchG)*, del 1990. Quanto alla Svizzera, cfr. il *Federal Act on Medically Assisted Reproduction (Reproductive Medicine Act, RMA)*, entrato in vigore nel 2001 (cfr. in particolare *Chapter 2 Techniques of Medically Assisted Reproduction*, art. 4 *Prohibited Practices* e *Chapter 4 Criminal Provisions*, art. 31). È assai significativo inoltre che in Svizzera sia la stessa Costituzione a vietare la maternità surrogata (art. 119, par. 2, lett. d), disponendo che la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità sostitutiva sono inammissibili.

In Spagna gli accordi sono nulli, a prescindere dal fatto che siano conclusi o meno a titolo oneroso (art. 10 l. 14 del 2006). Il Tribunale costituzionale, con la sent. n. 277 del 2022, ha dichiarato la contrarietà all'ordine pubblico dei contratti di surrogazione di maternità in quanto contrari alla dignità della donna e del bambino.

⁹ Cfr. ad es. il Portogallo, con la legge n. 90 del 2021, di modifica delle legge n. 32 del 2006, *Gestação de substituição*; il Regno Unito, con *Surrogacy Arrangements Act* del 1985,

Questa pluralità di soluzioni normative riflette differenti concezioni del rapporto tra libertà individuale e limiti posti dall'ordinamento a tutela della dignità umana. Nei sistemi che optano per il divieto, la MS è considerata incompatibile con il principio secondo cui la persona umana e il suo corpo non possono essere strumentalizzati e divenire oggetto di negoziazione economica. Nei modelli più permissivi, al contrario, si ritiene che la libera autodeterminazione degli individui possa legittimare accordi di questo tipo.

Il Parlamento europeo, in una risoluzione del 2022 relativa all'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne¹¹, ha richiamato l'attenzione anche sul tema della MS, dal momento che questo Paese, che copre una quota superiore al 25% del mercato globale della *surrogacy*, presenta una disciplina normativa che non offre garanzie rispetto alla vulnerabilità delle madri surrogate e ai rischi di sfruttamento. Il documento europeo ha sottolineato come la MS possa esporre le donne, soprattutto quelle in condizioni economiche svantaggiate, a forme di mercificazione incompatibili con il rispetto della dignità umana.

Un ulteriore passo significativo è stato compiuto con la direttiva europea del 2024 in materia di tratta di esseri umani¹², che ha incluso lo sfruttamento connesso alla MS tra le possibili forme di sfruttamento rilevanti ai fini della disciplina della tratta. Pur non configurando un divieto generalizzato della pratica, tale intervento dimostra come le istituzioni europee riconoscano l'esistenza di rischi particolarmente elevati per le donne coinvolte.

Questi sviluppi confermano che la MS non può essere considerata esclusivamente come una questione di autonomia contrattuale o di libertà individuale, ma deve essere analizzata nel più ampio quadro della tutela dei diritti fondamentali.

integrato dal *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990, così come modificato nel 2008; l'Irlanda (Éire), con l'*Health (Assisted Human Reproduction) Bill* del 2022. Il Canada mostra un modello altruistico, che tuttavia risulta solo apparente (cfr. al riguardo, già dieci anni or sono, P.M. WHITE, *Hidden from view: Canadian gestational surrogacy practices and outcomes*, 2001-2012, 2016, www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/j.rhm.2016.06.006).

¹⁰ Emblematico in Europa è il caso dell'Ucraina, con *Family Code of Ukraine by the Law of Ukraine* No. 2947-III del 2002, art. 123, che dispone (paragr. 2): «If a human embryo conceived by a couple (man and woman) as a result of the use of assisted reproductive technologies is transferred into another woman's body, the parents of the child are the spouses». Inoltre (paragr. 3): «The couple is recognized as the parents of a child born to the wife after the transfer into her body of a human embryo conceived by her husband and another woman as a result of the use of assisted reproductive technologies». Infine (art. 139) «Disputing maternity is not allowed in the cases provided for by the second and third parts of Article 123 of this Code». Negli Stati Uniti la stragrande maggioranza degli Stati presenta legislazioni permissive e modelli di MS commerciali.

¹¹ Risoluzione del 5 maggio 2022 (2022/2633(RSP)).

¹² Direttiva (UE) 2024/1712, adottata a giugno 2024, che modifica la precedente normativa 2011/36/UE.

3. Nel dibattito giuridico degli ultimi anni, si registrano alcune posizioni che sostengono l'ammissibilità, entro determinati limiti, della MS, che si preferisce definire «gestazione per altri». La scelta di questa espressione non è priva di significato: essa risulta meno connotata in senso negativo, poiché evita il termine «surrogazione», che richiama immediatamente la dimensione contrattuale dell'accordo, e ricorre invece a una formula capace di evocare logiche solidaristiche più facilmente compatibili con i principi degli ordinamenti costituzionali. Si lasciano in tal modo sullo sfondo i profili critici, quali la contrattualizzazione di una nascita e tutto ciò che ne deriva, come la reificazione del corpo femminile, la strumentalizzazione del bambino e lo sfruttamento di condizioni di vulnerabilità.

Secondo tali prospettive, la MS c.d. altruistica dovrebbe essere valutata favorevolmente e distinta da quella commerciale¹³. La prima ricorrerebbe quando la donna che porta avanti la gravidanza rinunci a un compenso economico, salvo un mero rimborso-spese, e agisca per spirito di solidarietà nei confronti dei genitori intenzionali. In questa ottica, si sostiene che anche il legislatore italiano dovrebbe differenziare le fattispecie e rivedere l'attuale assetto normativo, consentendo forme di «gestazione per altri» di carattere altruistico o solidale. Tuttavia, sebbene tali modelli siano previsti in alcune legislazioni straniere, permangono seri dubbi sulla loro effettiva consistenza: da un lato, perché i rimborsi spese celano compensi economicamente significativi¹⁴; dall'altro, perché esperienze come quella della Grecia¹⁵ evidenziano come il richiamo all'altruismo possa in realtà mascherare abusi ancora peggiori nei confronti delle donne, fino a integrare fattispecie di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani.

¹³ Così, ad es., A.G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica*, cit. Hanno rimarcato la distinzione fra MS altruistica e commerciale P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 219 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 52; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Jus civ.*, 2017, p. 1097 ss. Favorevole alla MS altruistica è il documento del 2023 della Commissione di studio delle Chiese battiste, metodiste e valdesi in Italia per i problemi etici posti dalla scienza, *La gestazione per altri. Una prospettiva etico-teologica*.

¹⁴ Cfr. in particolare le considerazioni del menzionato Rapporto ONU, pp. 4-8 e 19, nonché lo studio di K. HORSEY, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 48, 2024.

¹⁵ La legge greca n. 3089 del 2005, ha dato luogo nel tempo a fenomeni di sfruttamento sistematico di donne provenienti da Paesi terzi, spesso in condizioni di forte vulnerabilità economica. Nel 2023 sono emersi, in particolare, gravi episodi di traffico di esseri umani riconducibili a una clinica di Creta, nei quali risultava coinvolto anche l'organismo nazionale incaricato della vigilanza sulla procreazione medicalmente assistita. Alla luce di tali vicende, nel 2024 la *Special Rapporteur on violence against women and girls* ha indirizzato una comunicazione al governo greco, nella quale sono state segnalate numerose violazioni dei diritti umani (documento AL GRC 2/2024, 8 luglio 2024). In seguito, la Grecia ha modificato la propria normativa con l'art. 46 della legge n. 5197 del 2025, introducendo il requisito della residenza legale in Grecia sia per la committente, sia per la donna gestante, e precludendo l'accesso alla MS ai non cittadini.

Secondo altre posizioni, a prescindere da logiche solidaristiche, la libertà procreativa deve essere interpretata in senso ampio, ricomprendendo anche la possibilità di ricorso alla MS, purché ben remunerata. In questa prospettiva le «madri portatrici» svolgerebbero un vero e proprio lavoro ed esprimerebbero la propria autodeterminazione nel contesto delle nuove tecniche riproduttive¹⁶.

Merita attenzione anche la posizione – a mio avviso solo apparentemente moderata – secondo cui, se da un lato è opportuno mantenere un atteggiamento critico nei confronti della MS, in ragione dei possibili abusi nei confronti delle donne, dall'altro sarebbe comunque necessario riconoscere automaticamente i contratti di MS stipulati all'estero, procedendo alla loro trascrizione nell'ordinamento interno e accettando che il bambino nato attraverso tali pratiche sia considerato figlio dei committenti, con esclusione di qualsiasi diritto in capo alla donna che lo ha partorito. Questa prospettiva si richiama al principio del *best interests of the child* ma ne offre una lettura discutibile: si sostiene, infatti, che la mancata trascrizione automatica degli accordi di *surrogacy* determinerebbe una situazione di incertezza giuridica per il minore, con esiti negativi sul suo benessere psico-fisico¹⁷.

Una simile lettura, tuttavia, finisce per alimentare il mercato della MS e per agevolare l'operato delle agenzie che vi operano, le quali possono promettere ai clienti il risultato finale – il “figlio in braccio” – garantendo la piena efficacia internazionale della costruzione giuridica contenuta nei contratti. Inoltre, lungi dal garantire la tutela del minore, ciò comporta in realtà legittimare accordi per i quali il bambino è ricondotto alla logica della consegna, e il corpo della donna è posto al servizio degli interessi dei committenti, senza che venga neppure accertata la loro idoneità ad assumere responsabilità genitoriali.

¹⁶ E. LANDES, R.A. POSNER, *The Economics of Baby Shortage*, in *J. Legal Studies*, 1978, p. 323 ss.; R.A. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *J. Contemp. Health Law & Policy*, 1989, p. 21 ss., 22. R.A. EPSTEIN, *Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia L. Rev.*, vol. 81, 1995, p. 2305 ss. Cfr. inoltre M.R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. dir.*, 2023, p. 365 ss. Per una critica nei confronti di tali tesi A. JANNARELLI, *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 335 ss.; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016; V. PAZÈ, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino, 2023. Cfr. inoltre la trasformazione del significato del consenso informato a fronte dell'avvento di un mercato “delle cure” in V. CALDERAI, *Consenso informato*, cit.; e ora EAD., *Il lavoro “gestazionale” preso sul serio*, relazione al Convegno su *Maternità surrogata: un mercato da regolare?*, Facoltà di Economia della Sapienza Università di Roma il 5 giugno 2025, in corso di pubbl. su *Jus civile*.

¹⁷ Questa tesi emerge con particolare nitidezza da alcuni atti processuali, come l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del giudice *a quo* che ha poi dato luogo alla sent. n. 272 del 2017; cfr. anche l'ordinanza della Prima Sezione Civile della Corte di cassazione, che ha poi dato luogo alla sentenza n. 38162/2022, pronunciata a Sezioni Unite.

Come si vedrà ancora nel prosieguo, invece, il superiore interesse del minore non può essere ricondotto a una presunzione automatica – e quindi astratta e presuntiva – fondata sulla volontà degli adulti e sul loro progetto procreativo, ma richiede piuttosto una verifica concreta dell'esistenza di legami effettivi e continuativi di cura e responsabilità fra costoro e il bambino. Verifica che non può che realizzarsi attraverso accertamenti ad opera del Tribunale dei minorenni e di tutte le professionalità necessarie (psichiatri, psicologi, assistenti sociali, etc.).

In definitiva tutte le prospettive richiamate, pur senza dichiararlo in modo esplicito, finiscono per porre in discussione quel principio fondamentale secondo cui la MS «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Queste tesi ammettono, in fin dei conti, che potrebbero anche esserci situazioni nelle quali la MS non offenderebbe in maniera intollerabile la dignità della donna, né minerebbe nel profondo le relazioni umane. La pratica, secondo costoro, sarebbe posta in essere “a fin di bene”, per cui occorrerebbe essere indulgenti con coloro che se ne avvalgono.

4. Il menzionato Rapporto presentato nel 2025 dalla Relatrice speciale delle Nazioni Unite rappresenta, come si è detto, uno dei contributi più significativi al dibattito contemporaneo sulla MS. Il documento analizza il fenomeno sotto il profilo dei diritti umani, evidenziando come la diffusione delle pratiche di *surrogacy* sia strettamente connessa alla crescente commercializzazione della riproduzione umana.

Per molti versi il Rapporto esprime anche una critica argomentata alle tesi enucleate in precedenza, favorevoli ad ammettere la MS, almeno in alcune sue forme, o a dare efficacia automatica ai contratti di surrogazione e alle dichiarazioni legali in essi contenuti, a cominciare da quella che afferma il rapporto di genitorialità fra i committenti e il nato.

Secondo il Rapporto, la MS implica una forma di sfruttamento strutturale del corpo femminile, poiché presuppone che una donna accetti di portare avanti una gravidanza con l'impegno di rinunciare preventivamente al bambino che nascerà. Tale dinamica è spesso aggravata da condizioni economiche di vulnerabilità che limitano la reale libertà di scelta delle donne coinvolte¹⁸.

Il documento mette inoltre in evidenza il ruolo svolto dalle agenzie e dalle piattaforme digitali nella costruzione di un mercato globale dei servizi riproduttivi. Attraverso tali strumenti, la ricerca di madri surrogate e di donatrici di ovociti avviene spesso in contesti caratterizzati da normative deboli o scarsamente applicate¹⁹.

¹⁸ Cfr. in particolare p. 10 ss.

¹⁹ Cfr. p. 8 ss.

In questa prospettiva, il Rapporto contesta l'idea secondo cui la regolazione del mercato della MS sarebbe sufficiente a prevenire gli abusi. Al contrario, l'esperienza di diversi ordinamenti dimostrerebbe che anche i sistemi regolati continuano a presentare gravi problemi di sfruttamento e di disuguaglianza e quindi di violazione dei diritti umani, in riferimento alla dignità personale delle donne e dei bambini nati attraverso tali pratiche²⁰.

Il Rapporto esclude, in particolare, che quello delle madri portatrici possa essere un lavoro come gli altri e, in particolare, un «*decent and productive work*», secondo l'accezione data a questa espressione in ambito internazionale²¹. In molti contratti, come evidenzia il Rapporto, le madri surrogate sono tenute a rinunciare in anticipo al loro diritto di prendere in autonomia decisioni mediche. Vi sono inoltre pratiche dannose, come l'impianto di un notevole numero di embrioni per aumentare le possibilità di un parto riuscito, il ricorso all'aborto selettivo, il monitoraggio costante da parte dei genitori committenti, anche attraverso una sorveglianza ininterrotta tramite telecamere, e restrizioni alla libertà di movimento. Vi è inoltre scarsa informazione, assenza di una tutela legale indipendente, mancato pagamento in caso di aborto spontaneo, considerato come "inadempienza". Vi sono clausole contrattuali vessatorie, pressioni emotive e morali, proprio laddove si vuole ricondurre il "lavoro" delle gestanti all'"atto d'amore" o di "solidarietà". Il documento riporta poi, in base all'istruttoria svolta, alti livelli di depressione per le donne, traumi legati alla separazione forzata dal neonato, ansia e disturbi da stress. Riporta inoltre parti cesarei imposti per convenienza, casi documentati di donne recluse, con limitazioni alla libertà di movimento e situazioni assimilabili alla riduzione in schiavitù e alla tratta di esseri umani²².

Il Rapporto giunge ad affermare che il consenso prestato dalle donne, da solo, non rende etica la maternità surrogata²³. Secondo il Rapporto, il consenso prestato dalle donne in circostanze che in svariati casi somigliano a quelle della schiavitù, rende quest'ultimo non libero, non informato, invalido ed irrilevante²⁴. Si ricorda, nella prospettiva del diritto internazionale, che il consenso non può compensare la violazione dei diritti umani: ai sensi del Protocollo sulla tratta di persone²⁵ (art. 3), il consenso della vittima allo

²⁰ Cfr. *Conclusions*, p. 22 ss.

²¹ International Labour Office, *Report of the Director-General: Decent Work*, 87th session (Geneva, 1999); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 7 (d).

²² Cfr. p. 11 ss.

²³ Cfr. § 61 ss. del Rapporto.

²⁴ Cfr. § 62-64 del Rapporto. Sul tema più generale della patologia negoziale e sulla violenza morale cfr. l'approfondita monografia di M. ZINNO, *Abusi dell'autonomia e scelta negoziale. Contributo allo studio della violenza morale*, Torino, 2025.

²⁵ www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-prevent-suppress-and-punish-trafficking-persons.

sfruttamento è infatti irrilevante e lo stesso vale per la persona ridotta in schiavitù.

La conclusione della Relatrice speciale è pertanto netta: la tutela dei diritti delle donne e dei bambini richiede un impegno internazionale volto non già a regolare e disciplinare il fenomeno, ma a proibire la MS in tutte le sue forme.

5. Con riferimento al principio del superiore interesse del minore, il Rapporto pone poi in luce come la MS sia idonea a rovesciare la logica stessa della tutela dell'infanzia: il bambino non costituisce il fine della protezione giuridica, ma il risultato di un progetto contrattualmente programmato, la cui realizzazione è subordinata a un accordo tra adulti. In tale prospettiva, il nato finisce per essere considerato non più come soggetto titolare di diritti, quanto piuttosto come oggetto di una prestazione pattuita e di una successiva consegna.

La reificazione del bambino si pone così in contrasto con il principio di dignità della persona umana e con il criterio del preminente interesse del minore. Risulta compromesso, in particolare, quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza²⁶.

Tali considerazioni si traducono in altrettante critiche alla tesi – che abbiamo per questo definito “solo apparentemente moderata” – secondo cui, sebbene la MS sia da censurare, occorre riconoscere automaticamente gli effetti dei relativi accordi, attribuendo ai committenti la qualità di genitori ed escludendo qualsiasi pretesa da parte della donna che ha partorito. Una simile impostazione legittima un meccanismo contrattuale in cui il bambino è subordinato interamente alla volontà degli adulti, ridotto a strumento per la realizzazione dei loro desideri e progetti procreativi, invece di essere considerato, come impone il principio del *best interests of the child*, un soggetto titolare di diritti propri. In questa logica, ciò che conta non è l'accoglienza, la protezione e il pieno riconoscimento giuridico del minore, ma il soddisfacimento della volontà contrattualizzata degli adulti, trasformando la nascita in un atto strumentale e mercificato, incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali del bambino.

Il Rapporto ha documentato inoltre casi in cui i bambini nati da MS sono stati rifiutati o abbandonati dai committenti, soprattutto quando presentavano disabilità, erano del sesso “sbagliato” (solitamente femminile) o derivavano da gravidanze multiple indesiderate. Sono state inoltre evidenziate clausole contrattuali che prevedono l'aborto selettivo in caso di malformazioni, di sesso diverso da quello voluto o di gravidanze plurime, mostrando come la MS compori pratiche di selezione ed esclusione che

²⁶ www.unicef.it/convenzione-diritti-infanzia/.

riguardano non solo embrioni e feti, ma anche bambini già nati. Tali pratiche riflettono una logica di reificazione, che trasforma i bambini in oggetti, e una logica selettiva che porta allo scarto di tutto ciò che non risponde ai criteri prefissati²⁷.

Il Rapporto denuncia inoltre come la MS di tipo commerciale, ma spesso anche quella apparentemente altruistica, possa configurare una vera e propria vendita di bambini, vietata in qualsiasi forma ai sensi dell'articolo 35 della menzionata Convenzione sui diritti dell'infanzia. Si sottolinea che, secondo il *Trafficking in Persons Protocol*²⁸, il trasferimento a titolo oneroso di un minore costituisce di per sé una violazione dei diritti umani, senza bisogno di dimostrare lo sfruttamento.

Per quanto riguarda la separazione del bambino dalla madre gestazionale, il Rapporto evidenzia come essa sia intenzionale, contrattualizzata e motivata dagli interessi degli adulti, piuttosto che dai bisogni del minore. Tale distacco può causare danni relazionali precoci con effetti negativi sulla salute psico-fisica del bambino, configurando una violazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia, che agli articoli 7 e 9 tutela il diritto del minore a conoscere i propri genitori, a essere allevato da loro e a non esserne separato, se non nel suo interesse.

Il Rapporto ha richiamato l'attenzione anche sul problema della segretezza relativa all'identità dei donatori di gameti e della madre gestazionale, solitamente prevista nei contratti di MS. Tale segretezza incide sul diritto all'identità personale e contrasta con il diritto fondamentale a conoscere le proprie origini, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

D'altra parte anche la Corte costituzionale ha qualificato il diritto a conoscere le proprie origini come fondamentale, sottolineando che la ricostruzione della propria identità e della storia familiare costituisce un elemento essenziale della tutela della persona e può incidere profondamente sulla vita individuale e relazionale²⁹. Per questo ha ritenuto che l'irreversibilità del segreto sulle origini contrasti con gli artt. 2 e 3 della Costituzione. In senso analogo si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, affermando che il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8 della Convenzione, comprende anche la possibilità di conoscere aspetti fondamentali della propria identità, tra cui l'identità dei propri genitori³⁰.

Alla conoscenza delle proprie origini e al diritto alla propria biografia si affianca un'ulteriore e distinta questione, concernente l'accesso ai pro-

²⁷ Cfr. § 56 e 57 testo e note.

²⁸ www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-prevent-suppress-and-punish-trafficking-persons.

²⁹ Corte cost., sent. 278/2013.

³⁰ Cfr. sentenza Godelli c. Italia, 25 settembre 2012

pri dati genetici. Si tratta di informazioni che assumono particolare rilievo in relazione al fondamentale diritto alla salute, anche alla luce del ruolo sempre più centrale che la genetica riveste nella medicina contemporanea, soprattutto sul piano diagnostico e preventivo.

Tra le «Conclusioni e Raccomandazioni» contenute nel Rapporto, è significativo l'invito rivolto agli Stati a non riconoscere gli accordi di MS, compresi quelli conclusi all'estero, poiché tali intese attribuiscono automaticamente la genitorialità legale a soggetti privi di un legame genetico con il bambino. Al tempo stesso, il Rapporto sottolinea la necessità che le decisioni relative alla costituzione dei rapporti genitoriali siano trattate con la massima priorità.

Il Rapporto raccomanda inoltre che i bambini nati da MS e abbandonati dalla donna che li ha partoriti siano considerati minori non accompagnati e temporaneamente affidati a forme di accoglienza alternative, in vista dell'adozione, privilegiando soluzioni di tipo familiare. Il partner del genitore biologico – auspica ancora il Rapporto – dovrebbe poter accedere all'adozione del bambino soltanto qualora ciò risulti conforme al superiore interesse del minore nato da MS, ferma restando l'esigenza di evitare qualsiasi forma di legittimazione o normalizzazione di tale pratica e di preservare la genitorialità originaria.

Il Rapporto auspica inoltre che ogni eventuale trasferimento dei diritti genitoriali dalla madre biologica ad altri avvenga esclusivamente attraverso procedure adottive che prevedano una verifica dell'idoneità genitoriale, analogamente a quanto avviene nelle ordinarie procedure di adozione.

In sostanza, alla luce del Rapporto e delle considerazioni che precedono, emerge come la tutela del bambino nato da MS richieda un duplice livello di intervento.

Da un lato, è necessario garantire in concreto i diritti del singolo minore già nato, assicurandogli protezione, stabilità e pieno riconoscimento giuridico, verificando in concreto che la relazione venutasi a determinare con i committenti sia effettivamente nel suo miglior interesse e cercando di garantire, altresì, il diritto a conoscere le proprie origini, le modalità della propria nascita, la propria biografia, l'identità della donna che lo ha partorito.

Dall'altro, la tutela dei diritti dei minori impone di contrastare e proibire le pratiche di MS, che comportano strutturalmente la violazione di diritti fondamentali del bambino e risultano incompatibili con il principio del suo superiore interesse.

In ogni caso, tutelare il bambino già nato non può significare legittimare la pratica che lo ha generato. La protezione del minore deve garantire pienamente i suoi diritti e il suo benessere, senza tollerare meccanismi che riproducano per altri bambini le stesse violazioni, esponendoli alla logica strumentale del "figlio a tutti i costi".

6. Alla luce di quanto precede, emerge chiaramente che la tutela del minore richiede, da un lato, interventi concreti a protezione del bambino già nato e, dall'altro, la prevenzione di pratiche che ne violano i diritti fondamentali. Occorre dunque interrogarsi su come l'ordinamento italiano si ponga di fronte a questa esigenza e su quali strumenti giuridici siano effettivamente disponibili per garantire la protezione del bambino nato da pratiche di MS realizzate in violazione del divieto vigente, senza tuttavia svuotare di significato tale divieto.

Come si è già ricordato, infatti, la legge n. 40 del 2004 prevede sanzioni penali per chi realizza, organizza o pubblicizza pratiche di MS e la punibilità è stata di recente estesa, attraverso la legge n. 169 del 2024, anche ai cittadini italiani che le realizzino all'estero.

Quest'ultima norma ha provocato un ampio dibattito, in quanto ritenuta da alcuni inappropriata ed eccessivamente restrittiva. Si è sostenuto, in particolare, che «se l'obiettivo è la tutela dei nati da maternità surrogata, non è vietando penalmente la condotta posta in essere dai genitori che si salvaguarda lo *status* del minore»³¹. Un'affermazione in linea con la tesi, in precedenza criticata, secondo cui, per quanto la MS sia censurabile, non può che darsi piena efficacia ai relativi contratti, e quindi assicurare, fin dall'inizio del "progetto procreativo", il titolo di genitori ai committenti, negandolo a colei che partorisce il bambino e disinteressandosi del diritto a conoscere le proprie origini.

Questa tesi è stata giustamente rigettata dall'ordinamento italiano o, meglio, dal diritto vivente così come interpretato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione³². Queste hanno escluso categoricamente la trascrivibilità automatica dei provvedimenti stranieri che attribuiscono la genitorialità ai committenti privi di legame biologico col nato. La giurisprudenza di legittimità, infatti, prendendo sul serio il principio secondo cui la MS «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ha considerato le relative pratiche contrarie all'ordine pubblico, dal momento che incidono su valori fondamentali quali la dignità della persona e la tutela dell'infanzia³³. L'alternativa rappresentata

³¹ Così M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in Osservatorio AIC, 4/2023. Cfr. inoltre M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in *Giurisprudenza penale*, 2024, n. 10 e il dibattito fra C. LEOTTA e M. PELISSERO, *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?*, in *Altalex - Il Quotidiano giuridico*, 1° agosto 2023; N. ZAMMARCHI, *La sanzione all'estero della "maternità surrogata"*. *Considerazioni sulla Legge n. 169/2024*, in *Giur. penale web*, 7-8/2025.

³² Il riferimento è alle sentenze n. 12193 del 2019 e n. 38162 del 2022, su cui a breve ci si soffermerà.

³³ Sul concetto di ordine pubblico in relazione alla MS rappresenta tuttora un punto di riferimento C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO

dalla trascrivibilità automatica di quanto formalizzato all'estero finirebbe per rappresentare, invece, il riconoscimento implicito di una pratica vietata e contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento e una tutela del nato solo astratta, basata su mere presunzioni.

Alla ricerca di uno strumento capace di offrire una forma di tutela al nato, senza legittimare una pratica che viola i diritti delle donne e dei bambini, e in mancanza di una disciplina legislativa specifica, le Sezioni Unite della Cassazione hanno indicato un'altra soluzione. Si tratta, com'è noto, dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia". La soluzione, nel contesto dell'ordinamento vigente, implica che se, da un lato, non può porsi in discussione la relazione genitoriale fra il nato da MS e il committente a lui biologicamente legato (donatore/trice di gamete), dall'altro è necessario procedere all'adozione per l'altro – eventuale – committente (se c'è una coppia), ossia quello/a privo di legame biologico col nato.

Con il procedimento di adozione in casi particolari, infatti, l'interesse del minore non viene presunto sulla base di automatismi, ma valutato accortamente, caso per caso, attraverso il Tribunale dei minorenni e attraverso l'ausilio delle figure professionali previste, al fine di verificare le relazioni affettive concretamente instauratesi fra i minori e i committenti, e la capacità di questi ultimi di assumersi responsabilità genitoriali, nonostante abbiano fatto ricorso ad una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Questo esito è il risultato di un percorso giurisprudenziale complesso, in cui le pronunce delle Sezioni Unite si sono intrecciate con quelle della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo. Non potendo nello spazio di queste pagine ripercorrere l'intera vicenda, sembra preferibile dirigere l'attenzione sulle motivazioni delle sentenze della Suprema Corte, e saggiarne la coerenza con i principi costituzionali. Le due menzionate sentenze, infatti, del 2019 e del 2022, pur giungendo alla stessa conclusione – il divieto di trascrizione dei provvedimenti stranieri e il ricorso all'adozione in casi particolari – si distinguono per le argomentazioni adottate.

Nel primo caso infatti, con la sent. n. 12193 del 2019, le Sezioni Unite hanno ribadito ancora una volta che il divieto di MS integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione³⁴. Le Sezioni Unite, tuttavia, con questa pronuncia del 2019, mostrano ancora di operare in una logica di bilanciamento fra interessi delle

(a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 119 ss.

³⁴ Punto 13 dei Motivi.

donne e interessi dei minori, e paiono sottendere l'idea che la miglior tutela per il nato sarebbe il riconoscimento automatico dello *status filiationis* dichiarato all'estero, se non fosse per l'esigenza di scoraggiare la MS.

La successiva sentenza n. 38162 del 2022, invece, ha fondato su altre basi la medesima soluzione, ossia l'esclusione dell'automatismo nella trascrizione e il ricorso all'adozione. Viene infatti abbandonata la logica del bilanciamento³⁵ per mostrare come la verifica concreta dell'interesse preminente del minore, da accertare caso per caso e non da presumere, sia funzionale non solo a contrastare la pratica della MS, ma sia funzionale proprio al superiore interesse del minore³⁶.

Le Sezioni Unite, nel 2022, giungono infatti ad affermare che il *best interests of the child* consiste nel verificare che le relazioni di fatto instauratesi con i committenti privi di legame biologico siano davvero conformi al superiore interesse del minore. In altri termini, questa decisione, definita di sistema³⁷, mostra come non siano l'automatismo e la trascrizione di quanto formalizzato all'estero a tutelare davvero il nato, quanto piuttosto l'accertamento dell'esistenza di relazioni di cura ininterrotta e di accudimento fra i committenti privi di legame biologico e i nati³⁸. Interesse che non sempre coincide con quello dei committenti a vedersi riconosciute le relazioni di genitorialità con i bambini nati da MS: l'automatismo nel riconoscimento, affermano infatti le Sezioni Unite, «non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi»³⁹.

Tale pronuncia inoltre, pur tenendo conto delle perplessità espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021 con riguardo all'adozione in casi particolari, considerata una soluzione non del tutto soddisfacente⁴⁰, non giunge a concludere che questa soluzione debba essere abbandonata.

³⁵ E. BILOTTI, *Surrogazione di maternità: una problematica decisione della Corte di Strasburgo, il vincolo internazionale e la prospettiva de iure condendo dopo l'intervento delle Sezioni Unite del 2022*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9/2024.

³⁶ Cfr. al riguardo V. CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3/2023, p. 668 ss.

³⁷ Così M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia insieme*, 6.2.2023 www.giustiziasieme.it). Cfr. inoltre V. CALDERAI, *Back to the Basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustizia insieme*, 15 marzo 2023.

³⁸ A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti supreme e salute*, 1/2023.

³⁹ Punto 21.1 dei Motivi.

⁴⁰ Le perplessità manifestate dalla Corte costituzionale sono riassumibili in tre ordini di ragioni: a) l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità piena all'adottante;

Al contrario, ha ritenuto comunque preferibile, in assenza di norme specifiche, procedere all'accertamento concreto previsto dall'adozione in casi particolari rispetto all'alternativa rappresentata da automatismi e presunzioni⁴¹. Spiega infatti la Suprema Corte che le criticità dell'adozione in casi particolari, a confronto con quelle dell'automatismo nella trascrizione, rendono in ogni caso preferibile la prima soluzione, in quanto «l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto»⁴².

La stessa Corte costituzionale, nella più recente sent. n. 68 del 2025, ha escluso che la tutela dei nati da MS possa realizzarsi attraverso modalità analoghe a quelle indicate dalla stessa Corte, rispetto al caso di bambino nato da una coppia di donne che abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA. La Corte costituzionale ha così ribadito la consolidata soluzione dell'adozione in casi particolari, pur mostrando di rimanere ancorata ad una logica di bilanciamento, che sembra presupporre l'idea – superata dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2022 – secondo cui il preminente interesse del minore richiederebbe l'automatismo della trascrizione, se non fosse per l'esigenza di disincentivare la pratica della MS⁴³.

Di grande importanza, nella sentenza del 2022 delle Sezioni Unite della Cassazione è il passaggio in cui afferma che «l'ordinamento italiano mantiene fermo il divieto di MS e, non intendendo assecondare tale metodica di

b) non consente di stabilire vincoli di parentela fra il bambino e i parenti dell'adottante; c) richiede il necessario assenso del genitore "biologico", che potrebbe non esservi nel caso di crisi della coppia "committente". In seguito, tuttavia, è stata la stessa Corte costituzionale ad ovviare alle obiezioni indicate *sub a)* e *b)*. Con la sentenza n. 79 del 2022, ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La Corte ha così affermato il pieno riconoscimento dello *status filiationis* e dei legami parentali che ne conseguono anche al figlio adottato secondo il procedimento di cui all'art. 44 della medesima legge n. 184. Quanto al problema dell'assenso del genitore "biologico", le stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione, sent. n. 38162 del 2022, hanno affermato che in via interpretativa è già possibile fornire un'interpretazione del consenso del coniuge legato biologicamente al nato, *ex art.* 46, l. n. 184/1983, che sia funzionale alla tutela dell'adottato, tutelando il suo interesse.

⁴¹ Punto 12 dei Motivi.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cfr. il punto 12.1 della sent. n. 68/2025 della Corte costituzionale: «Sotto tale profilo, la situazione in esame si distingue radicalmente dall'ipotesi di ricorso alla cosiddetta maternità surrogata, in cui viene in considerazione la finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera meritevole di sanzione penale e violativa di un principio di ordine pubblico, in quanto offende la dignità della donna». Cfr. al riguardo E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la tutela dei nati a seguito della violazione dei divieti previsti dalla L. n. 40 del 2004*, in *Famiglia e Diritto*, 10/2025.

procreazione, rifugge da uno strumento automatico come la trascrizione, ma non volta le spalle al nato»⁴⁴. Rispetto alla trascrizione, è preferibile la soluzione dell'adozione in casi particolari, perché «la costituzione dello stato è fondato non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante»⁴⁵.

Peraltro, la soluzione dell'adozione in casi particolari appare in linea con la giurisprudenza della Corte EDU⁴⁶: «Secondo la Corte di Strasburgo infatti, in un ordinamento che disapprova la gestazione per altri, non è affatto necessario che il rapporto del nato da madre surrogata con il committente privo di legame genetico con esso sia formalizzato *ab initio* mediante trascrizione del provvedimento estero che ne accerti il carattere genitoriale». Dall'insieme delle pronunce della Corte di Strasburgo emerge che, stante la grande varietà di approcci degli Stati alla MS, ogni ordinamento ha in linea di principio un certo margine di discrezionalità. E nella scelta dello strumento attraverso cui giungere al risultato di tutelare il bambino, vi è anche l'adozione in casi particolari, sempre che sia idonea a creare un reale legame di filiazione tra adottante e adottato, e a condizione che le procedure previste dal diritto interno ne assicurino l'effettività e la rapidità, nel pieno rispetto dell'interesse superiore del bambino⁴⁷. Nessun contrasto con la CEDU, dunque⁴⁸.

Alle stesse conclusioni è giunto peraltro anche l'ordinamento spagnolo. Infatti il *Tribunal Supremo* spagnolo, *Sala de lo Civil*, con la sent. n. 1626 del 4/12/2024⁴⁹, ha affermato che la tutela del superiore interesse dei minori non può essere conseguita accettando acriticamente le conseguenze dei

⁴⁴ Punto 26 dei Motivi.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. n. 25 dei Motivi, dove la Corte di Cassazione cita in particolare la sent. 16 luglio 2020, *D. contro Francia*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Nella recente sentenza del 31 agosto 2023, ricorso n. 47196/21 C. c. Italia, la Corte EDU, facendo applicazione dei principi desumibili dalla propria giurisprudenza a partire dai noti casi *Mennesson c. Francia* (65192/11) e *Labassee c. Francia* (65941/11), dal parere consultivo del 10 aprile 2019 e dalle più recenti decisioni D. c. Francia del 2020 (n. 11288/18) e D.B. e altri c. Svizzera del 2022 (n. 58817/15 e n. 58252/15), ha affermato che, se l'art. 8 CEDU impone allo Stato di riconoscere quale rapporto di filiazione il legame di fatto sia con il genitore biologico, sia con il genitore puramente intenzionale, non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare la previsione di un mezzo diverso dalla trascrizione dell'atto se la formalizzazione del rapporto può comunque avvenire in maniera effettiva e celere.

⁴⁹ Disponibile al seguente indirizzo: www.poderjudicial.es/search/openDocument/33d0a3dbc2a6eafca0a8778d75e36f0d.

contratti di MS stipulati all'estero, in base ai quali si stabilisce la filiazione a favore di coloro che eseguono e pagano il servizio. Piuttosto, secondo il *Tribunal*, la protezione accordata a questi minori deve basarsi sulle disposizioni delle leggi e delle convenzioni applicabili in Spagna e sulla giurisprudenza che le interpreta e le applica, tenendo conto della loro situazione attuale, e stabilendo il rapporto genitori-figli attraverso la determinazione della filiazione paterna biologica, l'adozione o l'affidamento⁵⁰. Questa soluzione, sempre secondo il *Tribunal Supremo*, soddisfa l'interesse superiore del minore, valutato specificamente, come richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma allo stesso tempo cerca di salvaguardare i diritti fondamentali che la Corte ha anch'essa ritenuto meritevoli di tutela, come i diritti delle madri surrogate e dei minori in generale⁵¹. Questi sarebbero gravemente lesi se la MS fosse incoraggiata facilitando l'azione delle relative agenzie, permettendo loro di garantire ai potenziali clienti il riconoscimento quasi automatico, in Spagna, della filiazione derivante dal contratto di surrogazione. Un simile meccanismo finirebbe infatti per tollerare la violazione dei diritti delle madri surrogate e degli stessi bambini, trattati come semplici merci, senza neppure verificare l'idoneità degli aspiranti genitori ad assumere le responsabilità genitoriali nei confronti del minore nato tramite MS (*pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones*).

7. Le considerazioni svolte mostrano come la MS non possa essere ricondotta a una semplice espressione dell'autonomia privata nelle scelte procreative. Il fenomeno coinvolge infatti interessi e diritti di rilievo costituzionale, che travalicano la dimensione della libertà contrattuale, incidendo sulla dignità della donna, sulla protezione del bambino e sulla stessa configurazione delle relazioni di genitorialità.

In questa prospettiva, il divieto previsto dall'ordinamento italiano non si presenta come una scelta paternalistica, ma come l'espressione di una precisa opzione di garanzia dei diritti fondamentali. La giurisprudenza co-

⁵⁰ In seguito il Ministero della Giustizia, con l'*Instrucción* del 28 aprile 2025, ha inteso rendere effettiva la proibizione, vietando la trascrizione automatica di un certificato di nascita straniero che riporti i committenti come genitori e indicando che, mentre può darsi luogo al riconoscimento della paternità biologica, se sussistente, con riguardo al genitore non biologico è possibile ricorrere all'adozione, previa verifica giudiziale, nel rispetto delle garanzie dell'ordinamento interno (www.mjusticia.gob.es/es/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Instruccion-vientres-alquiler).

⁵¹ Il Tribunale Supremo cita al riguardo le sentenze del 24 gennaio 2017, Grande Camera, causa *Paradiso Campanelli*, paragrafi 197, 202 e 203, e del 18 maggio 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir* e altri c. Islanda, paragrafo 65.

stituzionale e quella di legittimità hanno sottolineato che la MS contrasta con principi di ordine pubblico di rilievo costituzionale, poiché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». In tale quadro vengono in rilievo, tra gli altri, i principi espressi dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, che impongono di considerare la dignità della persona e le condizioni di vulnerabilità economica e sociale nelle quali spesso tali accordi si sviluppano. Viene inoltre in rilievo il diritto del nato da MS a conoscere le proprie origini. Un diritto che è stato definito fondamentale dalla Corte costituzionale, in quanto la ricostruzione della propria identità e della storia familiare costituisce un elemento essenziale della tutela della persona. Viene altresì in rilievo l'art. 31 Cost., secondo il quale la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù».

In questo quadro, il recente Rapporto della Relatrice speciale delle Nazioni Unite ha contribuito ad arricchire il dibattito giuridico, evidenziando le disuguaglianze strutturali che caratterizzano il mercato globale della MS e gli altissimi rischi di sfruttamento che ne derivano, per le donne e per i bambini.

Il divieto di MS, come si è visto, non può certamente tradursi in una compressione dei diritti dei bambini nati attraverso tali pratiche e pone la questione della loro tutela. Ciò non implica il riconoscimento automatico dei contratti di MS e la conseguente trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, nei Paesi in cui tale pratica è lecita. Una simile soluzione finirebbe infatti – come emerge dall'analisi contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2022 e in quella del *Tribunal Supremo* spagnolo del 2024 – per attribuire efficacia giuridica a situazioni originate da pratiche incompatibili con la dignità umana, offrendo al minore una tutela solo astratta e formale, disinteressata a valutare, nell'ottica del suo miglior interesse e del suo diritto a conoscere le proprie origini, le relazioni instauratesi fra lui e i committenti privi di legame biologico, nonché quelle con la donna che lo ha portato in grembo per nove mesi e poi partorito.

Come si è visto, nell'ordinamento italiano la soluzione è stata individuata, piuttosto, nel ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari. A prescindere, comunque, dall'adeguatezza di questo istituto e della sua idoneità a tutelare la peculiare situazione che si viene a determinare per i nati da MS⁵², nonché dall'auspicio per un intervento del legislatore nella materia, ciò che appare irrinunciabile, dal punto di vista etico e giuridico, è che la valutazione del superiore interesse del minore sia effettuata attraverso

⁵² La principale obiezione mossa a questa soluzione, come posto in luce, tra l'altro, dalla stessa sent. n. 38162/2022 delle S.U., è nel fatto che l'avvio del procedimento adottivo, secondo le norme vigenti, è rimesso all'esclusiva iniziativa dell'adottante e la volontà di adottare deve permanere fino alla sua conclusione. Di contro, non è prevista alcuna legittimazione in capo al minore (o a chi ne ha la rappresentanza legale) e non vi è alcuno strumento di tutela per l'eventualità in cui il committente non biologico decida di non procedere all'adozione.

strumenti idonei ad accertare l'esistenza di relazioni di cura consolidate e di rapporti affettivi costanti, verificando l'idoneità dei committenti a farsi realmente carico delle responsabilità genitoriali.

Tale verifica non può che essere rimessa agli organi della giurisdizione minorile, i quali – anche attraverso il coinvolgimento dei servizi sociali e delle professionalità ritenute necessarie – sono in grado di svolgere così un'istruttoria accurata, al pari di quanto avviene per le adozioni in generale. Il Tribunale per i minorenni, infatti, dispone in questi casi indagini psico-sociali sui richiedenti, svolte dai servizi sociali; acquisisce relazioni dettagliate sulla loro capacità affettiva, educativa ed economica; valuta la stabilità della coppia e l'idoneità a prendersi cura del minore; può procedere a audizioni e ulteriori accertamenti ritenuti necessari; verifica, nel caso concreto, il superiore interesse del minore. Si procede, dunque, a un accertamento diligente, nel preminente interesse del minore, che esclude verifiche approssimative, meramente formali o comunque prive di un effettivo accertamento della situazione concreta.

In mancanza di ciò, si verrebbe a configurare una disparità di trattamento difficilmente compatibile con il principio di eguaglianza, poiché la tutela piena e sostanziale del minore risulterebbe garantita solo nell'ambito dell'adozione ordinaria, mentre proprio i bambini nati da pratiche di MS – già esposti a una condizione di particolare vulnerabilità – resterebbero privi delle medesime garanzie.

Alla luce di queste considerazioni, lascia perplessi la soluzione suggerita dall'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione Civile della Corte di cassazione⁵³, con la quale si sollecita l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, suggerendo di abbandonare il modello dell'adozione in casi particolari – indicato dalle stesse Sez. Un. nel 2022 – in favore della procedura di riconoscimento del figlio nato da rapporto incestuoso. Se è vero, infatti, che quest'ultima soluzione consente al minore, assistito dal tutore ai sensi dell'art. 273 c.c., o a lui stesso, al raggiungimento della maggiore età, di sollecitare il riconoscimento dello *status*, è tuttavia lecito dubitare che tale modello, che pare oltretutto di stretta interpretazione, garantisca davvero sufficienti tutele. In particolare, esso appare carente sotto il profilo del preminente interesse del minore, come a breve si dirà, e della necessità di contrastare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna, riducendo la protezione del bambino a una mera formalità procedurale, priva di sostanza concreta.

L'analogia, in aggiunta, risulta limitata. Nel caso dell'incesto, la situazione nasce da un rapporto sessuale vietato tra consanguinei, che l'ordinamento reprime per ragioni legate alla tutela della famiglia, alla prevenzione di possibili rischi genetici e alla protezione di relazioni familiari vulnerabili. Nel caso del-

⁵³ Cass. Civ., sez. I, O.I. n. 5656/2026 del 12 marzo 2026.

la MS, invece, la nascita del bambino è il risultato di un progetto procreativo deliberato, spesso strutturato attraverso accordi e interventi medici. Il problema giuridico non riguarda quindi un rapporto sessuale illecito, ma l'utilizzo di tecniche riproduttive e di un accordo che coinvolge una terza donna.

Un elemento che distingue profondamente la MS è la dimensione contrattuale e organizzata della pratica. La nascita del bambino è solitamente collegata ad accordi tra più soggetti e all'intermediazione di agenzie. Nel caso dell'incesto, invece, non esiste alcuna dimensione negoziale o organizzata: la questione riguarda esclusivamente le conseguenze di un rapporto tra due soggetti. L'analogia, pertanto, può essere evocata soltanto in riferimento al principio generale di tutela del minore, ma non può essere estesa fino a giustificare soluzioni giuridiche analoghe, poiché le questioni di fondo che le due situazioni sollevano rimangono radicalmente diverse.

Soprattutto, appare legittimo dubitare che, in una simile prospettiva, possa essere realmente garantita una valutazione attenta e caso per caso da parte del Tribunale per i minorenni, con il supporto delle figure professionali previste, finalizzata a verificare le relazioni affettive concretamente instaurate tra il minore e i committenti. La capacità di questi ultimi di assumere responsabilità genitoriali rischia di essere accertata in modo insufficiente e sommario, avvicinandosi a una mera formalità burocratica, simile a una trascrizione automatica, quasi a dimenticare che i committenti hanno fatto ricorso a una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Permane quindi il dubbio che possa essere garantito, sul modello del riconoscimento del figlio incestuoso, un vero accertamento della cura e dei rapporti affettivi stabili e costanti, così come ha richiesto la sentenza, definitiva non a caso “di sistema” della Corte di Cassazione (S.U. 38162/2022).

In definitiva la soluzione proposta – ossia il riconoscimento dello *status* secondo il modello dei figli incestuosi – appare discutibile: essa sembra realizzare più gli interessi degli adulti desiderosi di avere un figlio a tutti i costi che il superiore interesse del minore, la cui tutela richiede, invece, l'accertamento sostanziale dell'effettività, della stabilità e continuità nella cura, e una verifica attenta della situazione concreta del singolo bambino. Di fatto, si trasferirebbe l'attenzione dagli interessi del minore agli interessi degli adulti, privilegiando la legittimazione *ex post* di pratiche vietate, a scapito della protezione effettiva del bambino.

La sfida del diritto costituzionale consiste allora nel mantenere fermo il divieto della maternità surrogata, a tutela della dignità della donna e del bambino, assicurando al contempo una protezione concreta e sostanziale ai nati da queste pratiche realizzate all'estero nonostante il divieto, attraverso strumenti normativi mirati, senza lasciare alla giurisprudenza il compito di elaborare soluzioni creative, così da rispondere in maniera adeguata alla specificità di queste situazioni.

