



2025 FASCICOLO I

Margherita Ghezzi

Riflessioni a margine della maternità surrogata,
una pratica che “offende in modo intollerabile la dignità della donna
e mina nel profondo le relazioni umane”

24 marzo 2025

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Margherita Ghezzi

Riflessioni a margine della maternità surrogata, una pratica che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Che cos’è la surrogazione di maternità. Esperienze e distinzioni. – 3. La giurisprudenza delle Supreme Corti sul tema: i “*best interests*” del minore e la legittimità del divieto di surrogazione. – 4. Le ragioni costituzionali del divieto e l’inesistenza del diritto alla genitorialità “nel *quomodo*”. – 5. La regolamentazione della surrogazione di maternità nell’esperienza comparata. – 6. Lo sfruttamento della maternità surrogata annoverato tra gli “eurocrimini”. – 7. Alcune considerazioni d’insieme.

ABSTRACT: This work aims to examine the recently approved law on maternity surrogacy, designed to extend the punishability of facts even if committed abroad. After a premise necessary to outline the contours of the practice, the analysis focuses on the scope of the discussed regulatory change and on the critical issues of the phenomenon, also looking abroad and, specifically, within Europe.

1. *Introduzione*

Il 16 ottobre 2024, il Senato ha definitivamente approvato la legge che interviene sulle disposizioni di cui all’art. 12, della legge n. 40 del 2004 che, al comma 6, vieta la surrogazione di maternità¹, punendo chiunque ponga in atto condotte volte alla realizzazione,

*  contributo sottoposto a referaggio.

Margherita Ghezzi è dottoranda in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l’Università “La Sapienza” di Roma, Dipartimento di Scienze Politiche, XXXVIII ciclo.

¹ Il legislatore italiano utilizza il termine di “surrogazione di maternità”, scelta senz’altro pregna di significato: il richiamo è alla tipologia contrattuale di cui agli artt. 1201 c.c. e ss., recanti il contratto di surrogazione, in grado di mettere in risalto la natura negoziale della pratica, oltre che la sostituzione della donna gestante che, per soddisfare il desiderio genitoriale altrui, sostituisce, ovvero surroga, nel ruolo di madre gestazionale la componente femminile della coppia committente. Di rilievo il dibattito sorto, di natura prettamente semantica che, tuttavia, sottende implicazioni e riflessioni di natura ideologica afferenti al tema in esame. Vi è chi preferisce servirsi della dicitura “utero in affitto” che, al netto della crudezza, è certamente in grado restituire un’immediata immagine del fenomeno, in forza del richiamo all’organo dell’apparato riproduttivo femminile ed al negozio locatizio, lasciando intendere, pertanto, una pratica volta a fini commerciali e negoziali. Così, B. PEZZINI, *Introduzione. Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di B. PEZZINI, in [GenIUS](#), 2/2017, 6, per la quale trattasi di una “*brutale sineddoche*” che appare in grado di rimuovere “*la donna in quanto soggetto e persona*”. Da ultimo, è da citare la definizione di “gestazione per altri”, caldeggiata tra coloro che appaiono favorevoli alla pratica e che intendono rimarcare, per converso, l’aspetto solidaristico ed altruistico del fenomeno.



organizzazione o pubblicizzazione della pratica². Nel dettaglio, la riforma approvata dal Parlamento aggiunge un periodo alla disposizione in parola, estendendo la punibilità anche a quei cittadini italiani che, eludendo il divieto, mettano in atto le condotte all'estero, rientrando in seguito in Italia. Si rendono in tal modo perseguibili i fatti commessi al di fuori dei confini nazionali, anche se in un Paese che non consideri illecita la pratica³.

Con il presente lavoro si intendono compiere talune riflessioni in merito a questo controverso e discusso fenomeno, la cui contrarietà all'ordinamento è stata valutata attentamente, ed in più riprese, dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, giungendo, in ogni caso, alla medesima conclusione: la surrogazione di maternità offende *“in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”*⁴.

L'intenzione del presente scritto è di delineare le novità adottate dalla novella legislativa, evidenziando come si ponga coerentemente con l'analisi dottrinale e pretoria compiuta in seno al fenomeno, tenuto conto, altresì, della recente adozione di una direttiva europea volta ad annoverare lo sfruttamento della maternità surrogata tra i c.d. “eurocrimini”⁵.

2. Che cos'è la surrogazione di maternità. Esperienze e distinzioni

La maternità surrogata è vietata dalla legge n. 40 del 2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, che, all'articolo 12, comma 6, prevede due fattispecie criminose: *i)* la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del commercio di gameti o di embrioni⁶ e *ii)* la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

Così la Commissione di studio delle Chiese battiste, metodiste e valdesi in Italia per i problemi etici posti dalla scienza nel [Doc. del 18 agosto 2023, n. 23](#).

² Cfr. la legge 4 novembre 2024, n. 169, di “Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano”.

³ Cfr. gli artt. 7 e ss. del cod. pen. e le ipotesi in deroga all'art. 6 cod. pen.

⁴ Così, si anticipa, [Corte cost., sent. n. 272 del 2017](#).

⁵ Cfr. la Dir. UE 2024/1712 che “modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime”.

⁶ Quanto al primo reato, recante il divieto di “realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del commercio di gameti o di embrioni”, appare di rilievo evidenziare che l'originario assetto legislativo è stato profondamente innovato a seguito della pronuncia della Corte costituzionale che, con [sent. n. 162 del 2014](#), ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, rendendola legittima dinanzi a determinate condizioni. In particolare, per fecondazione eterologa deve intendersi *“la fecondazione in cui uno o entrambi i gameti provengono da un donatore esterno alla coppia”* (si veda a tal riguardo il sito del Ministero della salute). A seguito di tale pronuncia, pertanto, si è resa possibile anche la cessione di gameti, sì da poter effettivamente portare a compimento la citata pratica eterologa. Sul punto, si rimanda anche al [Dossier](#) della Camera dei deputati:



Preme in questa sede soffermarsi sulla seconda parte del citato comma 6, lì dove si punisce la pratica della maternità surrogata. Con tale termine si intende la tecnica di procreazione assistita mediante cui una donna, definita gestante, acconsente ad essere fecondata e si impegna a consegnare il nato ai genitori committenti che, infine, acquisiranno la responsabilità genitoriale verso il nascituro⁷.

Si è soliti distinguere principalmente tra due tipologie di surrogazione di maternità: quella c.d. “altruistica” e la c.d. “commerciale” che, diversamente dalla prima, prevede una corresponsione economica per la madre surrogata⁸. Tuttavia, al di là della questione

“Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano” del 17 maggio 2022.

⁷ Di rilievo la definizione della surrogazione di maternità declinata dalla Consulta nel corpo della [pronuncia n. 221 del 2019](#), di cui meglio si tratterà nel prosieguo, laddove il fenomeno viene definito come un “*accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a ‘reclamare diritti’ sul bambino che nascerà. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali*”.

⁸ I sostenitori della gestazione per altri, pur riconoscendo le problematiche di natura etica, tendono ad avallare il fenomeno nella forma altruistica e gratuita: la donna si muoverebbe per intenti solidali, valorizzando la propria autodeterminazione e capacità di decisione. Sul punto, si veda A. G. GRASSO, *Per un’interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in [Teoria e critica della regolazione sociale](#), 2020, 151 e ss. La realtà mostra, tuttavia, che nella maggior parte dei casi è imprescindibile la retribuzione economica per la gestante, anche dietro la forma di rimborsi spese, volti a celare, tuttavia, un vero e proprio corrispettivo. Si veda l’esempio del Canada: riporta 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, 61, che “in Canada, dove in astratto è gratuita, occorrono circa 30.000 dollari per rimborsare la surrogate e tra i 5.000 e 15.000 dollari per la *egg donor*, che quindi donatrice non è. La gratuità, allora, sembra solo un modo scaltro di posizionarsi nell’atlante del mercato mondiale dei servizi riproduttivi. Dileguatasi la gratuità, a maggior ragione svanisce l’altruismo che dovrebbe sottenderla, sol che si pensi che quasi sempre i committenti e la gestante non si conoscono in anticipo, ma sono messi in contatto da intermediari professionali retribuiti che si incaricano di reperire sul mercato anche gli ovociti, con la conseguenza che la seconda non persegue alcuno scopo di soccorso verso i primi”. Interessante, al riguardo, la panoramica illustrata da F. MORGANTI, *Lo Stato, le corti e il corpo. Considerazioni sul divieto di gestazione per altri*, in R. LUPI - M. FIORAVANTI (curr.), *Il ritorno dello stato*, Padova, CEDAM, 2023, 239. A parere dell’Autrice, il fattore economico ha inciso enormemente nella diffusione della pratica, incrementata proprio dagli intermediari, attratti dagli enormi profitti. A tal proposito, si veda anche B. K. ROTHMAN, *Recreating motherhood. Ideology and technology in a patriarchal society*, New York – London, 1989, p. 230, secondo il quale “*surrogate motherhood was not brought to us by the march of scientific progress. It was brought to us by brokers, by people who saw a new market and went after it. And the market is something we know we can control, and often should control*”. Sull’interesse economico, occorre anche rinviare alla [Relazione](#) del Permanent Bureau della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, *Private International law issues surrounding the status of children, including issues arising from International surrogacy arrangements*, (§209), nella quale si ravvisa la crescita esponenziale del ricorso alla pratica, divenuta in talune realtà un “*booming global business*”, in grado di contribuire sensibilmente alla crescita economica dei Paesi ove è consentito. Si veda, ad esempio, il caso della Ucraina (cfr. *infra* par. 5) o dell’India: il Permanent Bureau



fondamentale, che concerne la dignità della donna e del bambino, numerosi sono i dubbi in merito all'effettiva esistenza di una surrogazione esclusivamente solidale, priva di qualsivoglia risvolto economico⁹.

La normativa italiana non distingue tra le due tipologie di surrogazione e si limita a vietare la pratica, a prescindere dalla presenza o meno di trasferimento di denaro. L'illiceità del fenomeno nella sua globalità è stata oltretutto ribadita anche in numerose pronunce giurisprudenziali che, in più riprese, ne hanno sottolineato l'intollerabilità e la contrarietà all'ordine pubblico¹⁰, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione.

Si consideri, oltretutto, che si è soliti distinguere, ancora, tra maternità surrogata "tradizionale" e "gestazionale" che, pur condividendo il medesimo obiettivo, ossia la generazione di un nascituro per conto di altri, mediante una gestazione condotta da madre surrogata, divergono quanto a modalità perseguite. A ben vedere, nella surrogazione tradizionale (o "surrogazione per concepimento e gestazione"), la gestante è al contempo

rappresenta "a general concern of some States was the extent to which the best interests of children are the primary consideration of such intermediaries (in many cases, the services provided in this industry are driven by profit, rather than the best interests of the child)". Oltretutto, ha stimato che "approximately 400 million US dollars a year of India's medical tourism industry (...) is attributable to the reproductive segment of the market". Che si sia generato in India un vero *business* in grado di muovere miliardi di dollari (nel 2013 erano già stimati 2,3 miliardi di dollari annui) è d'altronde confermato anche dall'indagine condotta da M. MIAVALDI, *Uteri in affitto, in India è un business. Donne sfruttate e non informate sui rischi*, in *Il Fatto Quotidiano* del 26 gennaio 2013, il quale denuncia anche le condizioni vessatorie e prive di tutela medica in cui versano le donne.

⁹ Si veda al riguardo, per un'analisi sul tema, L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 3/2015, 8 e ss. Giova anticipare, inoltre, quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, intervenute in materia, da ultimo, nel 2022: nell'evidenziare l'esigenza di salvaguardare, mediante la normativa in esame, i principi dell'ordinamento giuridico e soprattutto la dignità umana, a tutela della quale insiste il divieto di surrogazione di maternità, rappresentano come nella gestazione per altri non vi siano solo "i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro status e, quindi, sulla loro identità nella società" (cfr. Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, par. 2).

¹⁰ Si segnalano, fin da ora, Corte cost., sentt. [n. 272 del 2017](#) e [n. 221 del 2019](#) nonché, da ultimo, le pronunce [n. 33 del 2021](#) e [n. 79 del 2022](#), laddove la gestazione per altri viene definita una pratica "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". Al contempo, la Corte di Cassazione ha con costanza affermato che il divieto di maternità surrogata esprime un principio di ordine pubblico "in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione" (Cfr. Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Biodiritto*, nonché Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, in *Biodiritto*, e, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Formazionegiuridica*, laddove viene evidenziato che "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").



anche “donatrice” del gamete femminile, venendole direttamente impiantati i gameti maschili del padre committente, ovvero di un eventuale soggetto terzo¹¹. Tale modalità determina, inevitabilmente, l’insorgenza di un legame tra il nascituro e la gestante, che è anche madre biologica. La complessità dei rapporti così generatisi fa maggiormente propendere, nei Paesi dove è consentita, per l’accesso alla surrogazione c.d. “gestazionale”, che implica l’esclusivo utilizzo del corredo genetico fornito da donatori esterni. La gestante, pertanto, viene sottoposta a procedure di fecondazione in vitro, venendole direttamente impiantati gli embrioni, sì da evitare il suo coinvolgimento genetico e biologico nella nascita¹².

Orbene, sulla scorta di tale quadro, si innesta la riforma da ultimo licenziata: essa interviene direttamente sull’articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 e vi aggiunge un ultimo periodo, in grado di estendere la punibilità anche ai cittadini italiani che realizzino la condotta all’estero, a prescindere dalla tipologia o modalità scelta. Ciò in ragione del fatto che l’esistenza del divieto in Italia ha condotto molti a ricorrere alle pratiche di surrogazione all’estero, in Paesi dove risultano invece legittime, salvo poi rientrare in Italia e chiedere la trascrizione dell’atto di nascita del figlio nato da surrogazione.

Il fenomeno, noto come “turismo procreativo” o “riproduttivo”, oltre a creare dubbi ed incertezze di natura etica e burocratico-amministrativa, comporta soprattutto problemi in termini di coerenza, credibilità e cogenza dell’ordinamento: come può uno Stato garantire l’efficacia e l’effettività del diritto (nella specie, penale) se permette l’elusione di divieti di pratiche che costituiscono reato?

3. La giurisprudenza delle Supreme Corti sul tema: i “best interests” del minore e la legittimità del divieto di surrogazione

Nel proseguire con l’analisi del fenomeno e, in particolare, delle ragioni poste alla base della modifica normativa, sembra importante dar conto della delicatezza dell’argomento di cui trattasi: è cosa nota che la volontà di accesso a tale modalità procreativa deriva, in genere, da

¹¹ Il rapporto di maternità surrogata, difatti, può prevedere la partecipazione dalle due alle cinque persone: vi può essere una sola persona, senza coniuge, che mette a disposizione il proprio seme e ricorre alla pratica con una donna gestante, mediante la modalità tradizionale. Vi può essere, poi, una coppia committente che utilizza il proprio materiale genetico e ricorre ad una donna per la gestazione o, ancora, può arrivarsi al coinvolgimento ipotetico dalle quattro alle cinque persone allorquando il materiale genetico, maschile e/o femminile, provenga da soggetti terzi, l’utero sia messo a disposizione dalla donna gestante, ed infine vi sia la presenza di una coppia committente, i c.d. “genitori sociali”.

¹² Sul punto vale solo brevemente evidenziare l’estremo coinvolgimento fisico ed emotivo della gestante, tenuta a sottoporsi a trattamenti per garantire o aumentare il successo della pratica. Né può sottovalutarsi l’implicazione della sua salute psichica e delle ripercussioni legate alla cessione del neonato ai committenti immediatamente dopo il parto.



difficoltà di concepimento o da problemi che causano profonde sofferenze. Non si vuole, in sostanza, sottovalutare il vissuto doloroso delle coppie che nutrono desideri di famiglia¹³. Tuttavia non si può soprassedere sulle profonde criticità del fenomeno, che ferisce l'identità e la dignità della donna e del minore¹⁴.

La citata prassi di recarsi all'estero per accedere alla pratica e far poi rientro, nel tentativo di trasformare l'illecito commesso in una regolarizzazione della situazione, suscita dubbi anche in riferimento al principio di uguaglianza, oltre che all'effettività del diritto: non si comprende perché il cittadino che vi ricorra in Italia debba andar incontro a punizione, diversamente da colui che, eludendo il divieto, si rechi all'estero e faccia poi ritorno a casa.

Per quanto le due condotte rechino il medesimo danno all'interesse giuridico sotteso alla norma, la giurisprudenza, quasi dieci anni orsono, aveva escluso l'applicabilità della normativa italiana ai fatti commessi all'estero¹⁵; e ciò sulla base della dubbia consapevolezza, da parte dei committenti, della perseguibilità della condotta tenuta in uno Stato dove la pratica è lecita¹⁶.

In seguito sono intervenute sia la Corte costituzionale, sia le Sezioni Unite della Cassazione, chiamate in causa con specifico riguardo al riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il rapporto di filiazione anche con il genitore intenzionale. Nella specie, la Consulta ha con costanza affermato che la surrogazione di maternità "*offende in modo*

¹³ Come osserva la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella succitata sentenza n. 38162 del 2022, benché la pratica sia assolutamente vietata nell'ordinamento italiano, "*le istanze di genitorialità si rivelano difficilmente comprimibili. Il divieto di gestazione per altri non argina il progetto di diventare genitori*".

¹⁴ Preme, in particolare, porre attenzione al diritto alla salute dei soggetti coinvolti, donna e minore, il cui concetto deve intendersi come "uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia", secondo la nozione della salute enucleata dall'OMS, nella [Constitution of the World Health Organization](#) del 1948. Il fenomeno della surrogazione rischia di ledere anche il diritto del minore a tenere preservato il rapporto simbiotico sorto con la propria madre gestazionale che si è formato nel corso dei 9 mesi di gravidanza. È interessante, sul punto, l'analisi elaborata da B. PEZZINI, *Introduzione. Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in [Genius](#), cit., 7 e ss. L'Autrice compie un'ampia ed interessante disamina in merito all'importanza della continuità relazionale tra madre e figlio ed evidenzia anche come l'origine materna "è stata perno della vicenda riproduttiva (dice il nome della madre biologica, di quella donna che accogliendo l'embrione in sé ne ha permesso e accompagnato in una insostituibile relazione di unità duale lo sviluppo fino alla nascita – dalla potenzialità alla realtà di un nuovo essere umano); nello stesso tempo, la verità del progetto genitoriale è quella detta dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo. La verità della nascita di un nuovo essere umano è detta da tutte le relazioni che hanno intessuto il progetto riproduttivo e quello genitoriale che hanno reso possibile la sua nascita". La surrogazione di maternità implica necessariamente il diniego e il ripudio della vicenda gestazionale, allorché ha come presupposto la discontinuità delle relazioni riproduttiva e genitoriale che, invece, la maternità presuppone.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525.

¹⁶ Si consideri che in Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 2020, n. 5198, si afferma che il reato si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto, a nulla rilevando le eventuali condotte iniziali volte ad acquisire informazioni, pur poste in territorio italiano.



*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*¹⁷. Contestualmente, ha rivolto la propria attenzione verso la condizione dei minori nati da tale pratica che hanno consolidato un rapporto anche con genitori non biologici. In tal senso, le pronunce della Corte costituzionale si intersecano con gli interventi sia della Corte EDU sia, in particolare, della Cassazione che, riunita in Sezioni Unite, si è espressa sul tema del riconoscimento del vincolo di filiazione tra il genitore intenzionale ed il nato all'estero, mediante surrogazione, nell'ottica di garantire il "miglior interesse" del minore. La questione è stata sottoposta alla cognizione del Collegio nel 2019: in tale sede, dovendo tener conto di entrambe le esigenze sottese alla questione – la tutela degli interessi del minore e la salvaguardia dell'ordine pubblico, entro cui rientrano non solo i principi costituzionali ed internazionali, ma anche quelli incorporati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti così come interpretati dalla giurisprudenza -, le Sezioni Unite hanno evidenziato come non fosse possibile procedere con la trascrizione richiesta¹⁸.

Tale posizione è stata confermata e ulteriormente motivata anche dalla più recente pronuncia delle Sezioni Unite del 2022¹⁹, depositata all'esito di un interessante *iter* giurisprudenziale, che si ritiene utile riassumere.

La questione ha trovato origine, ancora una volta, dalla richiesta di riconoscimento dell'atto di nascita di un minore nato all'estero da surrogazione. La coppia di genitori intenzionali, rientrata in Italia, azionava il procedimento di delibazione, con iniziale accoglimento della richiesta. Veniva in seguito adita la Cassazione civile che, rilevando sul punto il precedente intervento delle Sezioni Unite del 2019, rimetteva la questione di legittimità alla Consulta, ritenendo incompatibili i principi espressi dalla pronuncia delle Sezioni Unite con i plurimi parametri costituzionali e con le fonti sovranazionali.

Nello stesso anno, invero, si era pronunciata anche la Corte EDU, con un parere consultivo²⁰. Interrogata dalla Cassazione francese, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che, pur

¹⁷ Così, Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272. Tale importante statuizione è stata poi ribadita in successive pronunce (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 e Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79).

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.

¹⁹ Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

²⁰ Corte EDU, [Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother](#), del 10 aprile 2019.

un commento, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019, 2019, 167 e ss. La Corte si era già espressa sul tema, dapprima con [Mennesson e Labassée c. Francia](#), nel 2014: i coniugi Mennesson e Labassée, dopo aver fatto ricorso alla surrogazione di maternità in USA, rientravano in Francia e si vedevano negare la trascrizione degli atti di nascita dei bambini, in ragione dell'illegittimità della pratica (Cfr. [Cour de Cassation, Chambre civile del 6 aprile 2011](#)).



rimanendo nel margine di apprezzamento di ciascun Stato la possibilità di negare la trascrizione automatica dell'atto di nascita di un minore nato all'estero da surrogazione, non è ammissibile una mancanza di tutela nei confronti del bambino, dovendo ciascuno Stato adottare un meccanismo sicuro e celere²¹.

Proprio in base a tale orientamento, la Cassazione civile riteneva ormai superati i profili emersi dal precedente delle Sezioni Unite del 2019, ossia la prevalenza, a priori, del divieto di gestazione per altri sul miglior interesse del minore. Sollevava, quindi, la questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo nella parte in cui non consente, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico.

Decidevano di ricorrere alla Corte EDU che, all'esito del giudizio, condannava la Francia per violazione del principio del "superiore interesse del minore". Si evidenziava che l'assenza del legame biologico con il nato non rivestiva portata determinante e che negare la trascrizione dei certificati di nascita comportava una lesione al diritto alla vita privata. Al contempo, però, si sottolineava il margine di discrezionalità riconosciuto in capo agli Stati, in merito a temi di carattere etico. La Corte EDU interveniva poi in un caso simile, causa [Paradiso e Campanelli c. Italia](#), nel 2015, condannando in un primo momento anche l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (per un commento, L. BUSATTA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Paradiso e Campanelli c. Italia: maternità surrogata e art. 8 CEDU*, in [Biodiritto.org](#), 2015). Nonostante la totale assenza di legame genetico tra la coppia committente ed il nato, diversamente dal caso francese, la Corte riteneva comunque preminente il miglior interesse del minore a vedersi riconoscere l'esistenza di un legame familiare con i committenti. L'Italia poi promuoveva ricorso dinanzi alla *Grande Chambre*, che accoglieva le censure italiane, ribaltando la decisione: si evidenziava che l'assenza del legame biologico con i committenti e la breve durata della relazione non fossero in grado di affermare l'esistenza di un rapporto familiare tutelato ai sensi dell'art. 8 CEDU. Si veda L. BUSATTA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Paradiso e Campanelli c. Italia: maternità surrogata e art. 8 CEDU*, in [Biodiritto](#), 2017 e C. MASCIOTTA, *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in [Osservatorio AIC](#), 2/2017. Il parere della *Grande Chambre* veniva richiesto dalla *Cour de Cassation*, in ragione delle difficoltà di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione materna con la committente. Quello paterno era, invece, facilmente verificabile in quanto anche biologico. La *Grande Chambre*, pur evidenziando la complessità dei rapporti, sottolineava la preminenza assoluta del miglior interesse del minore, principio in grado di prevalere sul divieto a riconoscere il legame con la madre d'intenzione, da tutelare mediante vari strumenti, tra cui l'adozione.

²¹ Per un'analisi delle sentenze, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 202 e ss. e G. MINGARDO, "Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?", in [Nomos](#), 1/2023.



La questione veniva ritenuta inammissibile: con sentenza n. 33 del 2021, infatti, la Consulta evidenziava come il perseguimento del miglior interesse del minore non poteva imporsi automaticamente rispetto ad ogni altro interesse, ma doveva essere anch'esso oggetto di bilanciamento, tenendo conto lo scopo perseguito dal legislatore, cioè quello di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri. Accoglieva, al contempo, l'osservazione della Corte EDU, volta ad individuare un meccanismo veloce e consono a garantire la tutela dei minori, ritenendo inadeguata, per come allora formulata²², la disciplina dell'adozione in casi particolari e sollecitando, sul punto, l'intervento del legislatore.

Alla luce di tale pronuncia, la prima sezione civile della Cassazione rimetteva la questione alle Sezioni Unite, chiedendo un'interpretazione in grado di sostituire il precedente intervento del 2019, ritenuto ormai superato.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 38162 del 2022, ribadivano invece l'impossibilità di procedere con un automatico riconoscimento dei provvedimenti stranieri, recanti l'indicazione del genitore d'intenzione, perché ciò avrebbe degradato l'interesse del minore, ponendosi quale incentivo della pratica surrogatoria che, ancora una volta, veniva identificata come contraria all'ordine pubblico internazionale.

Ravvisato, nell'adozione in casi particolari, lo strumento in grado di consentire una tutela adeguata del minore, il Collegio si concentrava sul punto critico della relativa normativa, ossia la previsione del necessario assenso del genitore biologico, in grado di diventare ostacolo al riconoscimento del genitore intenzionale, laddove nel frattempo fosse intervenuta una separazione tra *partner*. Al riguardo, evidenziava come il dissenso espresso dal genitore biologico non potesse essere espressione di mera volontà potestativa, dovendosi pur sempre collocare in una dimensione funzionale, da valutarsi alla luce dell'interesse del minore.

I principi statuiti dalle Sezioni Unite nel corpo della sentenza del 2022 hanno saputo mettere dei punti fermi, difficilmente scardinabili, nell'ambito di un terreno assai complesso, entro cui devono essere tenuti in considerazione istanze e necessità spesso contrapposte. Il pregio della pronuncia, in sostanza, lungi dall'essere una mera conferma del diritto vivente²³, consiste nell'aver saputo creare un equilibrio tra l'esigenza di garantire le tutele del minore, incolpevolmente ed inconsapevolmente coinvolto nella vicenda, e la salvaguardia di principi pregnanti dell'ordinamento, quale la dignità della donna e dello stesso nato. Infatti il superiore interesse del bambino non è alternativo all'ordine pubblico, ma ne è parte integrante, e la

²² L'istituto appariva inadeguato nella parte in cui non si garantiva il legame con la famiglia dell'adottante, per il minore, e nella parte in cui veniva ancora previsto il necessario consenso del genitore biologico per il perfezionamento della procedura. La prima delle due criticità è stata in seguito oggetto della pronuncia [Corte cost., n. 79 del 2022](#), che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55, legge n. 184 del 1983, nella parte in cui prevedeva l'assenza di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

²³ Così G. MINGARDO, *“Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?”*, cit., 1.



trascrizione automatica del rapporto di filiazione dichiarato all'estero a seguito di accordo di maternità surrogata è esso stesso contrario al *best interests of the child*²⁴.

L'estensione della punibilità anche alle condotte tenute dai cittadini italiani all'estero si pone allora in continuità con la posizione assunta dalle Sezioni Unite che, come detto, davano il giusto valore alla disciplina all'epoca della pronuncia già vigente, volta a scoraggiare la pratica e a consentire l'adeguata tutela dei soggetti coinvolti.

Del resto, il reato di maternità surrogata è stato ritenuto legittimo dalla Consulta e dalla Cassazione, che hanno non solo respinto ogni censura in merito, ma altresì ribadito l'importanza della norma, che si pone a presidio di valori fondamentali quali la dignità della donna e del minore. È poi l'adozione in casi particolari l'istituto idoneo ad accertare in concreto e a tutelare l'esistenza di un rapporto affettivo familiare stabile fra il nato da surrogazione e i genitori committenti o d'intenzione.

4. *Le ragioni costituzionali del divieto e l'inesistenza del diritto alla genitorialità "nel quomodo"*

Si è già sottolineato che la norma che vieta la maternità surrogata è posta a presidio della donna, poiché la pratica è in grado di offendere irrimediabilmente la sua dignità, comportando la mercificazione del suo corpo e trovando spazio, soprattutto, in contesti poveri, dove la necessità economica predomina²⁵.

Nondimeno, a suffragare l'importanza costituzionale del divieto di cui si tratta, viene in luce anche la menzionata necessità di tutelare la salute femminile, intesa in senso omnicomprensivo quale integrità psico-fisica²⁶. Occorre tenere a mente, infatti, che per

²⁴ 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*, cit., 61.

²⁵ Si rinvia a S. POZZOLO, *Gestazione per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in [BioLaw Journal](#), 2/2016, 106, nonché alla parte introduttiva della relazione del *Committee in Social Affairs, Health and Sustainable Development*, in tema di surrogazione, "*Children's rights related to surrogacy*" e, in particolare, all'intervento di Petra De Sutter, allora membro dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Nella parte introduttiva del menzionato rapporto, la De Sutter, la cui relazione era finalizzata a legittimare il riconoscimento dei figli nati mediante tale pratica, pur criticando la surrogazione di maternità nell'accezione tradizionale ed onerosa, evidenziava la condizione di vulnerabilità e povertà entro cui operano le madri surrogate, specialmente nei Paesi in via di sviluppo, ponendo così fortemente a rischio la propria salute (cfr. [Parliamentary Assembly, Children's rights related to surrogacy](#), 2016, §11).

²⁶ Si veda, da ultimo, [Corte cost., sent. n. 161 del 2023](#), in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA). In particolare, la Corte ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità della norma recante il divieto di revoca del consenso dell'uomo all'impianto in utero, dopo l'avvenuta fecondazione. Nelle motivazioni del provvedimento, la Consulta ha ravvisato la profonda diversità di situazioni entro cui si trovano ad operare uomo



avviare la pratica la donna è chiamata a sottoporsi a molteplici trattamenti sanitari necessari per impiantare gli embrioni²⁷, dovendo altresì seguire terapie farmacologiche per incrementare le possibilità di successo²⁸. A ciò si aggiunge l'inevitabile coinvolgimento della dimensione psicologica e, dunque, il pericolo che vi siano ricadute a fronte della cessione del nascituro ai genitori committenti. In questo contesto, appare chiaro che la donna viene utilizzata come strumento per la soddisfazione di un desiderio genitoriale espresso da altri, con contestuale "mercificazione" della gestante e di parallela "oggettificazione" del nascituro, oggetto di un accordo contrattuale²⁹.

Si è spesso parlato in termini di "desiderio genitoriale" e non invece di "diritto alla genitorialità". Trattasi di una distinzione fondamentale, messa in luce anzitutto dalla Consulta che ha escluso che "il desiderio di genitorialità», attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'an e del quando ma anche del quomodo»³⁰.

e donna, in tale fattispecie, in ragione del maggior coinvolgimento della donna, sia dal punto di vista fisico, sia emotivo e psicologico. Di primario interesse il richiamo operato dalla Corte alla salvaguardia dell'integrità psicofisica della donna, avuto riguardo alle aspettative legittimamente sorte a fronte dell'originario consenso manifestato dall'uomo alla fecondazione, che rendono legittimo il divieto di revoca del consenso successivo. Si veda, a tal riguardo, il contributo di G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in [dirittifondamentali](#), 197 e ss. L'Autrice, in particolare, nel valorizzare le motivazioni addotte dalla Consulta, ne rappresenta l'interesse anche in relazione alla questione della maternità surrogata. (Cfr. 207 e ss.)

²⁷ Sul punto, si veda ancora G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, cit., 205 e ss. L'Autrice, nel dare rilievo alle argomentazioni della Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 2023, delinea il maggior coinvolgimento della donna nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita, specialmente dal punto di vista sanitario. Per tali ragioni, si sostiene che la donna sia coinvolta "in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accada per l'uomo" (Cfr. punti 12.1 in diritto, [Corte cost., sent. n. 161 del 2023](#)).

²⁸ Sembra opportuno citare, tra le patologie ed i disturbi che possono mettere in pericolo la salute della donna che si sottopone alle terapie di cui trattasi, anche "la sindrome da iperstimolazione ovarica" (OHSS), condizione potenzialmente letale e di natura iatrogena, come conseguenza del trattamento sanitario. Si veda sul punto, per un'analisi scientifica della patologia, A. VASSILIADIS - R. SCHILLACI - G. M. SCIACCA - G. CATALANO, *La sindrome da iperstimolazione ovarica*, in [Riv. It. Ost. Gin.](#), 9/2006.

²⁹ In merito alla paventata mercificazione nonché reificazione della donna e del figlio, si veda G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, cit., 207 e ss., nonché A. M. 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, 1175 e ss.

³⁰ In tal senso, ancora, la già citata [Corte cost., sent. n. 79 del 2022](#).



È possibile, ritiene la Consulta, avvalersi delle più moderne e avanzate tecniche scientifiche, in grado perfino di agevolare il concepimento, laddove patologie o situazioni personali lo rendano difficoltoso, ma non può giungersi ad affermare un pieno ed assoluto “diritto alla genitorialità”³¹.

Né può dimenticarsi di citare l’attenzione rivolta ai diritti ed alla tutela dell’infanzia, che trova esplicito riferimento nell’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, intitolato “*Diritti del bambino*”. Essa sancisce il diritto dei minori al benessere ed afferma il principio dell’interesse superiore del minore, oltre al diritto ad avere genitori.

Non si ravvede in sostanza l’affermazione di alcun diritto alla genitorialità³².

Diversa è la riconosciuta libertà di procreare e divenire genitori, che discende direttamente dagli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione, e si pone quale diretto corollario della libertà di autodeterminazione³³.

³¹ Dispone la Costituzione, all’art. 30, che è “*dovere - diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli*”: un diritto-dovere, pertanto, che enuclea la responsabilità genitoriale, volta esclusivamente alla cura ed al sostegno del figlio. La responsabilità genitoriale ha natura personale, declinandosi nel dovere di custodire, allevare, educare e avviare allo studio e ad una professione il minore, tenendo conto delle sue inclinazioni; ed ancora di natura patrimoniale, ai sensi dell’art. 316 c.c. Della stessa impostazione, infatti, anche il codice civile, che impone l’obbligo di assistere la prole (Cfr. art. 147 c.c.).

³² Così anche Corte di cassazione, Sezioni Unite, nella già analizzata sentenza n. 38162 del 2022, che non ravvede “*nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico*”. Sul punto, di rilievo è l’analisi fornita da C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (curr.), *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, Jovene, 2017, 131 e ss.. L’Autrice, in tale contesto, intende dare rilievo al diritto del bambino di non essere oggetto del presunto diritto di genitorialità dei committenti e, dunque, di non essere oggetto di accordi contrattuali. Al contempo, evidenzia che, nell’ottica di perseguire il primario interesse del minore, occorre tenere adeguatamente da conto anche la brusca interruzione del rapporto simbiotico tra madre e bambino, immediatamente dopo il parto, nonché l’impossibilità di mantenere relazioni, dovendo consegnare il nato a coloro che, di fatto, hanno violato la legge pur di ottenerlo. Nondimeno, e sempre nel medesimo obiettivo di perseguire il bene del nato, l’Autrice si domanda se sia corretto, in tale ottica, affidarlo a soggetti che, di fatto, hanno violato la legge e commesso un reato pur di ottenerlo.

³³ Così [Corte cost., sent. n. 162 del 2014](#), nel significare che “la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”. Nel corpo della menzionata pronuncia, inoltre, la Consulta evidenzia che “la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall’ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell’istituto dell’adozione. La considerazione che quest’ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...]”. La possibilità di procreare, pertanto, viene identificata quale libertà ma non di certo come diritto soggettivo.



Tale visione è confermata e corroborata dalle svariate pronunce, già oggetto di analisi, della Corte costituzionale che tratta della possibilità di diventare genitori solo in termini di libertà e non anche di diritto, evidenziando al contempo la presenza di limiti, volti alla tutela di altri interessi di rango costituzionale³⁴.

La pretesa genitoriale di voler ad ogni costo avere un figlio, finanche ricorrendo a pratiche contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, e per ciò espressamente vietate a livello penale, non sembra trovare pertanto alcun tipo di fondamento costituzionale³⁵.

5. La regolamentazione della surrogazione di maternità nell'esperienza comparata

Prima di menzionare le recenti determinazioni assunte in sede sovranazionale, sembra opportuno, a parere di chi scrive, evidenziare il frastagliato panorama comparato, che offre indicazioni non omogenee sia in termini di liceità della pratica, sia quanto alle scelte sanzionatorie, ove proibita.

Tra i Paesi che hanno deciso di regolamentare in senso permissivo l'istituto, preme anzitutto citare il caso del Portogallo: nel 2021 è stata approvata una legge, fortemente modificativa dell'assetto normativo precedente, già criticato dalla Corte costituzionale portoghese in più riprese. L'attuale legislazione prevede la possibilità di accedere alla gestazione per altri unicamente come *extrema ratio* e, cioè, solo laddove la donna versi in una situazione clinica tale che le impedisca o le renda estremamente difficoltoso il concepimento e, dunque, la buona riuscita di una gravidanza.

Di rilievo è anche la previsione, all'interno della legislazione portoghese, di un "diritto di ripensamento" riconosciuto in capo alla gestante, allorché il consenso inizialmente prestato

³⁴ Cfr. Corte costituzionale, perfino nella citata [sent. n. 162 del 2014](#), lì dove si evidenzia che "la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale".

³⁵ Si suggerisce la lettura di A. Lorenzetti, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, *Studi di genere*, 2019, pp. 146 e ss.. L'Autrice, in particolare, differenzia una visione *ex ante* ed *ex post* la nascita, per inquadrare a livello dogmatico il fenomeno: e così, una visione successiva, o "a valle" della nascita del minore, consente di ritenere plausibile il riconoscimento giuridico non della pratica, ma della situazione di fatto creatasi, in un'ottica di tutela del minore. Per converso, adottato una visione "a monte" della nascita, entrano in causa valutazioni differenti, che sono oggetto, d'altronde, di adeguata ponderazione da parte del legislatore.



può essere revocato dalla madre surrogata entro e non oltre i venti giorni al parto, ossia fino a quando non sia registrato l'atto di nascita³⁶.

La surrogazione è legalizzata e diffusa anche in India, Thailandia, Georgia, Russia, Uganda e Regno Unito.

Soprattutto, negli Stati Uniti la pratica è largamente utilizzata e genera un introito economico di gran rilievo³⁷: non esiste una legge federale in materia e, dunque, ciascuno Stato offre una panoramica legislativa differente. Nello specifico, l'istituto risulta consentito quasi ovunque, pur essendo vietato in tre Stati e disciplinato in modo restrittivo in altri cinque. In quelli dove è regolamentato e permesso, esso genera un *business* di migliaia di dollari, essendo prevista la retribuzione non solo per la gestante, ma anche corresponsioni per le agenzie coinvolte, per le assicurazioni medico-sanitarie e per i legali ed altri intermediari di varia natura.

La surrogazione in forma commerciale è largamente utilizzata anche in Ucraina: prima dello scoppio della guerra con la Russia, si stimavano circa duemila bambini nati da gestazione per altri, in Ucraina, all'anno, la maggior parte proprio da committenti esteri³⁸. Il conflitto ha

³⁶ Si rimanda, sul punto, al [normativa](#) vigente, nonché alle analisi compiute da G. ALESSI, *Portogallo – Lei n. 72/2021 e Lei n. 90/2021: modifiche in materia di procreazione medicalmente assistita*, in [Biodiritto](#), 2021, e da 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*, cit., 18.

³⁷ Si veda al riguardo B.A. PATTON, *Buying a newborn: globalization and the lack of federal regulation of commercial surrogacy contracts*, in *UMKC Law Review*, vol. 79, 2010-2011, 513-522. Soprattutto, interessante è la disamina effettuata da M. MALTESE, [Maternità surrogata, le cifre del business negli Usa](#) del 17 giugno 2023.

³⁸ Sul tema, si suggerisce la lettura di K. UDA, [Gli effetti della guerra sulla maternità surrogata in Ucraina](#) del 28 aprile 2022. L'articolo citato delinea in modo chiaro le problematiche sorte immediatamente dopo lo scoppio del conflitto bellico con la Russia e le difficoltà nella gestione delle gravidanze surrogate. Soprattutto, si evidenziano i rischi afferenti alle surrogazioni transnazionali, allorché le donne erano costrette a scegliere se rimanere nelle zone di guerra e portare a termine la gravidanza nell'ambito della legislazione ucraina, ovvero se andarsene, rischiando però che i neonati non venissero riconosciuti come figli dei committenti, con perdita della retribuzione. Il Parlamento europeo ha infatti attentamente esaminato la questione, nell'ambito della [Risoluzione](#) del Parlamento europeo del 5 maggio 2022 "sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne". Sembra rilevante, a parere di chi scrive, riportare il passaggio della Risoluzione nella parte in cui si lamenta lo sfruttamento delle gestanti, già paventato prima e a rischio di peggioramento a causa della condizione bellica. In particolare, si evidenzia che "l'Ucraina rappresenta oltre un quarto del mercato mondiale in tale settore, con 2000-2500 neonati nati ogni anno attraverso la maternità surrogata nel paese; che, a causa della guerra, le madri surrogate incontrano grandi difficoltà nel portare avanti la gravidanza in condizioni favorevoli al loro benessere, nonché nell'accedere ai servizi sanitari durante la gravidanza, il parto e il puerperio; che alcune agenzie di maternità surrogata hanno chiesto alle madri surrogate di non fuggire dall'Ucraina prima della nascita; che i bambini appena nati sono particolarmente vulnerabili e che la guerra rende difficile per i genitori committenti assumere la potestà genitoriale e per le istituzioni pubbliche esercitare la tutela e garantire le cure in condizioni adeguate, ove necessario". Ed ancora, prosegue il Parlamento europeo nel corpo della Risoluzione, "osserva che, anche prima della guerra, le donne ucraine erano tra le vittime più comuni della tratta di esseri umani verso l'UE; esorta gli



determinato gravosi problemi nella gestione delle surrogazioni in atto e nel trattamento delle gestanti ivi presenti: vi è da rilevare, inoltre, che i diritti delle madri surrogate e dei bambini erano già fortemente a rischio³⁹, allorché non sufficientemente protetti sin da prima dell'evento bellico che, inevitabilmente, ha determinato sempre maggiori incertezze.

Da ultimo, sembra rilevante citare il caso dell'Irlanda, che lo scorso 2 luglio 2024 ha visto promulgare, da parte del Presidente della Repubblica, il "*Health (Assisted Human Reproduction) Bill*" del 2022, che è divenuto così legge dello Stato. L'atto disciplina una serie di pratiche, prima di allora non regolate dalla legge, fra cui: *i*) la donazione di gameti ed embrioni per finalità di fecondazione medicalmente assistita o di ricerca; *ii*) la maternità surrogata altruistica domestica; *iii*) i test genetici pre-impianto sugli embrioni; *iv*) la fecondazione medicalmente assistita postuma; *v*) la ricerca sugli embrioni e sulle cellule staminali. Il citato "Bill", inoltre, istituisce un'apposita Autorità con funzioni di vigilanza sul settore, la "*Assisted Human Reproduction Regulatory Authority – AHRRA*" alla quale viene chiesto, fra l'altro, di autorizzare i trattamenti volti alla fecondazione assistita ed alla ricerca e sperimentazione. Avuto riguardo specialmente alla surrogazione di maternità, questa viene consentita al verificarsi di talune circostanze e avvenimenti, quali la soddisfazione dei criteri di residenza, il divieto della surrogazione commerciale, l'autorizzazione da parte dell'Autorità preposta,

Stati membri a garantire la sicurezza e la libertà dallo sfruttamento sessuale per le donne e le ragazze rifugiate, anche fornendo trasporti sicuri e coordinati tra gli Stati membri; esorta gli Stati membri e l'UE a individuare e perseguire rapidamente le reti di trafficanti che traggono profitto dallo sfruttamento sessuale delle donne e delle ragazze rifugiate; [...]; sottolinea che le madri surrogate si trovano in una situazione di particolare vulnerabilità e precarietà; insiste fermamente sul fatto che l'interesse principale in gioco è la vita delle donne e che non dovrebbe essere impedito loro di lasciare l'Ucraina se lo desiderano; ricorda che lo sfruttamento sessuale a fini di maternità surrogata e a fini riproduttivi è inaccettabile e costituisce una violazione della dignità umana e dei diritti umani; condanna la pratica della maternità surrogata, che può esporre allo sfruttamento le donne di tutto il mondo, in particolare quelle più povere e in situazioni di vulnerabilità, come nel contesto della guerra; chiede che l'UE e i suoi Stati membri prestino particolare attenzione alla protezione delle madri surrogate durante la gravidanza, il parto e il puerperio e rispettino tutti i loro diritti nonché quelli dei neonati; sottolinea le gravi ripercussioni della maternità surrogata sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute, le conseguenze negative per l'uguaglianza di genere nonché le sfide derivanti dalle implicazioni transfrontaliere di tale pratica, come è avvenuto nel caso delle donne e dei bambini colpiti dalla guerra contro l'Ucraina; chiede che l'UE e i suoi Stati membri analizzino le dimensioni di tale industria, il contesto socioeconomico e la situazione delle donne incinte, nonché le conseguenze per la loro salute fisica e mentale e per il benessere dei neonati; chiede l'introduzione di misure vincolanti volte a contrastare la maternità surrogata, tutelando i diritti delle donne e dei neonati".

³⁹ In K. UDA, *Gli effetti della guerra sulla maternità surrogata in Ucraina*, cit., si dà conto delle difficoltà cui vanno incontro le madri surrogate che operano in Paesi poveri come l'Ucraina: benché le cifre corrisposte dai committenti siano cospicue, infatti, solo una piccola somma viene destinata alla gestante; inoltre, viene citato il forte "stress fisico ed emotivo provocato dai trattamenti ormonali e dalla gravidanza. Ma una volta che il bambino è nato, nessuno si preoccupa più di loro".



nonché requisiti sostanziali dei soggetti coinvolti (minimo di età richiesta per la donna gestante e per i genitori intenzionali)⁴⁰.

Sul versante opposto e, dunque, tra i Paesi che vietano categoricamente la surrogazione di maternità, deve anzitutto citarsi il caso della Germania⁴¹.

Proprio lo scorso 15 aprile, la “Commissione sull’autodeterminazione nelle scelte procreative e sulla procreazione medicalmente assistita” (“*Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*”) ha presentato la Relazione conclusiva ai Ministri Federali della Salute, della Giustizia e della Famiglia⁴². In particolare, la citata Commissione era stata istituita con il principale compito di verificare la possibilità di innovare il quadro legislativo in tema di interruzione volontaria di gravidanza, maternità surrogata e donazione di ovociti. Con riferimento alle menzionate tematiche, la Commissione ha consigliato la totale depenalizzazione dell’interruzione volontaria di gravidanza nelle prime 12 settimane ed al contempo ha suggerito di consentire, in determinate condizioni, la donazione di ovociti, attualmente vietata in Germania. Quanto alla surrogazione di maternità, invece, benché molto si sia soffermata sulla gestazione per altri di natura altruistica, la Commissione ha tenuto un atteggiamento maggiormente cauto, raccomandando di mantenere il divieto vigente oppure di consentirla solo eccezionalmente⁴³.

Tra i Paesi che non consentono la surrogazione di maternità, poi, è da citare la Svizzera: in *Federal Act on Medically Assisted Reproduction (Reproductive Medicine Act, RMA) Chapter 2 “Techniques of Medically Assisted Reproduction”, Section 1, art. 4 “Prohibited Practices”,* viene stabilito il divieto assoluto della pratica menzionata⁴⁴, stabilendo al contempo una sanzione penale per chi non vi ottempererà⁴⁵. In Francia, poi, l’art. 16-7 del Codice civile stabilisce che ogni accordo avente ad oggetto la procreazione o gestazione per un terzo è nullo⁴⁶. Infine, quanto alla Spagna, si ravvisa nell’articolo 10, “*Gestación por sustitución*”, della legge n. 14 del 2006, inerente alle “*técnicas de reproducción humana asistida*”, un divieto di surrogazione⁴⁷.

⁴⁰ V. l’[“Health \(Assisted Human Reproduction\) Bill”](#) del 2022.

⁴¹ Si rimanda a tal proposito all’[“Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVerMiG”](#) del 21 giugno 2021 (*Federal Ministry of Justice, Part 2, Surrogacy*).

⁴² Cfr. i [Lavori](#) della Commissione sull’autodeterminazione nelle scelte procreative e sulla procreazione medicalmente assistita.

⁴³ Si veda al riguardo E. CATERINA, [Presentato il rapporto della commissione studi istituita dal Governo federale sui temi dell’interruzione di gravidanza e della procreazione medicalmente assistita](#), 2024.

⁴⁴ Si cita, espressamente, “*Ovum and embryo donation and surrogate motherhood are prohibited*”.

⁴⁵ Si rimanda al [Surrogate Motherhood, Chapter 4, Criminal Provisions](#), art. 31.

⁴⁶ Art. 16-7 Cod. civ.: “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle*”.

⁴⁷ Nel testo normativo spagnolo, laddove si riferisce che “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por*



A tal proposito, è interessante dar conto di un importante arresto giurisprudenziale del Tribunale Supremo spagnolo che, con sentenza n. 277 del 2022, è intervenuto sul tema del riconoscimento della filiazione a favore della madre committente, in caso di gestazione per altri. Di rilievo è la posizione assunta dal Tribunale che, in modo del tutto simile a quanto condiviso dalla Corte di Cassazione a sezione unite, con la succitata sentenza del 2022, ha escluso la possibilità di riconoscere automaticamente lo stato di filiazione e, per converso, identifica nell'adozione lo strumento più idoneo per tutelare l'interesse del minore e consentire, al contempo, la protezione dei diritti delle madri gestanti⁴⁸.

Sembra interessante rilevare, sulla base della breve panoramica effettuata, come quasi tutti i Paesi culturalmente più affini all'Italia prevedano un divieto assoluto della gestazione per altri e che, per contro, nella quasi totalità dei Paesi dove è consentita in forma commerciale si ravvisino problemi e preoccupazioni di sfruttamento e violazione dei diritti dei soggetti coinvolti.

6. *Lo sfruttamento della maternità surrogata annoverato tra gli "eurocrimini".*

Con riguardo all'Unione europea, la pratica era già stata valutata dal Parlamento con specifico riferimento al caso dell'Ucraina, nell'ambito della Risoluzione adottata per valutare gli effetti della guerra sulle donne⁴⁹. In tale ambito, veniva evidenziato il largo accesso alla surrogazione nel Paese ed il conseguente pericolo che il già concreto rischio di sfruttamento potesse peggiorare, come effetto collaterale dell'evento bellico. Veniva evidenziata, soprattutto, la vulnerabilità dei soggetti coinvolti – donna e bambini – e il dato per cui le "agenzie di maternità surrogata" sollecitavano le madri surrogate a non allontanarsi dallo scenario di guerra prima della nascita dell'oggetto del contratto, sì da poter adempiere all'obbligazione dedotta.

Ebbene, a seguito della citata condanna della surrogazione, pratica che "può esporre allo sfruttamento le donne di tutto il mondo, in particolare quelle più povere e in situazioni di vulnerabilità"⁵⁰, lo scorso 27 maggio è stato intrapreso un ulteriore rilevante passo nell'ottica di salvaguardare gli attori coinvolti nel fenomeno in parola.

el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales" (Ley n. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁸ Trib. Supremo, [sent. n. 277 del 2022](#). Per un commento, si rimanda a C. GUERRERO PICÒ, [Tribunale supremo, sentenza n. 277/2022, del 31 marzo, sul riconoscimento della filiazione a favore della madre committente in caso di maternità surrogata](#), 2022.

⁴⁹ Si rimanda alla Risoluzione del PE del 5 maggio 2022, cit., §5.

⁵⁰ Cfr., ancora, la Risoluzione del PE del 5 maggio 2020 ,cit., premessa n. 14.



Il Consiglio dell'Unione europea ed il Parlamento europeo, difatti, hanno dato il definitivo via libera all'adozione di una direttiva che aggiunge, tra gli altri, anche lo *sfruttamento della maternità surrogata* alle condotte contemplate dalla legislazione comunitaria contro la tratta di essere umani⁵¹.

La pratica surrogatoria, quando assume le vesti dello sfruttamento, viene pertanto annoverata entro i crimini europei, allorché in grado di agevolare o determinare l'insorgenza della tratta di esseri umani. La norma, così come modificata, amplia il campo di applicazione delle attuali misure per combattere e prevenire il traffico umano, criminalizzando a livello europeo anche lo sfruttamento della surrogazione. Oltretutto, l'intenzione è volta a rafforzare il coordinamento tra le autorità antitratta, introducendo rilevanti sanzioni per le imprese che risultino coinvolte.

Le autorità europee hanno condannato l'affitto dell'utero solo laddove vi sia la costrizione della donna che viene all'uopo utilizzata, senza alcun tipo di consenso, e sfruttata ai fini di gravidanza per altri. Non si è giunti, pertanto, al divieto assoluto della pratica che, d'altronde, non appare una via percorribile allo stato, allorché, come anzidetto, taluni Paesi europei legittimano la pratica, positivizzandola in termini di liceità e, al contempo, il margine di manovra che viene riconosciuto all'Unione europea in materie di natura strettamente penale appare limitato⁵².

Viene tuttavia statuito l'importante assunto che vede la surrogazione di maternità quale potenziale veicolo dello sfruttamento e della tratta della donna gestante, soggetto vulnerabile e bisognoso, pertanto, di particolare attenzione non solo da parte del legislatore nazionale, ma anche di quello europeo.

⁵¹ Si rinvia alla già citata Direttiva 2024/1712 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024.

⁵² Sul punto occorre tenere conto, al contempo, che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, diritto penale e la sovranità penale e punitiva rimanevano prerogativa esclusiva del singolo Stato membro, in grado di decidere ed autonomamente regolare i fatti aventi disvalore penale. All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato, tuttavia, è stata aperta la possibilità di stabilire "norme minime" relative ai reati e alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera, ai sensi dell'art. 83, comma 1 TFUE. La ragione del cambio di rotta è da ravvedere nella necessità di contrastare l'allargamento degli ambiti di operatività della delinquenza organizzata, che poteva trovare vantaggio nella libera circolazione intracomunitaria, volendo così rafforzare la tutela dei diritti fondamentali. Si rimanda, sul punto, a A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 1/2012, 43 e ss. In tema di diritto penale europeo, si rinvia anche ai lavori di A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2023. Ed ancora, si vuole fare riferimento ai lavori di A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 e ss.



7. Alcune considerazioni d'insieme.

Si diceva, in premessa, delle tesi di coloro che, critici nei confronti della riforma, auspicavano, per converso, una legittimazione della surrogazione altruistica⁵³. Alla base di tale orientamento vi è l'assunto che questa modalità, diversamente dalla commerciale, si fonderebbe sul principio solidaristico, rendendo possibile una lettura costituzionalmente orientata del fenomeno⁵⁴. La posizione appare, tuttavia, del tutto fallace: da una parte, l'esperienza mostra l'inevitabile presenza della componente economica; dall'altra, la presunta gratuità non elimina in alcun modo le problematiche insite nella pratica che, in ogni caso, determina incompatibilità con l'assetto costituzionale⁵⁵, trattandosi di un vero e proprio accordo finalizzato a consegnare il nato, utilizzando il corpo di un'altra persona (il suo utero o, più in genere, il suo apparato gestazionale). Né appare eliminabile il problema del potenziale danno recato alla salute psico-fisica della donna e il rischio che possa essere coinvolta in fenomeni vessatori e di sfruttamento, come ritenuto anche in ambito europeo.

Non possono sottacersi le criticità che inevitabilmente discendono da accordi di tal natura, sia pure "solidali": come negare che il nascituro sia l'oggetto di un vero e proprio negozio giuridico⁵⁶? O ancora, che la gestante si impegna ad eseguire un'obbligazione, con tutte le

⁵³ A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in [Sistema Penale](#), 2023 e M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale*, in [Sistema Penale](#), 2021.

⁵⁴ La surrogazione altruistica sarebbe espressione del principio solidaristico, di cui all'art. 2 Cost. Al riguardo, si rinvia al citato Documento n. 23 del 2023, della Chiesa Evangelica Valdese, "Commissione di studio delle Chiese battiste, metodiste e valdesi in Italia per i problemi etici posti dalla scienza". Il testo valuta positivamente la surrogazione di maternità altruistica, allorché "mette in evidenza la possibilità che questa pratica sia mossa da una intenzione di dono di vita liberamente deciso dalla donna che è soggetto etico autorevole; che sia sottratta a condizionamenti legati a necessità economiche; che metta fuori discussione qualsiasi idea di strumentalizzazione del corpo della donna e ultimo, ma non per importanza, che escluda che un bambino desiderato e portato in grembo fino all'affidamento alla famiglia che lo attende diventi oggetto di transazioni".

⁵⁵ Si suggerisce la lettura di C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (curr.), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 133. Per una diversa visione, si veda A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di genere, Convegno n. 5, 2019, pp. 178 e ss.. In particolare, l'Autore, pur riconoscendo la complessità di situazioni che si generano nella surrogazione di maternità, inquadra il fenomeno nel rapporto dignità - libertà, dando rilievo all'autodeterminazione femminile, nell'auspicio di trovare un inquadramento della surrogazione entro un paradigma che tenga assieme "dignità, libertà e relazione". In tal senso, anche la problematica della retribuzione sarebbe risolvibile avvalendosi di un paradigma di "comprensione" della surrogazione, concretizzando la tutela della libertà di scelta della donna.

⁵⁶ A.R. VITALE, *Rilievi biogiuridici su onerosità e gratuità della maternità surrogata*, in [L-Jus](#), 1/2018, ritiene la presenza di un accordo contrattuale non sufficiente per garantire la legittimità della pratica, creando una "mera apparenza di libertà".



conseguenze previste dall'ordinamento in caso di inadempimento? Ad esempio, se il bambino non fosse "sano", la gestante potrebbe dirsi "inadempiente"? Come ignorare l'esistenza di clausole contrattuali, quali quelle che prevedono l'aborto selettivo? Senza dimenticare che, nel gestire tali accordi, occorrerebbe riferirsi agli istituti e alle garanzie elaborati in ambito gius-lavoristico a tutela della parte debole del rapporto di lavoro, riconoscendo, così, che si è in presenza di una parte debole: la donna surrogata, per quanto consenziente.

Il problema è dunque: può negoziarsi la maternità? Può la genitorialità cedere e può disporsi – anche economicamente – del proprio corpo? Non si rischia di entrare in profonda contraddizione ed in aperto contrasto con l'ordinamento costituzionale⁵⁷?

Come ribadito anche dalla giurisprudenza considerata, il divieto di maternità surrogata, oltre ad esprimere un principio di ordine pubblico, è posto a presidio di beni giuridici e di interessi che afferiscono al valore universale della dignità della persona umana. La trasformazione della genitorialità in un presunto diritto – peraltro a scapito del diritto degli altri: della madre gestazionale e del figlio – è essa stessa una forma di reificazione della persona, che diventa mezzo di soddisfazione di altri. E conduce, altresì, alla relazione di "possesso" del figlio nato, inteso come "prodotto" per la soddisfazione di un desiderio. D'altronde, i contratti di surrogazione prevedono clausole che permettono di scegliere alcuni caratteri somatici del figlio, secondo il gradimento dei genitori.

La riforma da ultimo approvata intende ribadire la *ratio* del divieto, funzionale alla tutela della donna e del nascituro, in un contesto che rischia di privarla di coerenza ed effettività, a fronte del fenomeno del turismo riproduttivo⁵⁸. Né può ritenersi auspicabile, per converso, un

⁵⁷ Cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, in [Costituzionalismot](#), 1/2018, 161, in merito all'importanza del principio "*Mater semper certa est*"; sullo stesso tema, si veda B. PEZZINI, *Verità della nascita e GPA*, in [Genius](#), 2/2017. Quanto alla lesione del principio dell'ordine pubblico, si veda C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit. Sull'importanza del ruolo della donna nella dinamica procreativa e, dunque, sull'appropriatezza del divieto, si veda S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, Napoli, Jovene, 2017, 191 e ss. nonché S. NICCOLAI, *Per la signoria e la libertà delle donne nella procreazione*, intervento al convegno "*Maternità al bivio: dalla libera scelta alla surrogata. Una sfida mondiale*", Roma, 2017.

⁵⁸ Occorre dar conto, sul punto, delle censure sollevate, specialmente in ambito penalistico, in merito alla formulazione della normativa da ultimo approvata. La modifica è stata criticata nella parte in cui assimila il delitto di surrogazione di maternità alla disciplina dell'art. 7 Cod. pen., retto dal principio di universalità, con il limite, però, dell'applicazione della legge penale italiana ai soli fatti commessi dal cittadino italiano. Ad avviso degli obiettori, infatti, la surrogazione di maternità non rientrerebbe nelle ipotesi previste dalla normativa derogatoria, non rispondendo ad esigenze legate al principio della difesa e non trattandosi di ipotesi delittuose dal disvalore riconosciuto a livello internazionale. Si rileva poi che per il delitto in esame viene prevista una pena detentiva bagatellare, che consente peraltro l'accesso ad istituti deflattivi. Sul punto, si veda M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in [Giurisprudenza penale](#), 2024, 10, il quale osserva la contraddittorietà del quadro sanzionatorio, prevedendo, da una parte, una irrisoria pena detentiva e, dall'altra, una "draconiana" pena pecuniaria (da euro seicentomila a euro un milione). In merito alle censure sollevate nei riguardi della novella



invito a distinguere tra la surrogazione gratuita e quella commerciale, poiché la lesione della dignità della donna e del minore appare un dato oggettivo, che prescinde dalla presenza della retribuzione e anche dalla “libera scelta” del soggetto. L’obbligo di consegna del bambino, così come la strumentalizzazione del corpo femminile, appaiono infatti degli elementi che in sé implicano una reificazione della persona⁵⁹.

Sembra dunque apprezzabile l’intenzione del legislatore di voler garantire l’effettività della disciplina interna, nell’ottica di preservare i beni giuridici e gli interessi sottesi⁶⁰. In questo

normativa, si suggerisce anche la lettura di M. D’AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all’esame del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 4/2023, la quale, già all’epoca della sola discussione in Parlamento e, quindi, prima della definitiva approvazione, nutrivà dubbi circa l’introduzione della modifica e della conseguente estensione della punibilità, in ragione principalmente della diversa regolazione del fenomeno a livello transnazionale e della necessaria soddisfazione della clausola della c.d. “doppia incriminabilità” ai fini della perseguibilità, anche in territorio nazionale, della condotte tenuta all’estero. Sull’altro versante, tra coloro a sostegno del disegno legislativo approvato, è di rilievo l’analisi di D. C. LEOTTA, *Punire la surrogazione di maternità anche all’estero?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2023. L’Autore anzitutto evidenzia come non possa certo parlarsi di reato universale, cioè di un fatto punibile commesso da chiunque ed in qualunque posto, ma unicamente di una riforma legislativa che agevoli l’applicabilità della legge italiana già in vigore, nei confronti del cittadino italiano, per un reato commesso all’estero, nell’ottica di preservare l’interesse giuridico tutelato dalla norma. Secondo l’Autore, anche prima della riforma legislativa si prospettava la possibilità di perseguire i fatti delittuosi di surrogazione di maternità compiuti all’estero, avvalendosi della farraginoso disciplina dell’art. 9, comma 2, Cod. pen. che, come noto, impone vi sia la richiesta del Ministro della Giustizia di perseguire. L’attuale novella legislativa avrebbe il pregio di ricollocare la disciplina sotto il novero dell’art. 7, comma 1, n. 5 Cod. pen., consentendo la punibilità del fatto commesso all’estero in quanto così previsto dalla normativa italiana, senza dover subordinare la procedibilità a condizioni diverse e consentendo, in tal modo, la più agevole repressione del fenomeno. Oltretutto, ad avviso dell’Autore, non si tratterebbe di una scelta singolare ed eccezionale dell’ordinamento, allorché numerosi sono i delitti perseguibili, secondo legge italiana, anche se commessi all’estero. In sostanza, la scelta apparirebbe coerente con l’importanza ed il particolare interesse alla tutela del bene sotteso alla norma, da ritenersi irrinunciabile: la dignità della donna – madre; del minore, oggetto di cessione e della “pretesa ad esistere”, esercitata da altri; in generale, la reificazione della persona, sia essa donna gestante, sia nascituro.

⁵⁹ Cfr. M.G. RODOMONTE, *Brevi note sulle recenti “norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità”*, in *Lecostituzionaliste*, 2024, 6. L’Autrice offre una disamina in merito all’opportunità della riforma legislativa approvata che, oltre a “*rappresentare una scelta coerente rispetto al divieto già presente da anni in Italia, costituisce uno strumento di dissuasione a una pratica disumana e può certamente contribuire a sensibilizzare l’opinione pubblica rispetto a un tema che dovrebbe essere affrontato prescindendo da posizioni ideologiche e di parte*”.

⁶⁰ Sul punto, A. D’ALOIA, *Serve davvero il ‘reato universale’ di maternità surrogata?* in *Federalismi*, 25/2023, iv e ss. L’Autore, pur criticando la riforma, evidenzia al contempo l’ineffettività della normativa attualmente vigente, in quanto “*la condotta incriminata viene realizzata fuori dal territorio italiano, in Paesi che ammettono la liceità di questa pratica e ne disciplinano gli effetti*”, circostanza che invero “*avviene nella totalità dei casi. Si rimanda anche all’analisi di C. TRIPODINA, C’era una volta l’ordine pubblico, cit., 136, dove si evidenzia che “la maternità surrogata commerciale dovrebbe essere proibita e resa illegale a livello universale come forma di schiavismo*



ambito, infatti, non vengono in rilievo mere regole formali o di carattere amministrativo, ma questioni che attengono al pieno rispetto di un bene, la dignità umana, posto a fondamento degli ordinamenti democratici e universalmente riconosciuto.

disumanizzante: divieti circoscritti a livello nazionale mostrano tutta la loro inefficacia, finendo anzi per incrementare la delocalizzazione dello sfruttamento e il fenomeno del turismo procreativo”.