

***La recentissima sentenza delle SS.UU. sulla maternità surrogata: una pronuncia importante, ma con qualche ombra***

*Marilisa D'Amico<sup>1</sup> e Stefano Bissaro<sup>2</sup>*

**Sommario** :1. Premessa, i precedenti e l'ordinanza di rimessione alle SS.UU. – 2. La trama motivazione della sentenza – 3. (segue) il best interest of the child, nel dialogo tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corti europee – 4. Qualche ombra e brevi cenni sugli sviluppi futuri della materia.

***1. Premessa, i precedenti e l'ordinanza di rimessione alle SS.UU.***

A distanza di alcuni anni e nel contesto di un dibattito decisamente polifonico, il controverso tema della maternità surrogata è tornato ad impegnare la Cassazione, nella sua composizione più autorevole.

Nel 2019, con la sentenza n. 12193, le Sezioni Unite avevano giudicato contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento che riconosce il rapporto filiale con il genitore intenzionale del bambino nato da maternità surrogata. In quell'occasione, la Suprema Corte aveva anche stabilito che, per inquadrare giuridicamente il rapporto affettivo e sociale sussistente tra il minore e il genitore intenzionale, l'ordinamento italiano mette a disposizione lo strumento dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), della legge n. 184 del 1983. Tale istituto rappresenta – secondo quanto statuito in quel caso dalla Cassazione – proprio il mezzo attraverso il quale il rapporto di filiazione costituito all'estero tra il minore e il genitore di intenzione può ricevere continuità nel nostro ordinamento.

---

<sup>1</sup> Prof.ssa Ordinaria di diritto costituzionale e Prorettrice alla legalità, trasparenza e parità di diritti, nell'Università degli Studi di Milano.

<sup>2</sup> Ricercatore di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano.

Il quadro giurisprudenziale definito da questa decisione è stato però arricchito e, in qualche misura, modificato in conseguenza della sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale<sup>3</sup>, la quale ha riconosciuto che “*il possibile ricorso all’adozione in casi particolari di cui all’art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali*”. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, tale strumento non attribuisce la genitorialità all’adottante; inoltre, pur a fronte della novella dell’art. 74 cod. civ., operata dall’art. 1, comma 1, della legge n. 219 del 2012, recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, che riconosce la generale idoneità dell’adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell’adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall’art. 55 della legge n. 184 del 1983 all’art. 330 cod. civ. – se anche l’adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l’adottante abbia già altri figli propri. Secondo la Corte costituzionale, ancora, l’adozione in casi particolari richiede, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” – ai sensi dell’art. 46 della legge n. 184 del 1983 – il quale potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, il bambino finendo per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Con questa significativa pronuncia, insomma, il Giudice delle leggi ha riconosciuto alcune criticità nell’attuale disciplina dell’adozione in casi particolari.

Allo stesso tempo, essa ha affermato che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati

---

<sup>3</sup> Con commento di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost., nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulonline*, 1/2021; e N. BALDANZI, *Nuovi sviluppi in tema di maternità surrogata e diritto del minore ad avere una famiglia: la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021.

da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – spetta, in prima battuta, al legislatore rappresentativo, al quale, solo, deve essere riconosciuto il potere di intervento per individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco<sup>4</sup>.

Proprio il *punctum dolens* rappresentato dalla effettività della tutela assicurata dall’adozione in casi particolari è stato posto dalla Prima sezione al centro dell’ordinanza – la n. 1842 del 21 gennaio 2022 – con cui sono stati rimessi gli atti al Primo Presidente per l’assegnazione della causa alle Sezioni Unite; il Collegio rimettente ha fatto soprattutto leva sull’argomento per cui la sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale – che, come visto, ha accertato in sostanza l’inidoneità del ricorso all’adozione in casi particolari – abbia determinato il superamento del *diritto vivente* rappresentato dalla citata decisione del 2019 delle SS.UU., generando di conseguenza una sorta di “vuoto normativo”, che spetterebbe proprio alla Suprema Corte riempire attraverso la valorizzazione del principio del *best interest of the child*. Secondo l’ordinanza di rimessione, peraltro, la delibazione del provvedimento giurisdizionale straniero consentirebbe l’ingresso, nel nostro ordinamento, non dell’accordo di maternità surrogata, ma dell’atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del *partner* di ricorrere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Per l’ordinanza di rimessione, inoltre, questa volta guardando la questione nella prospettiva dei soggetti coinvolti, la donna che accetta di portare a termine una gravidanza nell’interesse di altri sarebbe in una condizione che può essere considerata “*non lesiva della sua dignità quando alla base vi sia una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del*

---

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 33 del 2021, punto n. 5.9 del *Considerato in diritto*, dove si precisa che “*di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, [la stessa] Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*”.

bambino”<sup>5</sup>.

In buona sostanza, la Sezione rimettente sollecita la definizione di un nuovo punto di equilibrio tra la contrarietà all’ordine pubblico internazionale del recepimento nel nostro ordinamento degli accordi di maternità surrogata e la tutela dei diritti fondamentali del minore affermati dalle Corti europee, in armonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale.

## 2. La trama motivazione della sentenza

La risposta delle SS.UU. è ricca di argomenti, oltreché sostenuta da un solido impianto argomentativo; soprattutto, è una presa di posizione netta che ribadisce alcuni punti e mette da parte le suggestioni che la sezione rimettente aveva viceversa provato a prospettare.

In primo luogo, riallacciandosi alla parte conclusiva della sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale, le SS.UU. ricordano che *“la decisione sulla direzione di marcia, in un terreno denso di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche, non può essere devoluta alla giurisprudenza. Per le riforme, occorre la discussione in sede politica, affidando al confronto democratico, e per esse all’interna comunità, scelte di così rilevante significato”*<sup>6</sup>. È una parte della sentenza significativa, in cui le SS.UU. si diffondono in una precisa ricostruzione del ruolo che spetta, in un sistema come quello italiano ispirato alla separazione dei poteri, alla giurisdizione. L’attenzione verso l’area di spettanza del legislatore non impedisce alle SS.UU. di osservare che l’attività dei giudici può comunque servire per accompagnare ed assecondare *“l’evoluzione che si realizza nel costume e nella coscienza sociale”* e che *“nell’interpretazione e nell’applicazione della legge, [la giurisprudenza] dà vita al testo normativo e dà contenuto alle clausole generali, elaborando la regola del caso concreto”*<sup>7</sup>.

Ciò premesso in termini generali, la sentenza entra nel merito e illustra il modo molto chiaro la tesi che si intende sostenere: *“la Corte costituzionale ha affermato che gli orientamenti espressi dalla Corte*

<sup>5</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 5.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 6.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 8.

*EDU e i principi costituzionali non ostano alla soluzione della non trascrivibilità del provvedimento giurisdizionale straniero e ha ribadito che la maternità surrogata è lesiva della dignità della donna. La pronuncia del Giudice delle leggi ha inciso nella parte relativa alla tutela dei diritti del minore, ritenendo l'adozione in casi particolari strumento non del tutto adeguato”<sup>8</sup>.*

A questo punto e per corroborare la propria conclusione, le SS.UU. prendono in rassegna i diversi profili di criticità dell'adozione in casi particolari, su cui la Corte costituzionale aveva posto l'attenzione, al fine di saggiare l'adeguatezza dello strumento di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, nella prospettiva del *best interest of the child*.

In primo luogo, la sentenza ricorda che, a seguito dell'ordinanza di rimessione, è intervenuta una importante pronuncia della Corte costituzionale – la sentenza n. 79 del 2022 – che ha rimosso l'impedimento alla costituzione di rapporti civili con i parenti dell'adottante, intervenendo su uno snodo centrale della disciplina dell'adozione in casi particolari all'insegna della piena attuazione del principio di unità dello stato di figlio. L'intervento della Corte ha così prodotto il risultato per cui anche *“l'adozione del minore in casi particolari produce effetti pieni e fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante. Al pari dell'adozione “ordinaria” del minore di cui agli artt. 6 e ss. della legge n. 184 del 1983, l'adozione in casi particolari non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante, ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante. L'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante”<sup>9</sup>.*

Il secondo profilo messo in evidenza dalla sentenza n. 33 del 2021 riguardava, come già anticipato, l'impossibilità di costituire il rapporto adottivo, secondo la disciplina dell'adozione in casi particolari, in mancanza dell'assenso del genitore biologico. Per cercare di superare questo ostacolo, le SS.UU. richiamano quell'orientamento della giurisprudenza che ha considerato aggirabile, proprio in ragione del preminente interesse del minore, il dissenso

<sup>8</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 9.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 10: *“la sentenza riconosce i legami familiari anche per l'adottato in casi particolari e così realizza il suo inserimento nell'ambiente familiare dell'adottante, in applicazione del principio di unità dello stato di figlio e secondo un approccio teso a considerare unitariamente filiazione e adozione”.*

all'adozione manifestato dal genitore dell'adottando che non eserciti in concreto, da molti anni, la responsabilità genitoriale sul figlio, con il quale non intrattenga alcun rapporto affettivo<sup>10</sup>. Anche la dottrina, secondo la lettura offerta dalle SS.UU., sottolinea che il dissenso all'adozione da parte del genitore biologico del bambino nato mediante maternità surrogata, in tanto è suscettibile di impedire la costituzione del legame di filiazione, in quanto passi attraverso la negazione in radice del progetto genitoriale o di quel rapporto costante di affetto e di cura del minore che rappresenta il requisito per richiedere l'adozione in casi particolari, anche nell'ipotesi in cui vi sia stata separazione<sup>11</sup>.

Un ulteriore profilo di criticità dell'adozione in casi particolari era reso evidente dal fatto che l'iniziativa ai fini della costituzione dello *status* non compete mai all'adottando, il minore non potendo mai rivendicare il riconoscimento del rapporto giuridico per il tramite dell'adozione. Come si legge nella sentenza delle SS.UU.: *“l'adozione può risultare, in concreto, di fronte al rifiuto del committente, strutturalmente inidonea ad offrire una garanzia completa nella prospettiva della tutela del generato”*<sup>12</sup>. E tuttavia, tale constatazione non conduce – secondo la recentissima sentenza della Suprema Corte – ad ammettere o a giustificare l'automatismo della trascrizione; 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. Sviluppando questo rilievo, le SS.UU. affermano che vanno ricercati nell'ordinamento quegli strumenti in grado di riconoscere *“al minore, in una logica rimediale, tutti i diritti connessi allo status di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore. Difatti, chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto,*

---

<sup>10</sup> Cfr., in particolare, Cass., Sez. I civ., sentenza n. 18575 del 2015; Cass., Sez. I civ., sentenza n. 18827 del 2018.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 11.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 12.



*quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati "lecitamente"”<sup>13</sup>.*

Da ultimo, per verificare l'adeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari, le SS.UU. prendono in esame le modalità di svolgimento del procedimento di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), il quale *“non deve lasciare il legame genitore-figlio privo di riconoscimento troppo a lungo”*. Sul punto, viene giustamente richiamata la sentenza n. 33 del 2021, con la quale la Corte costituzionale ha sottolineato che i principi costituzionali impongono che la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con il genitore d'intenzione sia *“assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino”*.

Sulla base di tutti questi rilievi, in definitiva, per la Suprema Corte: *“per effetto della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 e prospettandosi la possibilità di una interpretazione adeguatrice del requisito del necessario assenso del genitore biologico, l'adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profila come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione”<sup>14</sup>.*

Dopo aver chiarito l'idoneità dello strumento posto dall'art. 44, comma 1, lett. d) a garantire l'interesse del minore, le SS.UU. prendono in esame il problema del riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero che, in caso di maternità surrogata, accerta il rapporto di filiazione anche con il genitore intenzionale. La valutazione della Suprema Corte si concentra quindi

---

<sup>13</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 12

<sup>14</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 13.

sui caratteri e sull'ampiezza della nozione di ordine pubblico internazionale, ciò che porta a soffermarsi sul divieto, assistito da sanzione penale, posto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004.

Ad avviso delle SS.UU., la sentenza straniera deve misurarsi *“con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. Costituzioni e tradizioni giuridiche, con le loro diversità, costituiscono un limite ancora vivo, privato di venature egoistiche, che davano loro 'fiato corto', ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca”*<sup>15</sup>.

Calandosi nel contesto specifico del caso di specie, le SS.UU. rilevano che il divieto posto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 esprime l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità. L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, *“riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna”*. Allo stesso tempo, per la Suprema Corte, tale divieto si correla all'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile.

A tal riguardo, le SS.UU. ricordano che anche la Corte costituzionale – nelle sentenze in cui, sia pur in modo indiretto, si è occupata del tema (cfr. sentenza n. 272 del 2017, n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022) – ha raggiunto approdi interpretativi analoghi, sottolineando come *“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*

---

<sup>15</sup> Così Cass., Sez. Un., n. 16601 del 2017.



*affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita".*

Come già anticipato in premessa, secondo l'interpretazione suggerita dall'ordinanza di rimessione, l'aspirante madre surrogata andrebbe tutelata nella misura in cui possa essere ritenuta soggetto vulnerabile, tipicamente versante in condizioni di bisogno, e quindi indotta a stipulare l'accordo di gestazione per altri dall'offerta o dalla dazione di un corrispettivo in denaro o comunque economicamente valutabile; mentre la gestante su commissione dovrebbe essere rispettata nelle sue determinazioni, quando si sottoponga alle tecniche senza chiedere né ottenere nulla in cambio dai genitori di intenzione.

A bene vedere, ciò non costituisce un tema nuovo alle riflessioni costituzionalistiche: proprio negli ultimi anni – alla luce del caso *Cappato* e del caso *Tarantini*, rispettivamente in materia di aiuto al suicidio e di favoreggiamento della prostituzione<sup>16</sup> – ci si è interrogati a fondo sul rapporto tra autodeterminazione e vulnerabilità. Le SS.UU., da parte loro, con la decisione qui in commento, prendono indirettamente posizione sul punto, osservando che *“il legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito”*<sup>17</sup>. In questa prospettiva, la Suprema Corte ha poi rimarcato che, nel nostro sistema costituzionale, la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e rinunciabile di ogni persona. Ciò che porta i Giudici di legittimità ad affermare che, punendo la surrogazione di maternità in via assoluta – a prescindere cioè dalle modalità della condotta o dagli scopi perseguiti – da una parte si tutela in via immediata la dignità della gestante su commissione, dall'altra si

---

<sup>16</sup> Per l'analisi dei profili penalistici delle vicende richiamate nel testo, si vedano le riflessioni di F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo della vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sistema penale*, 12 gennaio 2023; e dello stesso A., *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2022.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 18.

tende a prevenire, secondo la logica della china scivolosa, eventuali derive estreme di manifestazione del fenomeno, espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno economico, vulnerabili e presuntivamente prive di apprezzabili margini di autonomia decisionale<sup>18</sup>.

Ancora, sotto questo specifico profilo, la sentenza mette in evidenza un aspetto di debolezza della prospettazione dell'ordinanza di rimessione, osservando che *“la valutazione caso per caso finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile, il quale sarebbe così chiamato ad “operare la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale sulla base dei criteri generali ‘normati’” dalla pronuncia di queste Sezioni Unite. Ma vi sarebbe la “pratica impossibilità”, con i poteri conferiti all'ufficiale di stato civile, “di procedere alla verifica se vi sia stato un corrispettivo economico a favore della donna che in un lontano Stato estero ha gestito per altri la maternità, e valutare la sua concreta condizione di soggezione ed il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale”*<sup>19</sup>.

### **3. (segue) il best interest of the child nel dialogo tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corti europee**

Un passaggio importante della sentenza riguarda il rapporto tra il *best interest of the child* e l'ordine pubblico internazionale, rispetto al quale le SS.UU. affermano chiaramente che il primo concorre a formare il secondo.

La pronuncia in commento giunge a questa conclusione, dopo aver ricordato, in una prospettiva generale, che l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato svolge una funzione di meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori, di argine contro la compromissione dei valori irrinunciabili dell'ordinamento del foro: una vocazione, tuttavia, in parte ridimensionata per effetto della progressiva integrazione tra

<sup>18</sup> Cfr., ancora, Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 18.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 18.

ordinamenti, realizzata al fine di soddisfare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

In tale direzione, secondo le SS.UU., l'esclusione della trascrivibilità del provvedimento straniero è giustificata da un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, perché nella non trascrivibilità si esprime la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale<sup>20</sup>.

In secondo luogo, perché va escluso che il desiderio di genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita lasciata alla autodeterminazione degli interessati, possa legittimare un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*<sup>21</sup>. Non v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico.

In terzo luogo, perché il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale. Una diversa soluzione porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata. La Corte costituzionale ha indicato la strada, che non è quella della delibazione o della trascrizione dei provvedimenti stranieri, secondo un più o meno accentuato automatismo funzionale ad assecondare il mero desiderio di genitorialità degli adulti che ricorrono all'estero ad

---

<sup>20</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 21.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 79 del 2022.

una pratica vietata nel nostro ordinamento.

In questo passaggio, in aggiunta, le SS.UU. hanno ricordato che una valutazione negativa circa la sussistenza dell'interesse del minore non può fondarsi sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner. Citando alcuni precedenti della Cassazione<sup>22</sup> e la sentenza n. 230 del 2020<sup>23</sup>, la sentenza qui in commento ha ribadito che *“l'orientamento sessuale della coppia non incide sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale”*. Non solo, la giurisprudenza ha anche negato che l'orientamento sessuale abbia una qualche incidenza sulle decisioni in merito all'affidamento dei figli<sup>24</sup> o sulla valutazione dell'idoneità affettiva e della capacità educativa di chi abbia presentato domanda di adozione del figlio del proprio o della propria *partner*<sup>25</sup>, nonché nel confutare che contrasti con l'ordine pubblico internazionale un provvedimento giurisdizionale straniero che dichiari l'adozione piena di un minore da parte di una coppia formata da due uomini<sup>26</sup>.

La sentenza qui commentata si caratterizza anche perché, con essa, le SS.UU. si sono messe in dialogo, non solo come già visto, con la Corte costituzionale, stante l'ineludibile confronto con la sentenza n. 33 del 2021 e la n. 79 del 2022, ma anche con la Corte EDU e con la Corte di Giustizia.

Non mancano, infatti, richiami alle decisioni che le Corti europee hanno assunto in materia, a partire dalla recente sentenza *D.B. e altri c. Svizzera*, del 22 novembre 2022, con cui la Corte di Strasburgo ha ricordato che l'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari deve essere valutata considerando anche la celerità del relativo procedi-mento, che non deve lasciare il legame genitore-figlio privo di riconoscimento troppo a lungo. In questo caso, è stato rimarcato che il vincolo deve poter trovare riconoscimento al più tardi quando, secondo l'apprezzamento delle circostanze di ciascun caso, il legame tra il bambino e il genitore d'intenzione si è concretizzato,

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. I civ., sentenza n. 12962 del 2016.

<sup>23</sup> Con nota di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., Sez. I civ., sentenza n. 601 del 2013.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. I civ., sentenza n. 12962 del 2016.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 9006 del 2021.

onde considerare l'adozione come un rimedio possibile se ed in quanto consegua con celerità il risultato del riconoscimento dei legami tra il minore e il genitore d'intenzione.

Sul versante della Corte di giustizia, la sentenza in esame ricorda che, partendo dal principio di non discriminazione – il quale esige che i diritti enunciati nella Convenzione sui diritti del fanciullo, tra cui il di-ritto di essere registrato dalla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti al minore senza che quest'ultimo su-bisca discriminazioni al riguardo, “*comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori*” – la Corte di Lussemburgo<sup>27</sup> ha precisato che “*sarebbe contrario ai diritti fondamentali che gli artt. 7 e 24 della Carta garantiscono a tale minore privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso*”<sup>28</sup>.

A tal riguardo, le SS.UU. rimarcano altri due aspetti: i) che la condanna di “*qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali*” è stata espressa anche dal Parlamento europeo nella propria risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015; ii) e che alla medesima conclusione è pervenuto, di recente, il *Tribunal Supremo spagnolo*, sottolineando, con la sentenza n. 277 del 2022, che il contratto di maternità surrogata comporta uno sfruttamento della donna e non può accettarsi per principio: il desiderio di una persona di avere un figlio, per quanto nobile, non può realizzarsi al costo dei diritti di altre persone<sup>29</sup>.

#### **4. Qualche ombra e brevi cenni sugli sviluppi futuri della materia**

La recente sentenza delle SS.UU. oggetto di queste brevi note è senz'altro importante, come ben si evince dal contenuto sintetizzato nelle pagine precedenti. È anche una pronuncia dotta, nel senso che

---

<sup>27</sup> Grande Sezione, sentenza 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, causa C-490/2020.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 23.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 16.

vengono analizzate questioni di tipo sistematico e ordinamentale – come quelle che investono il rapporto tra legislazione e giurisdizione – con argomenti solidi e ben strutturati. Da questo punto di vista, particolarmente condivisibili sono le considerazioni che sottolineano l’opportunità di un intervento del legislatore in grado di correggere le persistenti criticità dell’attuale quadro normativo, che la Corte costituzionale, come detto, non ha esitato a rimarcare con la sentenza n. 33 del 2021. Si tratta, in aggiunta, di una sentenza ben motivata sul piano del merito che, *inter alia*, riconosce la giusta interpretazione – sia dal punto di vista costituzionale, sia con riguardo al limite dell’ordine pubblico internazionale – al principio del *best interest of the child*. L’attenzione nei confronti della posizione del minore, peraltro e in una prospettiva di carattere generale, appare rilevante, soprattutto se si guarda al contenuto di alcuni disegni di legge discussi nella scorsa legislatura, eccessivamente sbilanciati sul divieto di cui all’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004.

Nella soluzione condivisa dal Supremo Collegio, tuttavia, ci sono alcuni specifici aspetti o snodi argomentativi che non convincono fino in fondo, i quali sicuramente meriterebbero un approfondimento che in questa sede non è possibile assicurare, ma che possono qui essere sinteticamente richiamati.

Tra le pieghe della motivazione, traspare, anche attraverso precise scelte lessicali dei Giudici di legittimità, una particolare concezione della dignità della donna, forse non del tutto condivisibile: come già detto, nella sentenza delle SS.UU. si legge che *“indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta”*<sup>30</sup>.

La sentenza, dunque, finisce per considerare allo stesso modo

---

<sup>30</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 18.



pratiche e situazioni estremamente diverse tra loro, riservando a tutte queste il medesimo giudizio di profonda riprovazione, facendo leva, appunto, su una concezione oggettivistica della dignità della donna. Riecheggiano, in questa prospettiva, le parole che la Corte costituzionale ha proposto, in occasione della sentenza n. 141 del 2019<sup>31</sup>, sul tema del favoreggiamento alla prostituzione: *“la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale”*; pronuncia con cui la Corte costituzionale ha anche sottolineato le *“preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell’esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l’integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo)”*<sup>32</sup>.

Nel nostro caso, all’esito di cui si è detto, le SS.UU. giungono motivando in modo puntuale i vari passi del proprio ragionamento, peraltro senza ignorare l’esistenza di una giurisprudenza – come quella patrocinata dal *Bundesgerichtshof*<sup>33</sup> – che, nei casi di gestazione per altri, assegna rilievo dirimente alla circostanza che il vincolo di filiazione di cui si chiede il riconoscimento risulti fondato su un provvedimento giurisdizionale, e dunque su un atto idoneo, per sua natura, a fornire un’adeguata attestazione della conformità della vicenda procreativa alle regole e alle procedure del diritto straniero. Giurisprudenza per la quale una lesione della dignità della gestante è

---

<sup>31</sup> Cfr. B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?* Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2019, III, p. 1670 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 141 del 2019, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>33</sup> Cfr. sentenze 10 dicembre 2014 e 5 settembre 2018.

ravvisata unicamente qualora emergano fattori che “*lascino dubitare della sua libera partecipazione alla surrogazione, o là dove risultino oscure circostanze essenziali come i dati personali della donna, le condizioni del suo impegno o l’esistenza stessa di un accordo, o, ancora, quando nel procedimento giudiziale straniero non siano osservate le fondamentali garanzie procedurali, senza che rilevi, invece, l’avvenuto pagamento di un corrispettivo, non integrando l’attribuzione economica un elemento di costrizione di volontà della gestante*”<sup>34</sup>. Decidendo di trattare allo stesso modo tutte queste ipotesi e precludendo in qualunque caso la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, le SS.UU. evitano però di considerare il fatto che, proprio sotto il profilo della dignità e della possibilità di riconoscere l’autodeterminazione della donna, gli elementi richiamati da tali decisioni del *Bundesgerichtshof* assumono un rilievo decisivo. Così ragionando, invero, la recente pronuncia della Cassazione sembra teorizzare l’esistenza di un automatismo tra la condizione di vulnerabilità, cui sarebbe necessariamente relegata la donna che voglia impegnarsi in una gravidanza per conto di altri, da una parte, e la radicale incapacità della stessa di autodeterminarsi, dall’altra.

Una concezione da cui traspare in modo evidente una visione paternalistica della condizione femminile, come soggetto sempre e comunque debole e da proteggere<sup>35</sup>. Tale conclusione, inoltre, non è del tutto priva di conseguenze sulla sfera del minore, vale a dire del soggetto più esposto al rischio di subire pregiudizi nelle sue legittime aspettative di tutela.

Ancora, forse eccessivamente sbrigativo è il passaggio in cui le SS.UU. esauriscono la trattazione di uno di quei profili di criticità dell’adozione in casi particolari che la Corte costituzionale – con la sentenza n. 33 del 2021 – aveva messo in evidenza, e cioè la circostanza per cui l’iniziativa ai fini della costituzione dello *status* non compete mai all’adottando. Se da una parte, la pronuncia giustamente osserva che qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, il

---

<sup>34</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 18.

<sup>35</sup> Cfr. M. D’Amico, *Una parità ambigua*, 2020, Cortina ed.

minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico; dall'altra, le SS.UU. si limitano ad osservare, come già detto, che *“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”*<sup>36</sup>.

A questo rilievo, se ne aggiunge un altro che riguarda la problematica delle modalità e, soprattutto, delle tempistiche con cui assicurare tale legame: nella sentenza in commento, viene ricordato che, dall'insieme delle pronunce adottate dalla Corte di Strasburgo, a fronte peraltro, di un panorama comparato in cui gli Stati parte offrono risposte differenziate rispetto alla pratica della maternità surrogata, si ricava che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia. Nondimeno, la stessa Corte EDU – ad esempio, nel caso *D. contro Francia*, sentenza 16 luglio 2020 – ritiene comunque necessario che ciascun Stato garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati. Su questo punto, le SS.UU. affermano che l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) assicura un riconoscimento sufficientemente celere; si tratta, però, di un aspetto che può essere diversamente valutato o, quantomeno, che può essere approfondito.

Guardando, infine, alle possibili prospettive future della materia, è necessario rilevare che questa importante sentenza delle SS.UU., come più volte detto, ribadisce con forza la conclusione già raggiunta nel 2019, motivando in modo, se possibile, ancora più puntuale, molteplici profili della questione oggetto di scrutinio. Una conclusione, insomma, che sarà difficile superare o rimeditare, nel prossimo futuro.

Certo, rimane sullo sfondo, come invero suggerito in alcuni passaggi proprio dalle SS.UU., un dato di ordine generale: l'urgenza di provvedere per via legislativa ad una sistemazione della materia,

---

<sup>36</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 38162 del 2022, § 12.

con l'obiettivo di assicurare, con uno *standard* di certezza ed effettività più alto, la protezione degli interessi del minore coinvolto nelle pratiche di maternità surrogata. Da questo punto di vista, non pare, guardando anche al contenuto delle discussioni parlamentari della scorsa legislatura, che l'estensione dello strumento penale – nel senso di ampliare il perimetro dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche alle condotte poste in essere all'estero – rappresenti una scelta ottimale: e ciò non solo per la protezione della dignità della donna, ma, soprattutto, per la garanzia della posizione del minore.