

# Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?

Matteo Caldironi \*

SURROGACY AND PUBLIC ORDER LIMITS: TOWARD A CHANGE OF COURSE?

ABSTRACT: The essay analyzes the recent decision January 21<sup>st</sup>, 2022, n. 1842 with which the Court of Cassation (I Sez.) proposes a revision of the scope of application of the limit of public order constituted by the prohibition of surrogacy. In particular, the intervention focuses on the identification of the legal assets protected by the criminal law, focusing on the dignity of the pregnant woman and how this can be protected even in legal systems where surrogacy is allowed, provided that certain minimum elements are respected.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; surrogacy; intentional parenthood; public order limits; best interests of the child

ABSTRACT: Il contributo analizza la recente pronuncia 21 gennaio 2022, n. 1842 con la quale la Prima Sezione della Corte di Cassazione propone una revisione del perimetro applicativo del limite di ordine pubblico costituito dal divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità. In particolare, l'intervento si concentra sull'individuazione dei beni giuridici tutelati dalla norma penale, focalizzando l'attenzione sulla dignità della gestante e di come questa possa essere tutelata anche negli ordinamenti giuridici dove la surrogazione è permessa, a patto che siano rispettati alcuni elementi minimi.

PAROLE CHIAVE: procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; genitorialità intenzionale; ordine pubblico; miglior interesse del minore

SOMMARIO: 1. La Corte di Cassazione torna sull'inadeguatezza del riconoscimento del rapporto di filiazione – 2. Le soluzioni interpretative proposte – 3. Alcune considerazioni

## 1. La Corte di Cassazione torna sull'inadeguatezza del riconoscimento del rapporto di filiazione

**C**on l'ordinanza interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si è interrogata sulla necessità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite a seguito della sentenza 9 marzo 2021, n. 33 della Corte costituzionale, essendo venuto meno

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'interno del progetto finanziato dalla Commissione europea (Justice Programme 2021-2027) JUST-PARENT (n. 101046382), Università di Modena e Reggio Emilia. Mail: [matteo.caldironi@unimore.it](mailto:matteo.caldironi@unimore.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

quel punto di equilibrio trovato dal diritto vivente<sup>1</sup> tra la tutela del minore e i limiti di ordine pubblico nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il c.d. genitore di intenzione con particolare riguardo alla c.d. surrogazione di maternità<sup>2</sup>. Per arrivare a questa conclusione, la Corte di Cassazione ha dettagliatamente ricostruito le vicende che hanno portato alla pronuncia del Giudice delle leggi. Per chiarezza, lo stesso verrà fatto anche qui, seppur in sintesi e nei limiti della loro utilità per le riflessioni che s'intendono sviluppare<sup>3</sup>.

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40)<sup>4</sup> è espressione di una particolare concezione delle pma, viste innanzitutto come strumento "terapeutico" per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana»<sup>5</sup>. Non è un caso, infatti, che il legislatore vi riservi l'accesso soltanto a coppie «maggiorescenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»<sup>6</sup>. E questo è confermato anche dal fatto che dal punto di vista soggettivo queste pratiche – ma la questione rileva tipicamente nello specifico caso della fecondazione eterologa<sup>7</sup> – sono state ritenute inammissibili per le coppie di donne

<sup>1</sup> Cassazione a Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>2</sup> Più precisamente, secondo la prospettazione della Prima Sezione della Cassazione, l'intervento delle Sezioni Unite sarebbe necessario per una questione che potremmo definire di "opportunità". Infatti, dal punto di vista strettamente formale, la semplice declaratoria di inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale non impone un vincolo giuridico al superamento della non trascrivibilità. Nondimeno, dal punto di vista sostanziale, detta pronuncia finisce comunque per assumere una certa rilevanza. La Corte, invero, nelle sue motivazioni ha condiviso integralmente le obiezioni dell'ordinanza di rimessione sull'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, ha accolto tutti i profili di incostituzionalità con riferimento alla lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla sua identità personale e alla sua vita privata e familiare e ha ritenuto pienamente consonante con i principi costituzionali l'indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla necessità di un riconoscimento pieno e tempestivo della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. Pertanto, una nuova interpretazione del sistema normativo alla luce del "monito" del Giudice delle leggi sarebbe quantomeno auspicabile, al di là dell'efficacia vincolante dello stesso (vuoi per il giudice, vuoi per il legislatore).

<sup>3</sup> Per una ricostruzione più dettagliata della questione si consenta di rimandare a M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta Online*, 3, 2021, spec. 1052-1058 e per un commento dettagliato delle diverse tematiche affrontate dalla Corte v. almeno l'approfondimento sul 3, 2021 di *BioLaw Journal (Focus on)*, 7-199).

<sup>4</sup> La Corte costituzionale si è pronunciata più volte sulla legge n. 40/2004, dichiarandone l'illegittimità costituzionale nei seguenti punti: laddove imponeva la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto; nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna (Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151); nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia quale causa di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile (Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162); nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (Corte cost., sent. 5 giugno 2015, n. 96); nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando essa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili (Corte cost., sent. n. 11 novembre, n. 229).

<sup>5</sup> Art. 1 legge n. 40/2004 (*Finalità*).

<sup>6</sup> Art. 5 legge n. 40/2004 (*Requisiti soggettivi*).

<sup>7</sup> La fecondazione eterologa è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che consiste nell'impianto nell'utero della madre biologica (che coincide con quella sociale) di uno o più embrioni formati da gameti, in parte o in tutto, estranei alla coppia committente. Nel primo caso avremo una fecondazione eterologa parziale in quanto uno dei due gameti (maschile o femminile) apparterrà alla coppia committente mentre l'altro provverrà da un terzo donatore estraneo ad essa. Nel secondo avremo invece una fecondazione eterologa totale in quanto

omosessuali, distinguendo così l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale dall'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive (allo stesso modo dell'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata). Anche secondo la Corte costituzionale, infatti, «[s]i tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla pma delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»<sup>8</sup> ma, come detto, di una scelta volta a riconoscere alla pma una finalità prettamente ed esclusivamente terapeutica. Diverso, invece, il caso della surrogazione di maternità<sup>9</sup>, vietata – e penalmente sanzionata – dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Nelle dichiarate intenzioni del legislatore del 2004, infatti, il ricorso alle pratiche di procreazione deve rispettare condizioni e modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Dello stesso avviso anche il Giudice costituzionale che, seppur in un *obiter dictum*<sup>10</sup>, nella sent. 18 dicembre 2017, n. 272 ha definito la pratica dell'"utero in affitto", nel suo prevedere la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente, un'offesa «intollerabile» della dignità della donna che «mina nel profondo le relazioni umane». Mentre con la già menzionata sentenza n. 221/2019 si è limitato a ricordare come tale divieto sia considerato dalla giurisprudenza espressivo di un principio di ordine pubblico. Secondo questa interpretazione, non è ammissibile che una donna si presti a intraprendere e a portare a termine una gravidanza per conto di altri: viene infatti in rilievo in questo caso, come si chiarirà a breve, l'esigenza di garantire e proteggere la dignità della donna. La problematica principale è rappresentata però dalla liceità di questa pratica in altri Paesi dove spesso coppie si recano per realizzare il proprio sogno di genitorialità, con la conseguenza che spesso ci si è interrogati sulla trascrivibilità in Italia dei provvedimenti amministrativi o giurisdizionali stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore *solo* di intenzione. Proprio questo è stato il problema che ha recentemente impegnato tanto la Corte di Cassazione quanto la Corte costituzionale in una vicenda di surrogazione di maternità. In breve, il caso riguardava un bambino nato in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana, con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale. Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore solo il primo, mentre non erano stati menzionati né il c.d. genitore di intenzione né la madre surrogata che aveva partorito il bambino (né la donatrice dell'ovocita). In seguito, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto

---

entrambi i gameti che formano l'embrione da impiantare nell'utero della gestante provverranno da donatori terzi alla coppia.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. 23 ottobre, 2019, n. 221, § 12 *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Per surrogazione di maternità (o "utero in affitto") si intendono tutti quei casi in cui una donna porta a termine una gravidanza indotta artificialmente per conto di un'altra, la quale, dopo la nascita, assumerà il ruolo giuridico (e naturalmente sociale) di madre, con conseguente scissione tra maternità e gestazione.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272, relativa ad un caso di surrogazione di maternità effettuata da una coppia eterosessuale all'estero, nel quale la madre intenzionale aveva riconosciuto la figlia come propria e il PM aveva impugnato il riconoscimento (art. 263 c.c.) perché non veritiero (di qui la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.).

la corrispondente rettifica dell'atto di nascita in Canada. I due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano chiesto alla Corte d'appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995. Nel 2018 la Corte d'appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l'efficacia in Italia del provvedimento. L'Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore.

Come ricorda la Prima Sezione, la Corte costituzionale riconosce che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è stato qualificato dalla giurisprudenza di legittimità come principio di ordine pubblico<sup>11</sup> (e quindi ostativo del riconoscimento del provvedimento straniero nell'ordinamento interno), in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Inoltre, gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. Pur riconoscendo tutto ciò, il Giudice delle leggi nelle sue argomentazioni valorizza l'importanza degli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, con particolare riferimento ai suoi rapporti con la coppia che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento. Il principio valorizzato dal Giudice costituzionale è che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" o dell'"interesse superiore"<sup>12</sup> del minore<sup>13</sup>. E non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia e sono parte integrante della sua stessa identità<sup>14</sup>. E

<sup>11</sup> Sul punto sia consentito rimandare ai riferimenti riportati in M. CALDIRONI, *op. cit.*, nt. 19.

<sup>12</sup> Critiche rispetto a questa traduzione (seppur ormai consolidata): C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 129-130; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, *ivi*, 87; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss.

<sup>13</sup> Corte cost., sentenza n. 102/2020.

<sup>14</sup> Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Menesson contro Francia*, paragrafo 96.

Contr. v. però C. TRIPODINA: «Di solito, e particolarmente nei casi di maternità surrogata, il migliore interesse del bambino viene fatto coincidere con il migliore interesse dei genitori: con la continuità delle relazioni affettive e la preservazione dei vincoli giuridici già instaurati, soprattutto quando la valutazione avviene a cose fatte, col "bimbo in braccio". Cosa che in concreto fa sì che, anche se un bambino viene ottenuto in violazione della legge, basta avere trascorso con lui in intimità familiare un certo periodo per poterlo "usucapire". Ma forse occorrerebbe considerare anche altri profili del *best interests of the child*: se corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione *a brupto*, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia; se corrisponda al suo miglior interesse trascorrere il resto della

ciò anche laddove tale nucleo di affetti sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento in cui l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale<sup>15</sup>. Analogamente a quanto affermato dalla Corte EDU<sup>16</sup>, essa ribadisce la necessità che i nati mediante maternità surrogata ottengano un riconoscimento giuridico effettivo e celere del "legame di filiazione" con entrambi i componenti della coppia. La Corte costituzionale osserva che un tale riconoscimento al momento non esiste nel nostro ordinamento, in quanto l'unica ipotesi ritenuta praticabile dalle Sezioni Unite per l'esistenza di limiti di ordine pubblico (rappresentati dal divieto penalmente sanzionato della surrogazione di maternità) sarebbe la soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44 lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori"), ossia la c.d. adozione in casi particolari; che tuttavia risulta inadeguata ad assicurare una tutela piena del minore. Infatti, sia la dottrina sia la giurisprudenza dubitano che tale adozione possa considerarsi una "adozione piena"<sup>17</sup>, che conferisca anche la formazione di diritti successori. Ma la vera criticità sarebbe costituita dal necessario assenso all'adozione del genitore biologico, assenso che in caso di crisi della coppia potrebbe essere negato<sup>18</sup>. Secondo la Prima Sezione la «lettura della clausola di ordine pubblico come precostituita da una valutazione generale e

---

vita con chi ha violato la legge per averlo; se corrisponda al suo miglior interesse la frantumazione e destrutturazione dei legami genitoriali a cui viene esposto» (*C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 130).

Per approfondire il tema del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, escludendo quindi l'anonimato ma garantendo la conoscibilità della madre surrogata, si rimanda tra i tanti a: B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 341-345; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1, 2018, 9-12; L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *Genus*, 2016, 45; D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 211 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. di dir. internazionale*, 2014, 1123 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per nascita"*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 135 ss.; C. CIRAIOLO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 812 ss.; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 1-18. Nella giurisprudenza costituzionale vedi almeno Corte cost., sentenza 22 novembre 2013, n. 278 e Corte cost., sentenza 10 giugno 2014, n. 162. I riferimenti giurisprudenziali e dottrinali qui riportati non (sempre) riguardano esplicitamente la surrogazione di maternità, ma sembrano adattarsi anche a questo caso, almeno al fine di indagare la portata del diritto a conoscere le proprie origini.

<sup>15</sup> Così Corte cost., sent. n. 221/2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

<sup>16</sup> *Menesson v. Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. v. Francia*, paragrafo 64.

<sup>17</sup> E questo, nonostante recentemente la Corte costituzionale abbia stabilito che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'art. 3 Cost., il bambino adottato "in casi particolari" rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, della Cost. in relazione all'articolo 8 della CEDU (dal dispositivo della sentenza 28 marzo 2022, n. 79: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante»).

<sup>18</sup> Sul punto v. da ultimo Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32.

aprioristica del legislatore che comporti la prevalenza della finalità antielusiva sull'interesse del minore e che conduca necessariamente al diniego del riconoscimento dello *status filiationis* non ha più alcun fondamento coerente nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale<sup>19</sup>. Tuttavia, quest'ultima conviene che spetti alla discrezionalità del legislatore trovare una soluzione a questo vuoto di tutele tenendo in considerazione la pluralità degli interessi in gioco, tra i quali la dignità della gestante (protetta dal divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità) e anche la preservazione dell'istituto della adozione da possibili elusioni. Nonostante l'inammissibilità, l'accertamento della incostituzionalità è però chiaramente dimostrato dal monito rivolto al legislatore<sup>20</sup>.

## 2. Le soluzioni interpretative proposte

Per l'individuazione di possibili soluzioni adeguate a rispondere al deficit di tutele sottolineato dal Giudice costituzionale, la Prima sezione inizia il suo ragionamento concentrando l'analisi sugli istituti della delibazione delle sentenze straniere e della trascrizione degli atti di stato civile. Essa evidenzia come con la delibazione naturalmente non si recepisca nell'ordinamento interno l'accordo di maternità surrogata (e nemmeno si legittimi tale pratica in Italia) ma, piuttosto, (si recepisca) «l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione»<sup>21</sup>. Non è allora in discussione un preteso diritto alla genitorialità, quanto il solo interesse del minore a veder riconosciuti quel fascio di doveri in capo ad entrambi i genitori che hanno condiviso il progetto procreativo. Soltanto in questo modo, infatti, si darebbe quell'indispensabile continuità allo *status* del minore – e ai diritti connessi – già riconosciuto nell'ordinamento in cui egli è nato, senza con ciò mettere in discussione l'illiceità della pratica della surrogazione di maternità nel nostro paese. La Corte individua, tuttavia, una criticità degli strumenti esistenti per pervenire al riconoscimento della filiazione (ossia, la trascrizione e la delibazione): si tratta del carattere (tendenzialmente) automatico

<sup>19</sup> Corte di Cassazione, Sezione I, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842.

<sup>20</sup> *Ibidem*: «tale pronuncia rientra nell'ambito delle decisioni d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata che, parte della dottrina denomina anche come pronunce d'inammissibilità per "eccesso di fondatezza". [...] La motivazione adottata dalla Corte Costituzionale appare infatti, come si è detto, fondata chiaramente sull'accertamento dell'incostituzionalità di una lettura delle varie norme, richiamate dall'ordinanza del giudice *a quo*, che sia ostativa al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale laddove invece il giudice costituzionale ha chiaramente affermato che è attribuita alla discrezionalità del legislatore stabilire le modalità e lo strumento con cui pervenire al riconoscimento. L'accertamento della denunciata incostituzionalità è insito evidentemente nel monito rivolto al legislatore eppure non si coniuga, come avviene in altri ordinamenti e come è avvenuto in un noto precedente della stessa Corte costituzionale (ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018), con l'assegnazione di un termine al legislatore per il suo intervento, ritenuto necessario al fine di eliminare il conflitto fra il diritto esistente e i parametri costituzionali».

Il motivo per cui la Corte costituzionale abbia deciso di adottare "soltanto" una sentenza monito, invece di una pronuncia di incostituzionalità sospesa (nonostante la primaria rilevanza degli interessi in gioco) potrebbe ravvisarsi nel ritenere possibile una "concretizzazione" costituzionalmente conforme del limite dell'ordine pubblico da parte della Cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica. In altri termini, l'intervento del legislatore non sarebbe l'unico ammissibile per ovviare alla incostituzionalità della normativa impugnata – seppur il più appropriato, anche solo per il rispetto del riparto delle competenze tra i vari poteri dello Stato –, ma vi sarebbe anche una soluzione giurisprudenziale (anche se, naturalmente, non invocabile esplicitamente).

<sup>21</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.



che tali strumenti hanno progressivamente acquisito «per effetto di una maggiore internazionalizzazione dei rapporti sia economici che personali e per l'accresciuta mutualità del riconoscimento che gli ordinamenti statali vanno via via incrementando»<sup>22</sup>, mentre un materia sensibile come quella in esame richiederebbe una valutazione ponderata “caso per caso”. La valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico deve allora essere compiuta non in astratto, ma – sia pure alla luce di criteri generali – con riferimento ai singoli casi concreti. Valutazione che dovrà essere guidata dai criteri di ragionevolezza e proporzionalità tra i valori costituzionali in potenziale conflitto, senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro (pur «non disattendendo il principio ribadito dalla Corte Costituzionale della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della costante ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare»<sup>23</sup>).

I valori tutelati dal divieto penale di surrogazione di maternità individuati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sono essenzialmente due: la dignità della gestante e la preservazione dell'istituto dell'adozione. Nell'analisi che segue ci soffermeremo principalmente sul primo (ossia la tutela della dignità della donna), proprio considerando la sua importanza e centralità che si desume anche dalle stesse riflessioni svolte nell'ordinanza in esame.

In primo luogo, è quantomeno plausibile che la donna che accetta di portare a termine una gravidanza per altri si trovi in una condizione di soggezione e che la sua dignità non risulti lesa soltanto a condizione che tale scelta sia stata libera, consapevole, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da controprestazioni economiche. Nel caso di mancanza di tali garanzie nel paese in cui avviene la surrogazione di maternità è verosimile pensare (e in questo senso, giuridicamente, anche presumere) che non sia rispettata la dignità della donna, e che quindi la tutela di tale valore nel nostro ordinamento impedisca la delibazione e la trascrizione dell'atto di riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione, naturalmente in un'ottica di valutazione delle specificità di ciascun caso, individuando sempre una soluzione che rispetti l'interesse del minore. Se invece queste condizioni fossero presenti sembrerebbe illegittimo un aprioristico diniego del riconoscimento del provvedimento straniero attestante lo *status filiationis*, in quanto non è necessario per la tutela della dignità della gestante già garantita dall'ordinamento straniero. Una valutazione come quella prospettata dalla Prima Sezione manterrebbe senz'altro una «indiretta ma ampia efficacia dissuasiva», mentre, una soluzione – come quella oggi prevista dal diritto positivo – che non dovesse offrire alcuna possibilità di riconoscimento, nemmeno qualora fosse garantita la donna e fosse verificato in concreto dal giudice l'interesse del minore a tale riconoscimento, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»<sup>24</sup>.

In estrema sintesi, la Prima Sezione si interroga se sia possibile affidare al singolo giudice investito della richiesta di delibazione la valutazione del conflitto fra l'interesse al riconoscimento del rapporto di filiazione e i limiti di ordine pubblico internazionale, basando tale valutazione sui criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza affermati dalla Corte costituzionale nella ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore. Più nello specifico, si chiede se i criteri dell'adesione libera e consapevole, non determinata da ragioni economiche della donna, la revocabilità del consenso fino

---

<sup>22</sup> *Ibidem.*

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> *Ibidem.*

alla nascita del bambino, oltre che la necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori<sup>25</sup>, possano considerarsi direttive valide per la decisione del giudice nei casi sottoposti al suo esame<sup>26</sup>.

### 3. Alcune considerazioni

La “revisione” della portata del limite di ordine pubblico (costituito dal divieto penale di surrogazione di maternità) proposta, fa leva su alcune precedenti argomentazioni delle stesse Sezioni Unite del 2019<sup>27</sup> che, almeno da una prima analisi, parrebbero presentare profili di contraddittorietà, o che comunque non sembrano convincere pienamente.

In primo luogo, il limite di ordine pubblico – almeno nell’interpretazione data dalle Sezioni Unite – sembra colpire maggiormente determinati soggetti rispetto ad altri senza che siano chiariti dettagliatamente i motivi. Infatti, si deve considerare che la condotta illecita riguarda entrambi i genitori allo stesso modo, anche solo per il contributo che entrambi danno nell’avviamento della procedura. Tuttavia, la pratica vietata risulterebbe operativa e “valida” per il genitore biologico che attivamente avrebbe partecipato al procedimento procreativo fornendo i propri gameti, mentre la “sanzione” opererebbe per il solo genitore di intenzione che avrebbe come unica “colpa” quella di essersi assunto intenzionalmente tutte le responsabilità connesse allo *status* di genitore, pur non avendo avuto alcun ruolo efficiente nella procreazione. Ci si potrebbe quindi chiedere, prendendo in prestito le categorie proprie del diritto penale, quale delle due condotte dimostri una maggiore offensività<sup>28</sup>, e se quindi sia ragionevole un tale distinguo dal punto di vista degli effetti (per di più elaborato giurisprudenzialmente). La prima sensazione è che la persona che fornisce i gameti necessari all’impianto sia quella che tiene la condotta più rilevante nei confronti della donna, partecipando materialmente alla surrogazione (dopo, s’intende, la condotta del sanitario che infatti la dottrina maggioritaria individua come l’unica penalmente rilevante). Mentre al genitore d’intenzione non sembrerebbe possibile rimproverare altro se non la condivisione del progetto procreativo (illecito)<sup>29</sup>.

L’impressione è allora che il limite di ordine pubblico valga soltanto per ostacolare l’ingresso nel nostro ordinamento di determinati rapporti genitoriali, e non di altri, indipendentemente dal divieto che lo fonderebbe e che richiederebbe un’efficacia almeno equivalente<sup>30</sup>. Infatti, il divieto di surrogazione di

<sup>25</sup> Per evitare così possibili elusioni dell’istituto dell’adozione.

<sup>26</sup> Per completezza si ricorda che la Corte di Cassazione si chiede anche se «derivi anche dal diritto dell’Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo *status filiationis* acquisito all’estero da un minore cittadino italiano nato dalla gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura i cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell’Unione» (Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022).

<sup>27</sup> Cass. Sez. Un., sent. n. 12193/2019.

<sup>28</sup> Almeno rispetto alla gestante.

<sup>29</sup> Che naturalmente, per sua natura (considerata la *condivisione*), sarebbe addebitabile ad entrambi i genitori in egual misura.

<sup>30</sup> V. anche G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 69, secondo la quale: «Le Sezioni Unite [...] paiono concepire l’ordine pubblico internazionale alla stregua di un “arsenale” di principi non strutturati al quale attingere, pressoché liberamente, per impedire l’accesso ad atti e provvedimenti stranieri che potrebbero minare la “coerenza interna” dell’ordinamento giuridico».



maternità, per come strutturato, dovrebbe operare per tutti i rapporti genitoriali nello stesso modo, quindi: o per tutti i rapporti genitoriali derivanti da un comportamento vietato (ed a maggior ragione per chi abbia partecipato attivamente al procedimento procreativo) oppure per nessuno di questi. Non si rinvergono elementi nell'ordinamento che avvalorino la distinzione fatta dalle Sezioni Unite. Solo il principio del *favor veritatis* potrebbe forse dare un sostegno a questa tesi, anche se dalla stessa giurisprudenza di legittimità, ma soprattutto dal dato normativo<sup>31</sup> si palesa il suo valore del tutto marginale nel nostro ordinamento.

La presunta assolutezza del divieto di ordine pubblico in ragione del presidio penale cede di fronte alla relazione biologica con un genitore, così ponendo la discendenza genetica in una posizione evidentemente sovraordinata allo stesso limite di ordine pubblico<sup>32</sup>; tanto che, questa argomentazione ha spinto parte della dottrina ad interrogarsi se in caso di maternità surrogata realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente, la derivazione biologica prevarrebbe sull'ordine pubblico salvando il rapporto con entrambi i genitori<sup>33</sup>.

In altri termini, sembra che la Cassazione faccia propria una nozione di ordine pubblico differenziata, bilanciabile con altri elementi considerati rilevanti dall'ordinamento come la derivazione genetica.

«[L']ordine pubblico, quindi, appare prevalere solo se manca la derivazione biologica, la quale, da un lato, salva il legame con il padre genetico (come già avvenuto in caso di legami costituiti in coppie lesbiche) anche a fronte di un divieto reputato assoluto; dall'altro, ove assente, fa prevalere la clausola dell'ordine pubblico»<sup>34</sup>.

Come detto in apertura, tuttavia, il divieto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico si giustifica soltanto alla luce del bene giuridico che il divieto penale è volto a tutelare: la dignità della gestante. È questo allora il criterio che deve guidare la definizione della portata dei limiti suesposti, al fine di non negare i presupposti che giustificano la loro stessa esistenza.

Sorge allora spontaneo chiedersi se la dignità della donna risulti sempre violata in tutti i casi di surrogazione di maternità. Sono infatti molto diverse fra loro le realtà nelle quali essa è consentita, e pur semplificando la questione, sembra evidente che non possano considerarsi allo stesso modo procedure gratuite e onerose<sup>35</sup>, così come normative nelle quali la gestante può revocare il suo consenso

<sup>31</sup> Se consideriamo anche solo l'istituto della adozione e la disciplina delle pma (con particolare riferimento alla fecondazione eterologa).

<sup>32</sup> A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 17.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ivi*, 18.

<sup>35</sup> Il che, naturalmente, non esime dalla necessità di argomentare in modo convincente la violazione (o meno) della dignità della donna a seconda dello specifico caso e, in questo senso, si sono registrate voci critiche rispetto alla ricostruzione secondo la quale la dignità della donna venga violata soltanto nei casi di surrogazione c.d. commerciale. Secondo tali diverse ricostruzioni deve escludersi «che, quando non è previsto l'esborso di denaro o gli accordi riproduttivi rimangono in un ambiente familiare, la pressione sulla madre surrogata venga per ciò stesso meno. Al contrario, l'esistenza di una relazione affettiva con i genitori intenzionali può rendere la madre surrogata ancora più vulnerabile alle pressioni emotive e alle coercizioni concernenti la gestazione e il parto» (Così E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 23, richiamando in nota J.G. RAYMOND, *Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman*, in *The Hastings Center Report*, 6, 1990, 9; U. NARAYAN, *Family Ties. Rethinking*

fino al momento del parto e altre che prevedono (o anche solo permettono) forti penali volte a impedire o limitare una piena libertà di scelta della donna.

In conclusione, la proposta che la Prima Sezione sottopone al vaglio delle Sezioni Unite mira ad una reinterpretazione del limite dell'ordine pubblico in modo che si ponga ad effettiva tutela della dignità della donna. Ma non una tutela generale e astratta di una pratica che potenzialmente possa ledere la dignità della gestante intesa, come è stato detto<sup>36</sup>, in senso oggettivo<sup>37</sup>; bensì che tuteli la "dignità soggettiva" della donna. Secondo questa prospettazione il limite di ordine pubblico non dovrebbe operare nei casi in cui la madre surrogata non sia in una condizione di soggezione e la sua scelta di portare avanti una gravidanza per altri sia libera e consapevole, libera da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del figlio. In questo caso infatti già l'ordinamento straniero nel quale la procedura sarebbe svolta garantirebbe la dignità soggettiva della donna, seppur da verificare caso per caso assieme a tutti gli altri interessi in discussione. Le surrogazioni di maternità non sono quindi "tutte uguali", ma vi possono essere modalità molto diverse tra loro, e a queste differenze dovrebbero corrispondere risposte giuridiche adeguate a coglierne le sfumature<sup>38</sup>.

Non può considerarsi irrilevante il fatto che in taluni casi la madre gestazionale sia mossa da amicizia o affetto nei confronti della coppia "committente", e che quindi compia un atto di generosità che esprime di per sé una "solidarietà sociale" valorizzata anche dall'art. 2 della Costituzione.

Si è scritto che il legislatore potrebbe uscire «dall'arroccamento» e adeguarsi alle legislazioni europee più permissive consentendo così «di affrontare ciò che oggi non riesce ad arginare: l'ingresso in Italia

---

*Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody*, in U. NARAYAN, J.J. BARTKOWIAK (ed.), *Having and Raising Children. Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good*, University Park, 1999, 70; M. HUNTER-HENIN, *Surrogacy: Is There Room for a New Liberty between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence?*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics. Current Legal Issues*, Oxford, 2008, 344).

Eguale, ammoniscono sulle implicazioni di tale pratica sia a titolo oneroso sia gratuito C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., spec. 132-141; A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 88, 2016, 92; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 3, 2019, 375 s.; G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 693-694, M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della coesistenza*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 54 ed esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 78-90.

<sup>36</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 146-147.

<sup>37</sup> Così, criticamente: «Che cosa contenga la dignità umana "oggettiva" non si sa con precisione: essa, l'ordine pubblico internazionale, il buon costume, la morale corrente giocano lo stesso ruolo che la parola Tû-Tû ricopriva presso la mitologica tribù delle Noï sulle Islands descritta da Alf Ross. Chiedersi che cosa significhi Tû-Tû "is pure nonsense", e altrettanto può dirsi della "dignità oggettiva". Richiamarla serve per chiudere definitivamente il discorso ("la GPA è vietata dalla legge penale"), ma con essa non si può aprirne un altro. Che invece è necessario aprire» (ivi, 147).

<sup>38</sup> V. anche B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 112.

di bambini che sono stati legittimamente generati per GPA [gestazione per altri] in base alla legislazione del Paese in cui l'episodio si è svolto»<sup>39</sup>. Infatti, «di fronte al pericolo che di uno strumento si faccia cattivo uso si possono introdurre regole che lo disciplinino, senza però sottoporlo a divieto assoluto, penalmente sanzionato»<sup>40</sup>. Tuttavia, non sembra questa la direzione indicata dalle recenti proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati sul tema, tra cui la n. 2599 (Carfagna) e la n. 306 (Meloni)<sup>41</sup> che estenderebbero i limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità (e alla commercializzazione di ovuli e gameti, per quanto riguarda la proposta n. 306)<sup>42</sup>.

Se, quindi, al momento non pare molto probabile un'inversione di rotta rispetto al superamento del divieto penale di surrogazione di maternità, la giurisprudenza sembra almeno indicare la direzione e le possibili soluzioni per il riconoscimento dei rapporti genitoriali dei minori nati tramite queste procedure nel rispetto di tutti i principi in gioco ed in particolare della dignità della donna e della sua autodeterminazione.

---

<sup>39</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, cit., 149.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Si segnalano anche le proposte al Senato nn. 280 (Candiani), 519 (Gasparri) e 201 (Bertacco).

<sup>42</sup> Più diffusamente sul tema v. M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021, 1-12; e in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2021, 30-40.