

## PREMESSA

Il concetto della “maternità” come luogo femminile della generazione è un fenomeno che nella modernità va acquisendo complesse sfaccettature grazie ai numerosi interventi medico-scientifici che hanno aumentato le capacità di controllo e di gestione farmacologica e tecnologica di forme e tempi della procreazione e della nascita. Come conseguenza, la maternità si è corredata di soluzioni giuridiche assolutamente inedite e controverse dal momento che essa rappresenta il risultato di interventi e pratiche quotidiane che sempre più richiedono l'intervento della bioetica e del diritto. Purtuttavia, l'idea di porre rimedio alla sterilità di una donna con il ricorso alla surrogazione e l'utilizzo di soluzioni giuridiche più o meno articolate per costituire un rapporto parentale, sebbene artificiosa, è assai antica.

Già nella Bibbia si legge: «Or Sara disse ad Abramo: “Vedi, il Signore mi ha impedito di dare alla luce dei figli; va, ti prego, dalla mia serva, forse potrò avere prole da lei”. E Abramo acconsentì alle parole di Sara»<sup>1</sup>. Si rinvengono tracce di simili pratiche nei diritti del vicino Oriente antico, con speciale riguardo al mondo mesopotamico e ai primordi di quello ebraico biblico<sup>2</sup>; si hanno notizie di prassi legittimate dai diritti greci e romani, riprese successivamente in età repubblicana<sup>3</sup>. Si può affermare allora che «tutte le culture e le società umane hanno conosciuto tentativi di controllo della procreazione attraverso l'intervento sulla fertilità. Le pratiche attuali si distinguono da quelle del passato per la quantità di conoscenze che le sorregge e per la stretta connessione con la scienza bio-medica»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Genesi*, 16,2.

<sup>2</sup> In più occasioni, le spose dei Patriarchi biblici, al fine di porre rimedio alla loro sterilità, offrono al marito una propria schiava perché costui possa fecondarla. La schiava partorisce il nato tra le gambe della padrona, di modo che tale rituale lo faccia risultare giuridicamente di quest'ultima.

<sup>3</sup> L'episodio più noto è quello di Catone Uticense il quale, volendo rinsaldare i legami amicali e politici con Ortensio, la cui moglie non gli aveva dato figli, e non avendo intenzione di concedergli in sposa la figlia Porcia, già coniugata con Bibulo, preferì cedergli, con l'accordo del di lei padre Filippo, la propria amata consorte «come se l'avesse prestata». Poco più tardi, la riconciliazione fra Tiberio Claudio Nerone, esponente di punta delle grandi famiglie schieratesi con i cesaricidi sconfitti, e l'astro nascente di Ottaviano si sarebbe realizzata grazie alla cessione a quest'ultimo di Livia Drusilla, moglie del primo e già palesemente incinta.

<sup>4</sup> C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 16.

Il fulcro degli accorgimenti pratici e giuridici che si rinvengono nelle prassi degli antichi diritti è la costituzione di un legame di maternità giuridicamente valido tra il minore e la donna che, pur volendo essere considerata dalla comunità come sua madre, non lo ha partorito.

L'evoluzione dei sistemi giuridici e la preminenza accordata al rispetto dei diritti umani hanno reso la maternità surrogata un terreno di forte contrapposizione ideologica tra gli osservatori, divisi tra un approccio individualistico e libertario ed uno sociale-relazionale. Secondo la prima corrente di pensiero, assoluta libertà deve essere lasciata alla donna nelle determinazioni riguardanti l'impiego del proprio corpo, al contrario di ciò che affermano i sostenitori dell'orientamento sociale, con una visione paternalistica del ruolo del diritto in scelte così delicate.

Nella maternità surrogata la tensione è dunque *in nuce* tra due interessi costituzionalmente protetti: da un lato il desiderio di genitorialità e la protezione dell'interesse del minore e dall'altro la volontà di non ridurre a "mero contenitore" il corpo umano.

Una superficiale analisi del fenomeno mette in luce come, tuttavia, tali interessi non siano ugualmente preminenti. L'interesse del minore è considerato il *fil rouge* delle controversie in materie nelle quali spesso si perviene alla subordinazione del desiderio alla genitorialità e di quello alla protezione del corpo umano.

Come approfondito nel presente lavoro, è proprio alla luce del "*best interest of the child*" che le scelte normative degli Stati si differenziano. Nel capitolo primo, infatti, viene offerta una rapida panoramica sullo stato del diritto nei diversi sistemi normativi. Si deve prendere atto del fatto che la maternità surrogata rappresenta un fenomeno globale che trascende le soluzioni offerte dal singolo Stato. La complessità del tema richiede un approccio che valichi i confini nazionali. Per far ciò, è necessario individuare i soggetti e gli interessi coinvolti in modo da poter operare un necessario bilanciamento tra di essi.

La maggior parte dei Paesi, tra cui l'Italia, vietano il ricorso alla pratica *de quo*. In tal modo si assicura assoluta preminenza alla protezione del bambino e si evita la riduzione a "mero contenitore" del corpo della donna. Tuttavia, come chiarito nel capitolo dedicato all'analisi delle fonti normative italiane, il *deficit* di una simile

soluzione emerge con risvolti particolarmente negativi nel momento in cui la coppia di genitori committenti decide di ricorrere alla maternità surrogata in uno Stato che la ammette, dal momento che la legislazione italiana non offre al giudice gli strumenti normativi per far fronte all'evento.

L'unica norma presente nel nostro ordinamento sulla maternità surrogata è l'art. 12 della legge n. 40/2004 che si limita a prevedere che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». L'illiceità degli accordi surrogativi risulta anche dall'analisi delle norme del codice civile, soprattutto ai sensi degli artt. 1343 e 1346.

L'art. 1343 c.c. sancisce la nullità dei contratti che siano conclusi per ottenere uno scopo contrario alla legge, l'ordine pubblico e il buon costume. Nel caso di specie, si potrebbe ritenere che oggetto del contratto surrogativo sia lo scambio del neonato contro un corrispettivo.

L'art. 1346 c.c. statuisce, invece, che l'oggetto del contratto debba essere «possibile, lecito, determinato o determinabile». La giurisprudenza<sup>5</sup> ha avuto modo di specificare che i requisiti della possibilità e della liceità sono sempre mancanti in quanto non possono essere costituiti, modificati o estinti contrattualmente né gli *status* né i *munera* genitoriali. Si sottolinea, inoltre, come l'attribuzione consapevole della maternità del neonato ad una determinata donna diversa da colei che lo ha partorito integra l'ipotesi di reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p.

Simili previsioni, inclusa la legge n. 40 del 2004, non disciplinano la liceità o meno dei contratti di gestazione per conto altrui conclusi da cittadini italiani in Paesi in cui la pratica è legale, per cui non offrono valide risposte alle problematiche sollevate dal fatto compiuto della nascita di un minore a seguito di maternità su commissione.

Il codice civile, in tema di attribuzione di maternità, è improntato al principio latino "*mater semper certa est*", secondo cui "*mater est quam gestatio demonstrat*", non

---

<sup>5</sup> Come statuito da Trib. civ. Monza, 27 ottobre 1989.

applicabile nel caso della maternità surrogata, poiché la donna che chiede il riconoscimento del figlio come proprio non è la donna che lo ha partorito.

La principale alternativa alla regola gestativa è l'attribuzione dei diritti genitoriali secondo un criterio che tenga conto della derivazione biologica del nascituro dalla madre committente. La sua applicazione toglierebbe rilevanza al dato gestativo ai fini dell'istaurazione del rapporto di filiazione portando, nel fenomeno in esame, alla riaffermazione dell'importanza del legame genetico tra la madre committente e il nascituro.

Tuttavia, il riconoscimento del minore nato attraverso la surrogazione, imposto da tale criterio, contrasta con l'interesse al mantenimento dell'ordine pubblico. Come ampiamente sottoposto a disamina nel secondo capitolo, le decisioni delle corti italiane si orientano nel senso di vietare la trascrizione dell'atto di nascita<sup>6</sup>. Simili sentenze, sebbene giuridicamente ineccepibili, non sono in linea con la giurisprudenza della Corte EDU di fronte alla quale l'Italia è stata spesso citata in giudizio. Il risultato dell'applicazione della normativa imporrebbe l'allontanamento del minore dalla famiglia.

Emblematica di tale contesto è la sentenza *Paradiso e Campanelli c/Italia*<sup>7</sup> in cui le autorità italiane avevano disposto l'allontanamento del bambino, ma la Camera della Corte EDU aveva giudicato il provvedimento eccessivo. In effetti, in tal modo si rischiava di far ricadere sul soggetto da proteggere le conseguenze del comportamento illecito dei genitori.

Ciò nonostante, la Grande Camera<sup>8</sup>, pronunciatisi sulla stessa vicenda, ha ritenuto possibile un bilanciamento tra il desiderio alla genitorialità e la protezione dell'ordine pubblico. Il punto di svolta della decisione si rinviene nella possibilità di allontanare il minore nelle prime fasi della sua vita, prima che abbia condiviso con la coppia fasi fondamentali della sua crescita.

---

<sup>6</sup> Un'*unicum* nel suo genere è l'ordinanza del Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 che accerta l'esigibilità della prestazione medica e autorizza l'impianto nella madre surrogata dell'embrione biologicamente legato alla coppia committente.

<sup>7</sup> Corte Edu, *Paradiso e Campanelli c/Italia*, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12.

<sup>8</sup> Corte Edu, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c/Italia*, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12.

Se l'esperienza italiana non è riuscita a trovare un criterio che permettesse di far fronte alle molteplici sfaccettature del fenomeno e che offrisse risposte anche dinanzi all'evento della nascita in un Paese che ammette la maternità surrogata, gli Stati Uniti, e più precisamente la California, hanno saputo dare una lettura storicamente orientata delle norme del *Family Code*, come dimostra l'analisi delle fonti normative svolta nel capitolo quarto.

Già con lo *Uniform Parentage Act* del 1975 era stato precisato che i diritti e doveri dei genitori scaturiscono dall'accertamento di una relazione con i figli. Proprio il §7001 *Family Code*, che specifica in cosa debba consistere il rapporto tra genitori e figli, ha permesso di risolvere le controversie sorte rispetto a contratti di maternità surrogata conclusi in assenza di una normativa che li vietasse.

In più, nel diritto costituzionale americano si è affermato da tempo un generale diritto di *privacy*, riconosciuto sia a livello giurisprudenziale che dottrinale, che si pone alla base di ogni rapporto interindividuale e dell'individuo con lo Stato. Ricompresa tra le libertà fondamentali, la *privacy* ha un aspetto mutevole a seconda della sfera cui si riferisce e permette di tutelare un'ampia autonomia del singolo.

Un ulteriore fattore che ha influito sulla creazione di un generale clima di favore verso il fenomeno surrogativo è di carattere sociologico. Si è assistito, infatti, ad una perdita di rilevanza dello *status* inteso come situazione giuridica ascritta in modo indipendente dalla volontà individuale per cui la contrattualizzazione di uno *status*, qual è quello del figlio nato in seguito a maternità surrogata, non appare inaccettabile.

Il principio cardine è la libertà di scelta e la valorizzazione del criterio contrattualistico della volontà. La giurisprudenza americana, sin dal caso *Johnson v. Calvert*<sup>9</sup> del 1988, ha ritenuto fondamentale dare preminenza ai desideri della coppia committente. Il ragionamento seguito nella sentenza del 1988, che ha segnato il *leading case* in materia di maternità surrogata, si concentra sul sistema da adottare per scegliere quale delle due donne, la madre surrogata o la madre committente, debba prendersi cura del bambino.

---

<sup>9</sup> *Superior Court of Orange County, Johnson v. Calvert*, 20 maggio 1993.

I giudici giungevano ad affermare che il criterio dirimente doveva individuarsi nell'“*intent*” che avrebbe permesso di distinguere la madre committente da qualunque altra donatrice di ovuli. Infatti, sebbene ella avesse donato il proprio ovulo affinché la gravidanza fosse portata a termine da un'altra donna, l'intenzione era che da esso nascesse un figlio che le appartenesse.

Tale parametro guida è da leggersi in stretta correlazione con la teoria del “*but-for*” diffusamente applicata in questo ambito, secondo la quale si ritiene che si debbano riconoscere come genitori del minore i genitori intenzionali, per la ragione che senza di essi non si sarebbe innescato il meccanismo procreativo.

Una simile concezione è stata tuttavia criticata da una parte della giurisprudenza che sostiene che essa sia più adatta alla produzione di opere dell'ingegno che alla nascita di un bambino. Non solo, ma il voler considerare i genitori intenzionali quali *conditio sine qua non* dell'evento riproduttivo rappresenta un'ingiustificata compressione dell'importanza del ruolo della madre surrogata. Si sostiene, infatti, che anche quest'ultima potrebbe rappresentare *conditio sine qua non* dal momento che se rinunciasse all'incarico il desiderio dei genitori non si realizzerebbe.

L'unico elemento che permette di uscire dall'*impasse* creatasi è l'analisi dell'intenzione sottesa alla conclusione del contratto surrogativo. Da un lato, la madre surrogata accetta di portare a termine la gravidanza nella convinzione che il nascituro non sarà suo figlio; dall'altro, il desiderio dei genitori intenzionali è di avere un figlio proprio.

I risultati della giurisprudenza hanno portato alla predisposizione di un testo normativo, lo *Uniform Parentage Act*, riformato nel 2017, il cui art. 8 si preoccupa di fornire regole precise per la conclusione di contratti di maternità surrogata. Il suddetto articolo è suddiviso in tre parti: nella prima sono racchiuse norme che riguardano entrambi i tipi di contratto, nella seconda disposizioni speciali per la maternità surrogata gestazionale e nella terza disposizioni speciali per quella tradizionale.

La parte prima si apre con la specificazione dei requisiti che la madre surrogata e i genitori intenzionali devono possedere e con la previsione che entrambi siano assistiti da un legale indipendente che si preoccupi della piena comprensione da parte di contraenti delle implicazioni di un simile accordo. Nel rispetto della libertà procreativa

della donna è, inoltre, previsto che nessuna clausola del contratto possa obbligarla a sottoporsi a trattamenti medici non desiderati.

Le parti possono recedere dal contratto previa comunicazione alla controparte purché le procedure di impianto non siano andate a buon fine, in caso contrario, il nascituro è a tutti gli effetti considerato figlio della coppia committente e nessun legame sorge con la madre gestante e il suo compagno.

Una particolarità dello *Uniform Parentage Act* del 2017 è l'introduzione della parte sulla maternità surrogata tradizionale. Il motivo che giustifica la necessità di apposite disposizioni è da rintracciarsi nella particolare vulnerabilità della situazione in cui si trova la madre surrogata che accetta un accordo surrogativo tradizionale dal momento che il nascituro è biologicamente legato a lei. Proprio per questo è prevista come condizione necessaria l'autorizzazione della corte competente, rilasciata previa verifica di alcuni requisiti psico-fisici.

Come la maggior parte degli Stati, la California regola la maternità surrogata gestativa, ma non quella tradizionale. La legislazione di questo Stato è considerata comunque una tra le meno restrittive dato che sono pochi i limiti posti ai soggetti che vogliono accedere a tale pratica. L'unico requisito richiesto alla madre surrogata è che non abbia alcun legame con il nascituro.

Dalla dovizia di particolari che caratterizza questi contratti emerge il tentativo di regolamentare ogni aspetto del fenomeno in esame. La lettura combinata della normativa nazionale e il più ampio respiro della normativa federale, che detta disposizioni in merito alla maternità surrogata tradizionale, assicura la protezione dei diritti del minore e della madre portante in ogni situazione.

Ovviamente tale libertà contrattuale solleva numerose problematiche sociali, tra le quali rientra la maternità surrogata "sociale" diffusasi negli ultimi anni. La definizione "sociale" deriva dal fatto che le donne che si rivolgono alle madri portanti non hanno alcun problema fisico che impedisca loro di portare a termine la gravidanza, ma la decisione è motivata dall'impatto negativo che quest'ultima avrebbe sulla loro carriera.

In California, i soggetti che si prestano a diventare madri surrogate sono scelti secondo specifici criteri da agenzie che si occupano di facilitare l'incontro con i genitori

intenzionali e svolgono un ruolo di garanzia nei confronti di questi ultimi. In effetti, le agenzie si preoccupano di far osservare alla donna incinta tutte le prescrizioni stabilite insieme alla coppia committente, assicurano che essa svolga uno stile di vita sano e monitorano l'andamento della gravidanza.

Il ruolo degli intermediari può, però, limitarsi anche solamente al contatto tra la coppia interessata e la madre gestante e quest'ultima con la clinica. È ciò che generalmente accade in India, come approfondito nel capitolo terzo. In questo Paese, il reclutamento delle donne che vogliono diventare madri surrogate avviene soprattutto tramite il passaparola e, fino al 2016, attraverso la pubblicità.

Ad oggi, l'introduzione del *Surrogacy (Regulation) Bill* ha modificato la situazione. I bassi costi e la mancanza di una legislazione avevano reso l'India la meta preferita del "turismo procreativo". Le linee guida emanate dal governo al fine di regolare l'attività delle cliniche non erano state sufficienti a regolare il fenomeno. Esse, infatti, prescrivevano gli adempimenti necessari all'accreditamento delle strutture mediche nonché gli *standards* minimi che dovevano essere seguiti senza alcuna previsione che permettesse di gestire i risvolti pratici del ricorso indiscriminato alla pratica *de quo*.

Negli ultimi anni, infatti, si sono verificati diversi casi in cui la coppia di genitori committenti e il minore erano rimasti bloccati in un limbo diplomatico dovuto al fatto che né le autorità indiane, né quelle dello Stato di origine dei genitori concedevano i documenti necessari all'espatrio del neonato<sup>10</sup>. In assenza di una normativa adeguata, invero, il minore nato in India a seguito di accordo di maternità surrogata transfrontaliero non poteva considerarsi figlio della donna che lo aveva partorito.

Nel caso in cui lo Stato di destinazione non riconoscesse la validità di un simile accordo, il minore non poteva essere considerato neanche figlio della coppia committente. La soluzione più pratica sarebbe allora quella di ricorrere all'adozione, pratica che in India è subordinata a specifici requisiti, difficili da possedere per un soggetto *non-Hindu*.

---

<sup>10</sup> Si prendano come esempi, *Supreme Court of India, Baby Manji Yamada vs Union Of India & Anr*, 29 settembre 2008 e *Supreme Court of India, Jan Balaz Vs. Anand Municipality and 6 ors.*, 11 novembre 2009.

Proprio alla luce di questo contesto, il successivo aggiornamento delle linee guida nel 2008 e nel 2010 ha portato alla specificazione di un limite di volte in cui la donna può prestarsi come madre gestante. Quest'ultima dovrà rinunciare ad ogni diritto sul nascituro e sul certificato di nascita saranno riportati solo i nomi dei genitori intenzionali.

Nell'ottica di una maggiore protezione da accordare alla madre surrogata, era stato previsto che, oltre a sostenere le spese relative al parto e all'immediato *post partum*, la coppia committente dovesse anche provvedere all'assicurazione sulla vita della gestante, necessaria per poter validamente concludere l'accordo.

Simili previsioni non hanno però arginato il problema e l'India è stata spesso al centro del dibattito internazionale per le violazioni dei diritti umani perpetrate a danno delle madri portanti e dei minori. Nel 2012 sono state, quindi, introdotte delle limitazioni ai soggetti che potevano concludere un accordo surrogativo, richiedendo che la coppia, eterosessuale, fosse sposata da almeno due anni e possedesse un visto per trattamenti medici. Quest'ultimo, a differenza del normale visto turistico, permetteva alle autorità di controllare la struttura medica presso la quale i genitori committenti si recavano.

Per cercare di arginare il problema relativo al mancato riconoscimento della cittadinanza al minore da parte dello Stato di appartenenza della coppia, si richiedeva a quest'ultima una lettera della propria ambasciata per garantire che il bambino fosse al momento della nascita considerato loro figlio.

Assolutamente in linea con l'aumentare delle restrizioni poste all'accesso alla pratica si pone il *Surrogacy (Regulation) Bill* del 21 novembre 2016. Esso prevede, infatti, che possano accedere alla pratica solamente i soggetti indiani, sposati da almeno cinque anni, la cui impossibilità ad avere figli sia stata accertata da un'apposita commissione.

L'unico accordo ammesso è quello altruistico e la madre surrogata non deve avere alcun legame genetico con il nascituro. Quest'ultimo non potrà essere rifiutato dai genitori intenzionali per alcun motivo.

Al fine di verificare il rispetto delle diverse norme, il *Bill* istituisce delle Commissioni con il compito di vigilare e informare le autorità di ogni violazione. Le Commissioni istituite nei singoli Stati dovranno rispondere ad un simile organo federale.

Una tale regolamentazione cerca di proteggere il più possibile i soggetti coinvolti ma non tiene conto delle istanze sociali. Se da un lato è vero che la conclusione dei contratti era spesso gestita dalle singole cliniche e non direttamente dalla madre surrogata, per cui venivano inserite clausole per aumentare i profitti delle strutture a discapito della tutela della persona, è anche vero che la maternità surrogata rappresentava per molte donne indiane l'unica possibilità per assicurare un futuro migliore alla propria famiglia. Proprio per questa ragione, è stato affermato che un totale divieto avrà solo l'effetto di far confluire la conclusione di questo tipo di accordi nel mercato nero. Così facendo, si perderebbero anche gli ultimi dati sulle nascite *via* surrogazione, con risultati diametralmente opposti a quelli che si volevano ottenere.

In ragione di ciò, un approccio critico alla nuova legislazione ha sollevato numerosi profili di contrasto con la Costituzione indiana<sup>11</sup> e con altre previsioni interne a tutela del fanciullo.

In conclusione, da una breve panoramica scaturisce l'esigenza di individuare dei principi uniformemente applicabili. Fin quando vi saranno alcuni Stati che ammettono la pratica surrogativa e altri che la vietano, sarà sempre demandata alla giurisprudenza la risoluzione dell'inevitabile conflitto tra l'interesse del bambino a non essere privato di quelli che considera i suoi genitori e l'interesse dello Stato al rispetto delle proprie norme.

È possibile rintracciare, a livello sia europeo che internazionale, un atteggiamento di tendenziale sfavore soprattutto con riguardo ai contratti di maternità surrogata commerciale. Ciò che è assente è il tentativo di predisporre una procedura di raccordo che permetta agli Stati di trovare soluzioni adeguate alla protezione del minore nel caso di contratti transfrontalieri.

Come segnalato nel capitolo quinto, l'attenzione è rivolta ad evitare la conclusione del contratto piuttosto che alla predisposizione di strumenti di tutela del minore.

In un simile quadro, più che intervenire con una legislazione uniforme, sarebbe auspicabile un'intesa che si occupi di risolvere le conseguenze delle differenti scelte normative dei vari Paesi.

---

<sup>11</sup> Profili di incostituzionalità sono stati rilevati con riguardo agli artt. 14 e 21.

# CAPITOLO I

## Il contratto di maternità surrogata.

**SOMMARIO: 1.1 Un fenomeno globale; 1.2 I soggetti coinvolti e le tipologie di accordo; 1.3 I diritti e gli interessi coinvolti; 1.4 Le norme internazionali e la posizione della Corte EDU.**

### 1.1 Un fenomeno globale.

La maternità surrogata rappresenta un fenomeno giuridico di portata internazionale poiché pone quesiti che trascendono la scelta normativa fatta dal singolo Stato. Nonostante la maggior parte degli Stati vieti la conclusione di accordi surrogativi ovvero permetta solo quelli altruistici, il diffondersi di mezzi di comunicazione, quali ad esempio Internet, permette di superare i confini nazionali e di far ricorso a tale pratica nella minoranza di Paesi in cui è riconosciuta.

Sebbene la maternità surrogata non abbia origini recenti, negli ultimi decenni si è assistito ad una proliferazione dei casi favorita dal rapido sviluppo che hanno avuto le tecniche di procreazione assistita. Contestualmente, anche la dottrina si è interessata al fenomeno con l'intento di porre le basi per l'identificazione di principi internazionali comuni.

La necessità di un'uniformazione giuridica emerge da una rapida analisi degli ordinamenti europei. Tra i trentacinque Stati che hanno ratificato la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, solo quattordici vietano espressamente la pratica *de quo* mentre in altri dieci manca una regolamentazione *ad hoc*. Tra questi ultimi rientrano Belgio, Repubblica Ceca, Polonia e Lussemburgo. A consentire il ricorso alla gestazione per conto altrui sono dunque, ad oggi, sette Stati: Albania, Georgia, Grecia, Paesi bassi, Regno Unito, Russia e Ucraina. Si tratta generalmente di accordi di maternità surrogata altruistici, in cui la madre naturale non riceve alcun compenso ma solo il rimborso delle spese. Tuttavia, tali accordi possono acquisire un carattere commerciale in Russia, Ucraina e Georgia.

I principi finora elaborati, però, non essendo pervenuti a risultati univoci, si soffermano soprattutto sulla gestione delle conseguenze giuridiche piuttosto che sul fenomeno in sé considerato. A livello internazionale infatti si è raggiunta una

comunione di intenti circa la necessità di proteggere la madre surrogata e il bambino da inutili procedure mediche, la possibilità di ampliare l'autonomia della gestante per quel che riguarda le scelte di vita durante la gravidanza, l'opportunità di tenere traccia di tutte le operazioni svolte al fine di permettere al minore, una volta che abbia raggiunto l'età prestabilita, di conoscere le proprie origini.

Benché non manchino controversie tra le parti private dell'accordo, le divergenze normative tra gli Stati hanno fatto emergere difficoltà nel riconoscimento dei desideri dei genitori con riguardo ai loro diritti e allo *status* giuridico del nuovo nato. A seconda della posizione che lo Stato assume rispetto a tale pratica le soluzioni giuridiche si orientano su due ipotesi.

Nell'eventualità in cui il paese vieti o non regoli la maternità surrogata il tribunale può ricorrere all'adozione o ad altri istituti del diritto di famiglia per riconoscere il minore come figlio di coloro con i quali non ha alcun legame. Ciò nonostante, in alcuni ordinamenti questo riconoscimento potrebbe essere considerato come atto contrario all'ordine pubblico.

Laddove, invece, la maternità surrogata sia legalmente riconosciuta, i genitori intenzionali sono considerati come genitori naturali del minore e il legame di filiazione verrà riconosciuto attraverso la trascrizione nei registri civili dell'atto di nascita ovvero della sentenza straniera o ricorrendo ad istituti simili all'adozione.

La linearità giuridica di tale situazione si infrange davanti ad un contratto transfrontaliero, ovvero sia quell'accordo concluso tra parti appartenenti a legislazioni diverse. La complessità risiede nel fatto che, nella maggior parte dei casi, l'ordinamento dei soggetti che si rivolgono ad una madre surrogata vieti tale pratica. Potenzialmente quindi, al ritorno nello Stato di appartenenza, il minore potrebbe trovarsi privo dei genitori con tutte le problematiche che il mancato riconoscimento comporta in materia di cittadinanza e nazionalità. Ad esempio, le leggi californiana, russa e ucraina riconoscono la madre intenzionale come madre del minore mentre, nella maggior parte degli Stati europei, viene riconosciuta come tale la partorientente.

Il ricorso ad accordi transfrontalieri e contestualmente una crescita esponenziale dei problemi ad essi connessi sono state le principali conseguenze dell'intensificarsi del "turismo della fertilità". Con quest'ultima definizione si identifica il fenomeno per il

quale le coppie si rivolgono sempre più spesso a Paesi nei quali la maternità ha costi inferiori, da un lato per l'esiguità del compenso richiesto dalla madre portante, dall'altro perché vengono garantiti meno controlli medici. Proprio a causa dell'intensificarsi di questo tipo di turismo, il governo indiano ha varato, nel 2016, un testo<sup>12</sup> con cui sono definiti precisi requisiti che la coppia deve possedere. Tra questi, al fine di evitare il suddetto fenomeno, si richiede il possesso della cittadinanza indiana e sono penalmente sanzionati i contratti di natura commerciale.

A seconda delle scelte normative di ciascun ordinamento, nel 2015<sup>13</sup> è stata proposta la seguente categorizzazione:

- a) giurisdizioni che ammettono la maternità surrogata: sono ammessi accordi a scopo commerciale e vi sono misure legali che permettono ai genitori intenzionali di ottenere il riconoscimento del legame di parentela. In questi Paesi non è necessario alcun requisito di cittadinanza o residenza. Tra gli Stati che possono essere collocati in questa categoria vi è l'Ucraina, primo Paese al quale le coppie italiane si sono rivolte in termini cronologici: è sufficiente una dichiarazione della partoriente al notaio affinché coloro che abbiano fatto ricorso a tale pratica siano legalmente riconosciuti come gli unici che si debbano prendere cura del bambino. Altri esempi sono: California, Arkansas, Alabama, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia and Wisconsin, Russia. Può essere fatta un'ulteriore sotto-categorizzazione distinguendo le basi giuridiche su cui si fonda la liceità di tale pratica. Essa può essere regolata da leggi, avallata dal *case-law* o praticata perché mancano precise norme. La regolamentazione del fenomeno può richiedere la formazione di un accordo prima di qualunque trattamento medico o la previsione di specifiche procedure con le quali avviene il riconoscimento del legame tra i genitori intenzionali e il minore;
- b) giurisdizioni che vietano la maternità surrogata in ogni sua forma come nel caso dell'Italia e della maggior parte delle legislazioni europee nonché di

---

<sup>12</sup> *Surrogacy Regulation Bill*.

<sup>13</sup> K. TRIMMINGS E P. BEAUMONT, *General Report on Surrogacy*, Capitolo 28, in *Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds) "International Surrogacy Arrangements"*, maggio 2013.

alcuni Stati degli Stati Uniti. Nel nostro Paese sussiste un divieto generalizzato posto dalla legge n. 40/2004 la cui violazione è punita con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro<sup>14</sup>. Nel caso in cui il soggetto svolga una professione sanitaria a ciò si aggiunge la sospensione dalla professione da uno a tre anni. Ai genitori intenzionali può essere contestato il reato di alterazione di stato *ex art.567, comma 2, c.p.*<sup>15</sup>

Anche la Germania ha da sempre adottato una legislazione che vietasse il ricorso alla maternità surrogata valorizzando le conseguenze negative che il minore subirebbe al momento della consegna coattiva alla coppia committente. Tuttavia, a tale divieto sono ammesse due eccezioni: se la maternità surrogata è l'unica soluzione per la sopravvivenza di un embrione non impiantabile nell'utero della madre genetica e se la gravidanza è intrafamiliare, in presenza di sterilità accertata medicalmente. In questi casi, perché i genitori intenzionali siano considerati i genitori del minore, è necessario un provvedimento del giudice;

- c) giurisdizioni “neutrali” che consentono solo il ricorso ad accordi di maternità surrogata altruistici e limitano il numero di soggetti che vi possono ricorrere. Un esempio in tal senso è fornito dalla Grecia in cui la pratica è ammessa dal 2005, ma non vi possono far ricorso gli omosessuali e alla coppia viene richiesto di risiedere sul territorio per la procedura.

Il Regno Unito ha regolamentato la pratica con il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 prevedendo l'ammissione dei soli contratti le cui parti coinvolte siano i genitori intenzionali e la madre surrogata, la quale deve mettere il proprio corpo a disposizione solo con intenti solidaristici. È poi prevista una responsabilità penale per qualsiasi forma di attività commerciale, di intermediazione e di pubblicizzazione nonché di sfruttamento della pratica. La legge si applica a tutti i contratti indipendentemente dalla loro coercibilità e, nel caso in cui non siano azionabili in sede giudiziaria, è comunque prevista una soglia minima di tutela della madre surrogata e del minore.

---

<sup>14</sup> Così, l'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004.

<sup>15</sup> Art. 567 c.p.: «1. Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. 2. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità».

Altri Paesi sono: India, Israele, Nuova Zelanda, Australia, Sudafrica e alcuni Stati degli USA. In questa categoria vengono fatti rientrare anche quegli ordinamenti in cui ogni forma di accordo è priva di regolamentazione per cui la maternità surrogata non risulta né apertamente vietata né riconosciuta. Esempi di questo approccio sono: Argentina, Belgio, Brasile, Repubblica Ceca, Guatemala, Ungheria, Irlanda, Giappone, Olanda, Spagna, Venezuela e parte degli Stati Uniti. La mancanza di una regolamentazione rende i contratti eventualmente stipulati vietati e dunque incoercibili.

Negli Stati in cui questa pratica è ammessa l'atto di nascita, che generalmente si ottiene entro sei mesi dal parto, può recare non solo il nome dei genitori committenti ma anche della madre surrogata e di eventuali donatori. A seconda della scelta compiuta dall'ordinamento, le generalità dei genitori intenzionali possono essere riportate in tale atto dopo che la partoriente ha acconsentito ovvero prima della nascita del bambino attraverso la conclusione di un accordo che permette ai genitori intenzionali di essere considerati i genitori legali immediatamente al momento della nascita.

Lo sviluppo di una cooperazione internazionale sulla maternità surrogata assicura un'evoluzione del fenomeno rispettosa dei diritti umani della donna e del bambino. Tutti gli Stati dovrebbero procedere a controlli *a priori* che permettano di sanzionare eventuali abusi e pratiche scorrette così come di definire chiaramente lo *status* giuridico del nato.

Benché non possa evidenziarsi una unificazione normativa a livello europeo in tal senso, bisogna tuttavia sottolineare l'atteggiamento di tendenziale sfavore con cui la pratica è considerata dal Consiglio d'Europa e dal Parlamento Europeo. Sebbene entrambi gli organismi si siano pronunciati nel senso di vietare il fenomeno in esame, l'atteggiamento del Consiglio d'Europa si presenta più permissivo, prospettando due soluzioni alternative. Nella prima la maternità surrogata viene vietata in tutte le sue forme, essendo sancita *a priori* la sua illiceità mentre la seconda proposta prevede l'ammissione di tali contratti solo in casi eccezionali ovvero sia quando sono gratuiti e alla madre surrogata vengono riconosciuti i diritti genitoriali.

La comune tendenza ad una proibizione del fenomeno a livello di istituzioni europee deve essere rintracciata nel ruolo di garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo liberamente assunto da tali organi comunitari.

## **1.2 I soggetti coinvolti e le tipologie di accordo.**

Il ricorso alla maternità surrogata implica il coinvolgimento di una serie di soggetti diversi. In primo luogo, vi sono i genitori intenzionali e la madre surrogata. Essi rappresentano le parti del contratto e alle loro manifestazioni di volontà si fa riferimento per verificarne la validità. Spesso, nel rapporto bilaterale, viene coinvolto un terzo soggetto rappresentato da un'agenzia che ha il compito di facilitare l'incontro tra le parti. Infine, a seconda del tipo di maternità a cui si ricorre si può avere la presenza di donatori.

La madre surrogata è la donna che provvede alla gestazione e al parto con l'intenzione di cedere il neonato a terzi. Negli Stati in cui tale pratica è ammessa le donne che possono diventare madri portanti sono individuate nel rispetto di particolari requisiti. L'età minima è, nella maggior parte dei casi, ventuno anni mentre l'età massima differisce nel caso in cui si tratti di maternità surrogata tradizionale o gestazionale, con soglie che sono rispettivamente trentacinque anni e cinquanta anni. Sebbene l'età massima sia simile in quasi tutti gli Stati, l'età minima in alcuni Paesi può essere fissata anche a diciannove anni. La donna può essere *single* o coniugata e, in tale evenienza, è richiesta l'autorizzazione del marito. Generalmente viene fissata una fascia di reddito alla quale colei che si presta a tale pratica deve appartenere per evitare che vi si faccia ricorso per necessità economiche. La rigidità di tali previsioni non impedisce comunque lo sviluppo di un mercato nero parallelo.

Coloro che ricorrono alla maternità surrogata vengono definiti come genitori intenzionali e sono i soggetti che intendono crescere il nascituro. Benché molto spesso si utilizzi anche l'espressione di "genitori committenti", essa sembra alludere ad una natura commerciale dell'accordo non sempre presente. Il concetto di "genitorialità legale"<sup>16</sup> permette di attribuire la qualifica di genitore anche a soggetti diversi da coloro che presentano affinità biologiche, così come accade nel caso di fecondazione assistita eterologa. L'accesso alla pratica può essere sottoposto al requisito

---

<sup>16</sup> Concetto che assume importanza soprattutto nel caso dell'adozione.

dell'esistenza di un legame matrimoniale tra i due o può essere concesso anche a soggetti singoli. Generalmente anche tali soggetti devono soddisfare alcuni requisiti di età per scongiurare il pericolo che il nascituro non possa ricevere le cure adeguate alla sua crescita a causa della tarda età dei genitori.

Operano poi organizzazioni che mettono in contatto i futuri genitori con la donna che porterà a termine la gravidanza. Esse possono fornire assistenza alla madre surrogata durante la gravidanza o fungere esclusivamente da tramite. Fulgido esempio del primo caso è la California in cui le agenzie non solo forniscono un sostegno medico e psicologico alla donna, ma si impegnano a farle rispettare determinate indicazioni fornite dai futuri genitori sullo stile di vita da osservare. Esempio del secondo caso, invece, è l'India in cui l'agenzia si preoccupa solo di individuare le donne che hanno i requisiti per sottoporsi a tale pratica mettendole in contatto con i futuri genitori.

L'accordo tra genitori committenti e madre surrogata, mediato dalle agenzie, è volto ad individuare i soggetti ai quali spetteranno i diritti genitoriali sul minore. Prima della nascita o al momento della stessa la madre surrogata perde la possibilità di rivendicare ogni diritto sul neonato, così come il marito. I genitori legalmente riconosciuti saranno i genitori intenzionali che, da quel momento, se ne dovranno prendere cura. In alcuni Stati, come nel caso della Russia, il minore deve essere figlio biologico di almeno uno dei due genitori.

Strettamente connessa all'idea di avere un figlio è la possibilità di decidere l'"*an*" della sua nascita in caso di malformazioni. Sebbene le agenzie garantiscano la salute del feto, nel caso in cui emergano delle anomalie, non sono estranee ai contratti clausole che obblighino la madre portante ad abortire. La soluzione offerta dall'esperienza americana, nella quale sono ammessi solo i contratti gestazionali, assicura l'affidamento del minore ai genitori intenzionali in tutti i casi in cui l'*handicap* sia genetico o comunque non imputabile alla madre surrogata, come se il bambino fosse nato dalla componente femminile della famiglia. Nel caso in cui la malformazione sia causata da un comportamento sconsiderato della madre surrogata, si richiede l'intervento di un giudice che prenda una decisione secondo l'interesse preminente del minore che viene, per il tempo necessario alla decisione, affidato al centro che si è occupato della pratica.

L'ultimo gruppo di soggetti potenzialmente coinvolti sono i donatori di seme o ovuli. A seconda della tipologia di accordo infatti può accadere che il materiale biologico sia dei genitori intenzionali, della madre surrogata o di terzi.

Come controprestazione, la madre portante può ricevere un compenso<sup>17</sup>. I genitori intenzionali elargiscono una somma alla madre surrogata superiore alle spese mediche che può essere qualificato anche come risarcimento per la sofferenza patita. Vi sono dei casi in cui tale remunerazione è assente: si parla di accordo di maternità surrogata altruistico e la madre portante riceve in ogni caso il rimborso delle spese mediche sostenute. Sia nel caso in cui si concluda un contratto di maternità commerciale, sia nel caso in cui il contratto sia invece altruistico, è necessario individuare una causa. Nel primo caso la funzione economico-sociale si individua nello scambio di un'attività verso corrispettivo, mentre nel secondo caso è costituita dallo spirito di liberalità, poiché la madre surrogata "arricchisce" la coppia con un figlio.

Tra i contratti gratuiti rientrano le ipotesi di maternità surrogata intrafamiliare, ossia i casi di cessione della capacità gestativa all'interno dello stesso nucleo familiare. Sono stati addotti numerosi argomenti contro la loro liceità, primo fra tutti la preoccupazione destata dalle particolari modalità di realizzazione che rendono più difficile l'individuazione di una regola appropriata. Come ha sottolineato il Consiglio Nazionale di Bioetica nel suo "Parere sulle tecniche di procreazione – Sintesi e conclusione" questi contratti minano dall'interno l'unità familiare suscitando ulteriori motivi di contrarietà dal punto di vista etico. La donazione di materiale gametico senza controlli, il consolidarsi di rapporti tra madre surrogata e bambino che possono sconvolgere gli assetti familiari, la possibilità che il minore diventi il fulcro di accese controversie familiari che lo vogliono coalizzato con uno piuttosto che l'altro schieramento sono tra i timori nutriti da quegli autori<sup>18</sup> che propendono per un loro assoluto divieto.

Un'altra difficoltà del contratto intrafamiliare si rinviene nella sua rintracciabilità poiché viene generalmente concluso in forma orale. L'oralità solleva delle problematiche in caso di controversia giudiziale dal momento che, in assenza di un

---

<sup>17</sup> In tal senso si parla di accordo di maternità surrogata commerciale.

<sup>18</sup> Tra i quali, B.K. ROTHMAN e A. GOODWIN.

contratto che espliciti le intenzioni, la determinazione dei genitori intenzionali può rivelarsi difficile. È opportuno, in tali casi, individuare un unico principio di imputazione della maternità e paternità che permetta di tenere in conto i pregressi rapporti familiari e il superiore interesse del minore.

Premettendo che alla maternità surrogata si rivolgono le coppie nelle quali la donna è affetta da sterilità o da infertilità<sup>19</sup>, si può parlare di maternità surrogata “tradizionale” o “gestazionale”.

L'accordo di maternità surrogata tradizionale è definita spesso come pratica “a basso ricorso tecnologico” o “parziale”. Essa sussiste in un accordo con il quale si consente l'utilizzo degli ovuli della madre surrogata e dello sperma del padre o di un donatore. La gravidanza ha inizio con un rapporto tra la madre surrogata e il genitore intenzionale o terzo oppure attraverso l'inseminazione artificiale.

L'accordo di maternità surrogata gestazionale è, invece, quello con il quale non si consente l'utilizzo degli ovuli della madre surrogata ma solo l'impianto di quelli della madre intenzionale o di una donatrice. In questo caso la madre portante non è anche madre biologica del minore. Si parla di maternità surrogata “ad alto ricorso tecnologico” o “piena”.

È quindi corretto affermare che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è “mezzo” per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione»<sup>20</sup>.

L'oggetto del contratto muta a seconda della tipologia di accordo. Nella maternità gestazionale, la donna mette a disposizione una parte del proprio corpo e l'obbligazione dedotta nel contratto consiste nel permettere lo sviluppo fetale. In quella tradizionale, invece, l'obbligazione principale è costituita dalla cessione del bambino,

---

<sup>19</sup> La principale differenza tra le due situazioni è la possibilità di poter produrre materiale genetico proprio. Nel caso della sterilità la donna non produce cellule uovo, per cui non potrà in nessun modo avere un bambino biologicamente proprio; mentre si parla di infertilità quando la donna, pur producendo ovociti, non può portare a termine la gravidanza. Tale impedimento può dipendere da un'impossibilità fisica o da una malattia che affligge la donna e che, in caso di gravidanza, metterebbe a serio repentaglio la vita del feto.

<sup>20</sup> F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 75.

geneticamente figlio della madre surrogata, e della rinuncia ai diritti su di lui. In questo ultimo caso quindi, oggetto del contratto è «il nascituro e le operazioni necessarie alla sua nascita»<sup>21</sup>. L'esistenza di un legame genetico tra il minore e i genitori committenti incide sull'esatta qualificazione della pratica e suscita una diversa risposta da parte degli ordinamenti dei vari Stati: tra quelli che ammettono la maternità surrogata, la maggioranza vieta gli accordi tradizionali.

Nel caso di inadempimento, i rimedi offerti alle parti necessitano dell'intervento del giudice che è chiamato a valutare l'intenzione oggettiva delle stesse, analizzando sia la volontà espressa, in forma scritta e orale, sia le loro azioni. Le ipotesi di inadempimento da parte della madre surrogata sono principalmente due: il rifiuto di consegnare il bambino e l'autonoma decisione di interrompere la gravidanza. Nel primo caso il giudice dovrà accertarsi se emerge dal contratto una decisione circa la destinazione del neonato, elemento che di solito è insito nell'accordo: traspare dalla sua stessa natura che la custodia debba essere riconosciuta alla coppia sterile. Nel secondo caso, piuttosto che ricorrere ad una tutela rimediale in forma specifica che impedisca alla donna di procedere con l'aborto, si preferisce accordare ai genitori intenzionali una tutela restitutoria e sollevarli dall'obbligo di pagamento.

La violazione del contratto da parte dei genitori intenzionali ha un differente rilievo se avviene prima o dopo il concepimento e può derivare dal mancato consenso all'effettivo intervento di inseminazione artificiale oppure dalla mancata corresponsione del pagamento. Nel caso in cui non sia avvenuta l'inseminazione, devono essere rimborsate solo le spese sostenute dalla madre surrogata per prepararsi all'intervento. Nel caso in cui il concepimento sia avvenuto, è contrario al miglior interesse del neonato procedere all'inserimento coatto in un nucleo familiare che non lo vuole più, per cui generalmente il giudice concede un provvedimento di custodia alla madre surrogata in attesa di un provvedimento di adozione da parte di un terzo.

### **1.3 I diritti e gli interessi coinvolti.**

Alla base dell'ammissibilità degli accordi di maternità surrogata vi è, innanzitutto, la definizione di un diritto a procreare nonché di quello al rispetto delle proprie scelte in ambito familiare. Essi sono stati riconosciuti da vari atti internazionali che hanno, più

---

<sup>21</sup> G. PALMIERI, *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*, in *Giur. it.*, I, 2, 1990, p. 297.

o meno espressamente, sancito il diritto ad avere una discendenza o la protezione della vita familiare che necessariamente implicano che la procreazione sia elevata a valore meritevole di tutela in sé e per sé. Nonostante ciò, in nessun trattato si ritrova una norma che eleva a valore incondizionato un diritto assoluto a procreare, ovverosia indipendentemente dalle proprie possibilità fisiche. In altri termini, la procreazione alla quale si fa riferimento è quella naturale in quanto il ricorso alle P.M.A. deve essere sempre temperato con i valori costituzionali.

L'idea di una separazione tra "legge" e famiglia, intesa come luogo affetti e per questo caratterizzata da dinamiche proprie, esemplificata nell'espressione «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma non sommergere»<sup>22</sup> è, in questo campo, tutt'oggi attuale. La maggior parte dei ricorsi che hanno ad oggetto il riconoscimento della famiglia formatasi attraverso la maternità surrogata si fondano sulla protezione accordata alla "vita familiare" dall'art. 8 della CEDU<sup>23</sup>. Come spesso ribadito anche dalla Corte europea tuttavia, questo principio non configura un diritto assoluto ma è il frutto di un temperamento di più interessi concorrenti. La protezione della "vita privata e familiare", pur tutelando l'individuo contro ingerenze non giustificate dello Stato, riconosce a quest'ultimo un margine di azione purché sussistano alcune condizioni: l'intervento sia lecito ovverosia previsto dalla legge e prevedibile da parte dei destinatari, persegua scopi legittimi e sia necessario in uno Stato democratico. Il procedimento decisionale deve essere equo e basato su un principio di proporzionalità tra la misura e lo scopo perseguito.

Nello stesso articolo vengono racchiusi due aspetti della vita di un individuo che la Corte ha poi provveduto a definire separatamente. La nozione di "vita privata" racchiude tutti gli aspetti della personalità di un individuo, *uti singuli*. Tale diritto implica che ciascuno possa stabilire la propria identità. Rientrano in tale concetto molteplici aspetti tra i quali la protezione del nome e dell'immagine così come tutte le

---

<sup>22</sup> Così, C. A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949.

<sup>23</sup> Art. 8 Cedu: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

informazioni private che un soggetto può ragionevolmente aspettarsi non vengano divulgate senza il consenso dell'interessato. In riferimento alla "vita privata" la Corte EDU ha avuto modo di specificare come sia in essa compreso anche l'accertamento, nel diritto interno, del legame biologico tra padre e figlio nato con ricorso alla surrogazione di maternità<sup>24</sup>. Suddetto legame infatti qualifica il soggetto anche socialmente quale genitore. Questa dimensione relazionale, che si costituisce in seguito alla nascita del figlio, quantomeno tra lo stesso e chi gli è biologicamente legato, è l'elemento fondante della "vita familiare", di cui però la Corte non offre una definizione più accurata.

Al fine di individuare quali formazioni sociali possano essere ricomprese sotto il termine "famiglia", si può far riferimento alle disposizioni di diritto interno. In primo luogo, la Costituzione italiana la definisce, all'art. 29, come "società naturale", quindi come unione di soggetti legati da vincoli affettivi. Da ciò si evince che rientra nella tutela offerta dall'art. 8 CEDU non solo la famiglia di stampo "tradizionale" legata da vincoli biologici ma anche tutte le famiglie cosiddette "di fatto". Alla "vita familiare *de facto*" la Corte ha più volte fatto riferimento nei casi in cui si è trovata a dover valutare se dovesse essere accordato un riconoscimento al legame tra genitori committenti e minore. La durata di essa è stata spesso il filo conduttore delle decisioni in quanto l'affezione e il sentimento di fiducia che il minore prova nei confronti del soggetto che si è preso cura di lui non dipendono solo da legami biologici e sono influenzati dal tempo trascorso insieme.

Nelle sentenze *Mennesson c/Francia* e *Labassée c/Francia*<sup>25</sup> è stato proposto un ulteriore passaggio interpretativo: l'art. 8 CEDU è stato applicato sia nei confronti della coppia dei genitori committenti che nei confronti dei minori. Si è affermato che la mancata trascrizione del certificato di nascita costituisce una sua violazione solo nei confronti di questi ultimi poiché, mentre la coppia committente si era posta volontariamente in una situazione illegale, i minori, senza riconoscimento, venivano posti in una situazione di incertezza giuridica che non permetteva loro di conoscere le proprie origini: la madre naturale aveva rinunciato a qualunque diritto su di loro e di

---

<sup>24</sup> Corte Edu, *Mennesson c/Francia*, 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, par. 100.

<sup>25</sup> Rispettivamente, ricorso n. 65192/11 e ricorso n. 65941/11, riunite per una trattazione congiunta con sentenza del 24 giugno 2014.

lei non erano rimasti documenti, mentre i genitori intenzionali che li avevano cresciuti non erano riconosciuti dallo Stato come tali. La criticità della situazione emerge con maggior chiarezza se si considera il tempo trascorso, nella vicenda Mennesson, tra la nascita delle minori e il provvedimento di trascrizione. La coppia chiese la trascrizione dell'atto di nascita delle minori nate nel 2000. Dopo alcune vicende giudiziarie, nel 2010 ancora non vi è un provvedimento che riconosca i genitori intenzionali come loro genitori.

Non solo, ma un mancato riconoscimento implica che il minore si possa considerare apolide. Essendo infatti la cittadinanza attribuita con riferimento a quella dei genitori, la mancata definizione di chi possa considerarsi tale implica che il minore non sia cittadino di alcuno Stato. Interviene quindi la protezione della "vita privata" intesa come ricerca delle proprie origini di cui la nazionalità rappresenta un elemento costitutivo.

L'art. 8 CEDU assicura il "rispetto della vita privata e familiare" dando per scontata la presenza di una famiglia senza statuire nulla circa un diritto a costituirlo. L'art. 12 CEDU statuisce in proposito che «l'uomo e la donna [...] hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi interne del loro paese». Non viene quindi configurato un diritto assoluto alla genitorialità che permetta di utilizzare qualunque mezzo per perseguire il desiderio di avere dei figli.

La nostra Costituzione si sofferma sui doveri, più che sui diritti, dei genitori senza far menzione di un diritto della coppia ad avere figli biologicamente propri. Tuttavia, proprio questa attenzione ai doveri dei genitori, secondo parte della dottrina, darebbe un riconoscimento giuridico implicito a tale diritto sul presupposto che «il diritto di costituire una famiglia e la conseguente tutela della filiazione non possono essere certo disgiunti dal loro presupposto di fatto: l'evento riproduttivo»<sup>26</sup>. La legge sulle adozioni offre una soluzione alle ipotesi di sterilità così come gli interventi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40/2004. Proprio attraverso uno di questi interventi, pronunciando la sentenza n. 162/2014<sup>27</sup> che ha eliminato il divieto di P.M.A. eterologa, la Consulta ha riaperto il dibattito dottrinale poiché potrebbe essere interpretata nel

---

<sup>26</sup> G. BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. famiglia*, 1997, p. 346-347.

<sup>27</sup> Corte Cost., 1° giugno 2014.

senso di definire un diritto ad avere figli propri supplendo a difficoltà fisiche. Si potrebbe ritenere che la scelta di come, quando e se procreare possa rientrare nel rispetto della libertà individuale sancito dall'art. 13 Cost. nonché nel diritto all'autodeterminazione per gli interventi che riguardano il proprio corpo sancito dall'art. 32 Cost. Tuttavia, questo diritto deve bilanciarsi con il principio dell'indisponibilità del proprio corpo per atti che causino una permanente menomazione, ledano la dignità o siano contrari al buon costume, alla legge e all'ordine pubblico.

Questo principio, di rilievo storico e costituzionale<sup>28</sup>, è posto a tutela dell'integrità del singolo. Nel caso della maternità surrogata impedisce alla donna che ha intenzione di mettere a disposizione il proprio utero di farvi ricorso in modo da evitare che situazioni di bisogno spingano i soggetti a "vendere" parti del loro corpo. Nella definizione che ne dà Bianca il «diritto all'integrità fisica» è un diritto assoluto, indisponibile e irrinunciabile che consiste nel «godimento del proprio organismo nella sua interezza e sanità naturale»<sup>29</sup>. Esso implica che, nel rispetto di alcuni limiti, sono ammessi atti di disposizione rispetto ai quali il consenso è stato liberamente prestato e può essere in ogni momento revocato. Sebbene si possa ritenere che, nel caso della maternità surrogata, la donna possa liberamente esprimere il suo consenso<sup>30</sup>, difficilmente si può ipotizzare il rispetto della seconda condizione, ovvero sia che esso possa in ogni momento essere revocato.

Non sono mancati casi di giurisprudenza in cui la madre portante ha, successivamente alla nascita del bambino, revocato il suo consenso a consegnarlo. Un primo caso,

---

<sup>28</sup> G. BALDINI, *ibidem* 1997, p. 362: «possono essere date soluzioni diverse, addirittura opposte, a seconda che il ragionamento muova da una concezione utilitaristico-individualista, volta a massimizzare la felicità propria, per la quale è la sola presenza del consenso del singolo a legittimare da sola ogni scelta, oppure muova da una concezione "personalistica" (che è poi quella ispiratrice della nostra Costituzione), qui condivisa, secondo la quale l'uomo, in quanto valore in sé e per sé, non può in alcun modo essere ridotto a strumento per la soddisfazione di esigenze individuali e collettive».

<sup>29</sup> Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 1, Milano, 1990, p. 159.

<sup>30</sup> D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. famiglia*, 1987, p. 1017: «Nel caso di contratto di maternità surrogata non può d'altra parte ritenersi operante l'istituto del consenso dell'avente diritto, che, in alcuni casi eccezionali (attività sportiva, attività chirurgica, donazione di organi tra vivi) permette al soggetto una parziale disponibilità del diritto all'integrità fisica. Non è ravvisabile infatti nessuna di quelle finalità che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela in alcuni casi implicitamente (fine curativo o estetico nell'attività chirurgica, interesse pubblico alla tutela dell'attività sportiva), in altri casi mediante apposita disciplina (finalità altruistiche nella donazione degli organi)».

trattato nel 1989<sup>31</sup>, riguarda una coppia italiana che si era rivolta ad un'immigrata algerina per portare a termine la gravidanza. Nata la bambina, la donna si rifiutò di consegnarla ai genitori intenzionali e, facendola vivere in condizioni di malnutrizione e precarietà igienica, la utilizzò per chiedere sempre maggiori somme. La questione si risolse con un provvedimento dell'autorità che tolse la bambina alla donna. Tuttavia, in nessun passaggio della sentenza si considera l'accordo di maternità come un contratto atipico.

Un secondo caso riguarda una bambina contesa tra le due madri<sup>32</sup>. La scelta del giudice fu qui guidata dall'interesse superiore della minore che fu affidata alle cure dei genitori intenzionali, considerati in grado di offrirle una vita migliore.

Alcuni dubbi sorgono anche con riferimento alla libertà del consenso in tutte quelle situazioni in cui vi è una forte disparità economica tra i genitori committenti e la madre surrogata.

Il riconoscimento di un generalizzato diritto alla procreazione potrebbe portare alla configurazione di una pretesa sociale del singolo nei confronti dello Stato. La predisposizione di mezzi statali per soddisfare un simile diritto è ammessa solo nell'ottica di un intervento medico per cui sarebbe più corretto parlare di una generale libertà nelle proprie scelte procreative<sup>33</sup> e di un diritto alla salute nel quale si ricomprendono anche i trattamenti sanitari di P.M.A.

In una visione "adulto-centrica", la maternità surrogata potrebbe anche rispettare i diritti e i principi sopra enunciati: rientra in un progetto familiare tutelato dagli artt. 8 e 12 CEDU e può considerarsi come un atto di autodeterminazione e di disposizione del proprio corpo della donna che si presta a tale pratica.

Nell'analisi degli interessi e dei diritti coinvolti un posto di rilievo deve essere assicurato all'interesse del minore per tutta la sua vita, soprattutto nel momento della stipula del contratto e del riconoscimento del legame di filiazione. Due interessi legati a doppio filo con la tutela del minore sono il pericolo della mercificazione e le difficoltà di ammettere un'esecuzione in forma specifica del contratto. Volendo aderire

---

<sup>31</sup> Trib. civ. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, I, 2, p. 296.

<sup>32</sup> *In re Baby M*, 109 New Jersey 396, 1988.

<sup>33</sup> Riconosciuta in negativo dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

ad una lettura contraria a tali contratti, il bambino viene così ridotto a oggetto di scambio in violazione di tutti i principi a tutela della dignità umana poiché l'accordo di maternità, così come qualunque altro contratto, soggiace alla possibilità che uno dei due genitori committenti cambi idea o alla possibilità di recesso. In entrambi i casi il minore nascerebbe solo per un interesse passeggero ed egoistico della coppia che poi non si assumerebbe l'onere della sua crescita ed educazione.

Un'ulteriore ipotesi che potrebbe verificarsi, ma che rientra perfettamente nella logica commerciale, è quella di un eventuale "vizio". Un caso del genere è stato trattato a Vancouver nel 2010<sup>34</sup>: una coppia, dopo aver scoperto che il feto, portato in grembo da un'altra donna, era affetto da sindrome di *Down*, aveva optato per l'aborto. Nonostante la madre portante si fosse rifiutata, fu comunque costretta a procedervi. Non sono rari i casi in cui vi siano delle clausole del contratto che obblighino la madre surrogata ad abortire indipendentemente dalla sua volontà, in contrasto non solo con il buon senso comune ma anche con il principio sancito dall'art. 32 Cost.

Tali vicende hanno reso necessario inserire, nei ragionamenti riguardanti il delicato tema della surrogazione, un criterio nuovo, flessibile ed adatto ad essere utilizzato come parametro per la lettura di situazioni complesse quali sono quelle che hanno ad oggetto l'attribuzione di diritti genitoriali. Il "*best interest of the child*" diviene criterio guida nelle decisioni dei giudici, le cui scelte sono spesso fondate sul principio di ragionevolezza che permette soluzioni più vicine alla realtà sostanziale anche se meno prevedibili sul piano giuridico.

#### **1.4 Le norme internazionali e la posizione della Corte EDU.**

La maternità surrogata può considerarsi come una soluzione alle ipotesi di sterilità o impossibilità fisica di avere figli e può farsi rientrare in un progetto familiare intrapreso dalla coppia che vi ricorre. Il diritto di costituire una famiglia è tutelato dall'art. 16<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Caso citato da R. MASTROIANNI IANNI nell'articolo *La surrogazione di maternità: una questione controversa*, sulla rivista *Tigor. A. VIII* (2015) n.1, p.112.

<sup>35</sup> Art. 16 Dichiarazione diritti dell'uomo: «1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato».

della Dichiarazione dei diritti dell'uomo che riconosce la famiglia come nucleo fondante della società rispetto alla quale gli Stati assumono un obbligo di protezione.

Tra le fonti internazionali particolare rilievo ha la Convenzione sui diritti dell'infanzia<sup>36</sup>. In primo luogo, l'art. 7, comma 1<sup>o</sup><sup>37</sup>, riconosce i genitori biologici come coloro che sono tenuti, salvo giustificati e comprovati motivi, a provvedere alla crescita del minore. Questo diritto è esplicitamente non assoluto e inerisce al soggetto che lo Stato qualifica come genitore: nella maggior parte dei sistemi giuridici tale qualità spetta alla madre surrogata.

Al fine di garantire una effettiva tutela alla famiglia così formata, il II comma del medesimo articolo sancisce il dovere degli Stati aderenti di vigilare affinché siano poste in essere le misure necessarie in conformità con la legislazione nazionale, soprattutto nel caso in cui il minore debba essere considerato apolide. Quest'ultima situazione si verifica tutte le volte in cui non viene riconosciuto il legame di filiazione con un bambino nato da maternità surrogata.

La maggior parte degli Stati aderenti considera il ricorso a tale pratica contrario all'ordine pubblico sul presupposto che il versamento del corrispettivo in denaro reifica il neonato e la donna che lo porta in grembo. L'art. 35 della Convenzione e il protocollo addizionale sono molto chiari in materia, sanzionando ogni transazione o scambio in cui sono coinvolti i minori. Questi documenti offrono una definizione particolarmente ampia della nozione di "vendita di minori", intesa come «qualsiasi atto o transazione che comporta il trasferimento di un bambino, di qualsiasi persona o gruppo di persone ad altra persona o ad altro gruppo dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio». Tale definizione si estende ad ogni tipo di transazione indipendentemente dal suo scopo e, pertanto, si ritiene applicabile anche alle ipotesi in cui si versa un compenso per ottenere diritti genitoriali. Sul divieto di trarre profitto dal corpo umano

---

<sup>36</sup> Convenzione ONU approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989.

<sup>37</sup> Art. 7 Convenzione sui diritti dell'infanzia: «1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi. 2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui, se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide».

e dalle sue parti si esprime anche la Convenzione di Oviedo del 1997, all'art. 21<sup>38</sup>, sancendo un principio che, seppur nato con riferimento all'attività biomedica, può essere esteso senza grandi difficoltà alle ipotesi di maternità surrogata.

Si potrebbe affermare che il contratto di maternità surrogata sia in contrasto, inoltre, con l'art. 20 della Convenzione ONU di New York dove si afferma che il bambino «temporaneamente o permanentemente privato del suo ambiente familiare [...] deve avere diritto ad una speciale protezione ed assistenza da parte dello Stato». La presunta violazione è da rintracciarsi nell'impossibilità per lo Stato di svolgere un adeguato controllo sulle sorti del bambino qualora il suo futuro sia determinato da un contratto privato. L'allontanamento del minore dalla famiglia biologica, senza l'intervento di una decisione giudiziale, lo priverebbe della protezione e dell'assistenza richiamate dall'articolo.

Il contratto di maternità surrogata appare illegittimo anche nella prospettiva dell'aspirante madre surrogata poiché lesivo di alcuni diritti fondamentali non suscettibili di limitazione. Innanzitutto, la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici tutela, all'art. 6<sup>39</sup>, il diritto alla vita che potrebbe essere minacciato da una gravidanza difficile e dalle decisioni mediche eventualmente prese dalla coppia committente. In secondo luogo, la stessa Convenzione, all'art. 7<sup>40</sup>, e la CEDU, all'art. 3<sup>41</sup>, proteggono il diritto dell'uomo a non essere sottoposto a trattamenti crudeli e mortificanti, quale potrebbe essere l'allontanamento dal figlio. Infine, un richiamo è doveroso all'art. 23<sup>42</sup> della Convenzione sui Diritti Civili e Politici che protegge la famiglia intesa come comunità comprensiva dei figli.

Sebbene le norme fin qui citate sembrino condannare *in toto* il ricorso alla maternità surrogata, la complessità del fenomeno rende necessario un contemperamento dei vari

---

<sup>38</sup> Art. 21 Convenzione di Oviedo: «Divieto del profitto. Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

<sup>39</sup> Art. 6, comma 1°, Convenzione internazionale diritti civili e politici: «Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve esser protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita».

<sup>40</sup> Art. 7 Convenzione diritti civili e politici: «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

<sup>41</sup> Art. 3 Cedu: «Proibizione della tortura. Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

<sup>42</sup> Art. 23, comma 1°, Convenzione diritti civili e politici: «La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato».

interessi impossibile da farsi *a priori*. L'applicazione formale dei principi si tradurrebbe, infatti, nella dissoluzione di un nucleo familiare che ha peculiari dinamiche interne perché formato dai legami affettivi che si creano tra i componenti. Basti considerare che l'affezione che un bambino prova per un soggetto che si è preso cura di lui non dipende dal fatto che sia suo genitore biologico.

Tutte le decisioni in materia devono essere guidate dal “*best interest of the child*” che richiede la preservazione del contesto familiare tutte le volte in cui la durata della convivenza con i genitori intenzionali abbia permesso la costituzione di un legame forte e di un ambiente familiare amorevole e rassicurante. In tali circostanze, l'allontanamento del minore rappresenterebbe un provvedimento sproporzionato rispetto ai danni psicologici che il bambino potrebbe subire.

Proprio sulla scia di queste considerazioni la Corte EDU è, nella maggior parte dei casi, propensa ad un riconoscimento del legame ormai formatosi tra i genitori committenti e il minore. La Corte fa ricorso all'art. 8 CEDU letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU<sup>43</sup> ponendo l'accento sul “*best interest*” del minore che, in questo caso, coinciderebbe con quello dei genitori committenti. In effetti le pronunce della Corte sottolineano come tra il momento della nascita e quello in cui si richiede la trascrizione dell'atto di nascita intercorra un lasso di tempo che si può considerare sufficiente per l'instaurazione di un rapporto significativo tra il minore e i presunti futuri genitori.

La dottrina in proposito evidenzia che «si tratta di una dimensione alla quale il diritto dovrà aprirsi, trovando un giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di essere coerente con i valori che esprime *ex ante* e quella di farsi carico dei fatti che non sempre nascono conformi al diritto e che si radicano nelle esperienze delle persone, generando aspettative che sarebbe disumano deludere del tutto»<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Art. 14 Cedu: «Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

<sup>44</sup> Così, A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 483 ss.

Fulgidi esempi di questo orientamento sono le cause *Mennesson c/Francia* e *Labassée c/Francia*<sup>45</sup>, poi riunite per una trattazione congiunta. In tali casi la Corte ha condannato lo Stato francese perché non aveva provveduto alla trascrizione dell'atto di nascita dei figli delle relative coppie. Queste ultime avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in uno Stato in cui era ammessa per realizzare un progetto genitoriale che si poteva considerare ormai maturo, dati i numerosi tentativi di fecondazione *in vitro* non riusciti. In entrambe le coppie solo la donna era affetta da sterilità per cui era stato utilizzato il materiale genetico del marito per procedere all'inseminazione artificiale. I figli quindi avevano un legame biologico con il padre intenzionale.

La legge francese prevede che gli atti formati all'estero siano validi se conformi alle previsioni interne. In questo caso, benché il *Code Civile* riconosca come cittadino francese il minore nato da almeno un genitore francese, il riconoscimento da parte del padre costituiva una violazione dell'art. 16-7<sup>46</sup> e quindi una violazione dell'ordine pubblico, a norma dell'art. 16-9.

Nonostante ciò, i figli potevano essere considerati tali a norma degli artt. 320 e 321, che in Francia statuiscono, così come in Italia, che lo *status* di figlio può essere acquisito mediante "possesso di stato". Era notorio che le coppie si occupassero come genitori dei minori per cui i ricorrenti sottolineavano come la trascrizione dell'atto di nascita fosse necessaria al fine di coniugare realtà giuridica e realtà sostanziale. La corte francese di primo grado era propensa però a ritenere che anche il possesso di stato, per costituire presunzione giuridica, dovesse essere esente da vizi<sup>47</sup>. Nel caso di specie il contratto di maternità surrogata era affetto da nullità assoluta per la legge francese ed era quindi inidoneo a produrre effetti.

---

<sup>45</sup> Trattate congiuntamente e divenute definitive il 26 settembre 2014.

<sup>46</sup> Art. 16-7 *Code Civile*: «*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*».

<sup>47</sup> Dalla sentenza: «*(...) Il n'est pas contesté que Monsieur et Madame Labassee traitent Juliette Labassee depuis sa naissance comme leur enfant et pourvoient à son éducation et son entretien. Cependant, la possession d'état doit, pour pouvoir constituer une présomption légale, permettant d'établir la filiation, être également exempte de vice*».

Tali vicende giuridiche hanno destato particolare interesse spingendo alla revisione delle leggi di bioetica. Analizzando la situazione giuridica del nascituro si è proposta<sup>48</sup>, soprattutto in Francia, una scissione tra il destino del minore e della famiglia cui appartiene e quello del contratto. Una delle soluzioni proposte prevedeva la possibilità per la madre intenzionale di procedere all'adozione del figlio del marito. In questo modo era assicurato il controllo del tribunale sulla convenienza di una tale operazione per il minore. Non mancava però chi evidenziava alcune incongruenze e disparità sociali poiché, ad esempio, a tale soluzione non si potrebbe approdare nel caso in cui la coppia non sia sposata.

Con riferimento ai casi Labassée e Mennesson, i ricorrenti suggerivano di considerare i figli come nati dalla donazione di gameti dato che in entrambe le fattispecie il legame genetico risulterebbe con uno solo dei genitori. Tuttavia, si evidenziava come le situazioni considerate non sono sovrapponibili. Nel caso della maternità surrogata, l'atto della madre portante è un atto di disposizione del proprio corpo e non di parte di esso come per la donazione. In più quest'ultima pratica è improntata all'anonimato e alla gratuità. Sebbene quest'ultimo carattere non sempre si ritrovi nella gestazione per conto altrui e tuttavia non sia ad essa antitetico, lo stesso non si può dire per il carattere dell'anonimato che invece è incompatibile con la fattispecie in esame.

Esaurite le vie di ricorso interno, le parti decidevano di fare appello alla Corte dei diritti dell'uomo. La Corte EDU preferiva ricorrere a soluzioni pratiche che permettessero di evitare riconoscimenti ad effetti parziali e costruiva il suo ragionamento sulla durata della convivenza intercorsa tra i minori e la coppia di genitori committenti. Nel caso Mennesson c/Francia la vicenda giudiziaria si era protratta per più di dieci anni per cui i giudici della Corte di Strasburgo avevano ritenuto eccessivamente traumatico per le minori la separazione dai genitori intenzionali.

Nonostante il protrarsi della convivenza sia il *fil rouge* delle decisioni della Corte, in nessuna delle sentenze viene definito un criterio per individuare il *quantum* di tempo necessario affinché si crei un rapporto stabile e duraturo che impedisca di allontanare il bambino dalla coppia di genitori. Proprio questo punto rappresenta un elemento di

---

<sup>48</sup> Così, la Corte Edu nella sentenza Labassée c/Francia. Tale soluzione di ritrova in uno studio sulla revisione delle leggi di bioetica adottata dal Consiglio di Stato francese in assemblea plenaria il 9 aprile 2009.

criticità nella decisione Paradiso e Campanelli c/Italia<sup>49</sup>: nonostante la Corte avesse, in un primo tempo, considerato sei mesi come un lasso di tempo ragionevolmente sufficiente, in sede di impugnazione, la Grande Camera ha poi sovvertito la decisione concordando con quella dei tribunali italiani.

In un primo momento, appellandosi alla protezione della vita privata e familiare, come sancito dall'art. 8 CEDU, i giudici della Corte di Strasburgo avevano ritenuto che il breve termine di sei mesi, più un periodo di due mesi trascorso dalla madre con il minore nato da maternità surrogata in Russia, fosse comunque sufficiente ad instaurare un rapporto significativo che non giustificasse ingerenze. Il provvedimento italiano era stato infatti giudicato eccedente il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri in quanto l'allontanamento era avvenuto senza che vi fossero comprovate situazioni di grave pericolo, quali abusi o violenze e senza che fosse mitigato dalla previsione di modalità di visita.

La controversia sorgeva in seguito all'informazione fornita dal consolato russo alle autorità italiane circa l'alterazione di stato commessa dai coniugi Paradiso e Campanelli. Immediatamente era stata avviata una procedura interna che ha portato all'allontanamento del minore. I coniugi ricorrevano al tribunale sottolineando che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata dopo che la donna si era sottoposta a ripetuti interventi di inseminazione artificiale non riusciti e dopo che avevano fatto domanda di adozione risultando idonei. Il ricorso a tale pratica quindi avveniva in seguito ad anni di tentativi, coronava un progetto genitoriale ormai maturo e non vi erano dubbi circa la loro idoneità ad essere genitori. Proprio questo "progetto" veniva contestato dal Governo, che definiva la scelta della maternità surrogata come il soddisfacimento di un desiderio esclusivamente egoistico e narcisistico della coppia che sfugge al principio solidaristico che invece dovrebbe essere alla base della formazione della famiglia.

Per dimostrare la non contrarietà della pratica alla legge russa che richiede il legame biologico con almeno uno dei genitori, la ricorrente sosteneva di essersi recata di persona in Russia con il materiale biologico del marito e di averlo poi depositato presso la clinica dove si era provveduto all'inseminazione *in vitro* con ovuli di una donatrice.

---

<sup>49</sup> Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12.

In aggiunta a ciò, i coniugi evidenziavano come l'atto di nascita fosse stato formato in conformità alla legge russa in quanto la madre surrogata aveva accettato di rinunciare a qualunque diritto sul minore e aveva reso una dichiarazione davanti al medico, ai due coniugi e al personale sanitario con cui permetteva che l'atto di nascita fosse formato con i nomi dei signori Campanelli e Paradiso. In seguito allo svolgimento di alcune analisi e del *test* del DNA tuttavia emergeva che il minore non aveva alcun legame biologico con il marito della coppia e quindi la pratica, secondo il governo, non sarebbe lecita in Russia.

Il tribunale in primo grado decideva per l'allontanamento del minore e il suo collocamento presso una famiglia affidataria. Contro tale provvedimento, i ricorrenti proponevano appello ma la sentenza di secondo grado riconosceva la bontà di tale soluzione e non solo confermava l'allontanamento ma statuiva la necessità che il bambino cambiasse identità per non permettere nessun ulteriore contatto tra i genitori intenzionali e il minore. L'accoglimento di questa richiesta, avanzata dal tutore, sollevava alcuni profili problematici con riguardo al tempo necessario per provvedervi poiché il bambino è rimasto senza un'identità definita per due anni.

Esaurite le vie di ricorso interno, i coniugi facevano ricorso alla Corte EDU. Riconoscendo il progetto familiare, gli sforzi fatti dai coniugi, il benessere del minore e la relazione ormai instauratasi tra gli adulti e quest'ultimo, che aveva trascorso con essi i momenti essenziali della prima infanzia, la Corte dei diritti dell'uomo aveva valorizzato il diritto dei coniugi a mantenere un rapporto significativo con il minore, condannando l'operato dei giudici italiani.

Al superiore interesse del bambino si affida quindi il compito di scavalcare i limiti biologici e naturali affermando che "genitori" sono coloro che si impegnano a crescere ed educare il minore nel rispetto di quei doveri statuiti nell'art. 147 del c.c. e consacrati nella Costituzione. L'ordinamento deve tutelare non più il *favor veritatis* ma il *favor affectionis* considerando lo *status* di figlio come «uno strumento inclusivo nel sistema e capace di dare certezza alle relazioni senza apriorismi formali e pregiudiziali etico-religiose o razziali»<sup>50</sup>. Sul punto C. Mazzù osserva come l'ottica del diritto si capovolge a favore «dell'elemento affettivo, che diventa un velo avvolgente la realtà

---

<sup>50</sup> C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2012, p. 15.

storica e attenua il valore della ricerca del dato biologico, fino a giustificarne la quasi totale obliterazione»<sup>51</sup>.

Tali considerazioni superano ciò che in tema di filiazione si era in passato affermato ossia che il legame protetto dall'art. 8 CEDU sia solo quello creato dalla nascita.

In merito alla pronuncia non mancano pareri discordanti che hanno portato ad una revisione della decisione da parte della Grande Camera con sentenza definitiva del 24 gennaio 2017. Considerando la relazione familiare come quel rapporto interpersonale che si crea non solo tra i due soggetti della coppia ma tra di essi e il minore, bisogna sottolineare come siano necessari una serie di elementi, tra cui il tempo trascorso insieme, la qualità delle relazioni e il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del minore, che non possono essersi realizzati nel breve termine di sei mesi di convivenza.

Come segnalato nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, l'art. 8 CEDU non può essere elevato a principio che permetta la protezione di situazioni di fatto, prive di rapporti biologici, instauratesi a seguito di atti illegali. Certo è che l'interesse del minore deve essere il criterio guida nella valutazione della proporzionalità dei mezzi utilizzati dallo Stato per far fronte a tale circostanza ma non si può ergere a valore tiranno o, nella peggiore delle ipotesi, a grimaldello utilizzato dai genitori intenzionali per giustificare ogni progetto genitoriale. Diverso è il caso in cui il tempo passato con la coppia affidataria sia oggettivamente rilevante per l'istaurazione di un rapporto significativo come nel caso *Moretti e Benedetti c/ Italia*<sup>52</sup> in cui la minore, affidata temporaneamente ad una coppia, vi trascorre diciannove mesi prima del provvedimento di adozione da parte di altri soggetti. In questo caso il tempo trascorso dalla neonata con la famiglia affidataria è stato oggettivamente considerato come sufficiente alla creazione di un rapporto familiare.

Sulla scia dei pareri discordi dei giudici summenzionati della pronuncia *Paradiso e Campanelli c/Italia*, la Grande Camera si è pronunciata imperniando la decisione sulla distinzione tra vita familiare e vita privata. L'art. 8 CEDU, si legge nella motivazione della sentenza, è posto a protezione della vita privata del singolo ma non configura un diritto ad avere una famiglia a tutti i costi né ad adottare. I ricorrenti affermavano che

---

<sup>51</sup> C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, p. 30.

<sup>52</sup> Corte Edu, 27 aprile 2010, ricorso n. 16318/07.

la violazione di tale articolo consisteva nell'interruzione della vita familiare considerata come il loro rapporto con il minore e, per dimostrare la loro idoneità genitoriale, allegavano al fascicolo del ricorso la perizia di una psicologa che attestava il benessere psico-fisico del bambino nonché il clima di amore e cura che lo circondava. Dunque, benché fosse stata accertata l'assenza di qualunque legame biologico del minore con il padre, non di meno bisognava aprioristicamente escludere la sussistenza di un rapporto familiare.

Le considerazioni della Grande Camera innanzitutto contestavano che la giurisprudenza citata dai ricorrenti si adattasse al caso concreto in quanto la causa in oggetto non riguardava il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita quanto la sproporzione dei provvedimenti adottati. La Camera aveva riconosciuto l'applicabilità dell'art. 8 CEDU mentre il governo lamentava l'inesistenza di una vita familiare che lo giustificasse. Richiamando precedente giurisprudenza<sup>53</sup>, la Corte sottolineava come per "vita familiare" si dovesse intendere non solo quella fondata sul matrimonio ma qualsiasi situazione *de facto* che avesse i caratteri della stabilità. Tale definizione era stata criticata per la sua vaghezza da alcuni giudici del collegio che avevano evidenziato come fosse necessario procedere all'analisi della qualità dei legami, del ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e della durata della loro convivenza.

In primo luogo, la Corte affermava che il ruolo rivestito dalla coppia era sicuramente di tipo genitoriale così come attestato anche dalle perizie psicologiche.

La durata della convivenza, relativamente breve, doveva essere analizzata nell'ottica della qualità del legame. Era infatti superiore ai due mesi che hanno comunque permesso di definire come "vita familiare" nel caso D. e altri c/Belgio<sup>54</sup>, tuttavia era sorta in seguito ad un comportamento illegale della coppia.

Più che imputare la brevità del rapporto ai provvedimenti delle autorità italiane, la Grande Camera propendeva per considerare gli atti dei ricorrenti come fonte della

---

<sup>53</sup> Corte Edu, Kroon e altri c/Paesi Bassi, 27 ottobre 1994, ricorso n. 18535/91; Corte Edu, Johnson e altri c/Irlanda, 26 maggio 1986, ricorso n. 9697/82; Corte Edu, X e Y e Z c/Regno Unito, 22 aprile 1997, ricorso n. 21830/93.

<sup>54</sup> Corte Edu, 8 luglio 2014, ricorso n. 29176/13: la coppia si è separata dopo due mesi dal ricorso alla maternità surrogata.

incertezza della situazione creatasi. In considerazione della mancanza di legami biologici, della breve durata della relazione, dell'incertezza dei rapporti dal punto di vista giuridico la Corte concludeva che non esisteva una vita familiare. Tuttavia, la stessa rammentava che l'art. 8 CEDU permetteva la protezione della vita privata, la cui definizione spazia dalla conservazione dell'integrità psico-fisica alla possibilità di intraprendere rapporti personali con altri soggetti anche esterni alla propria famiglia<sup>55</sup> nonché il diritto al rispetto della decisione di diventare o meno genitori. La Commissione, anni prima, aveva risposto in senso affermativo nella causa X. c/ Svizzera<sup>56</sup> con una pronuncia del 10 luglio 1978 condannando i provvedimenti dello Stato svizzero volti ad allontanare il minore dalla persona alla quale era stato affidato perché i genitori lo volevano riprendere con sé dopo un considerevole lasso di tempo. Nel caso di specie l'art. 8 CEDU risultava applicabile nella sua accezione di protezione delle decisioni strettamente personali dei singoli, quale quella di diventare genitori.

Con questa motivazione la Grande Camera sposta l'accento dalla protezione della vita familiare, che non si considera sussistere tra la coppia e il minore, a quella privata dei ricorrenti. Le ingerenze sarebbero quindi ammesse solo se previste dalla legge, messe in atto per uno scopo legittimo e necessarie in una società democratica.

Perché una misura sia prevista dalla legge non è sufficiente che abbia una base giuridica nel diritto interno ma è necessario che la legge che la prevede sia accessibile ed i suoi effetti prevedibili. La Grande Camera riteneva che sotto questo aspetto la legge italiana e la Convenzione dell'Aja fossero chiare: la maternità è attribuita alla partoriente e, *ex art. 5* della Convenzione, l'unico effetto del documento apostillato è quello di accertare l'autenticità della firma. Le autorità italiane operavano correttamente quando contestarono la correttezza del certificato di nascita. Non solo, ma la legge n. 184/1983<sup>57</sup> sulle adozioni riconosce in "stato di abbandono", e quindi adottabile, il minore privo dei genitori biologici, come nel caso di specie. Per queste

---

<sup>55</sup> Corte Edu, Niemietz c/Germania, 16 dicembre 1992, ricorso n. 13710/88.

<sup>56</sup> Decisione n. 8257/78 della Commissione richiamata al par. 162 della sentenza della Grande Camera Paradiso e Campanelli c/Italia.

<sup>57</sup> Art. 8, comma 1°, l. n. 183/1984: «Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio».

circostanze la Grande Camera riteneva che l'applicazione di una tale misura fosse prevedibile.

Sulla legittimità dello scopo, il Governo era fermo nel sostenere che tali misure fossero assolutamente necessarie per la protezione del minore, mentre i ricorrenti contestavano che servissero alla tutela dei diritti e libertà del minore. La Grande Camera concordava con il Governo riaffermando la competenza esclusiva dello Stato al riconoscimento di un legame di filiazione.

La decisione di allontanare il minore risultava quindi conforme ai primi due criteri ma dubbi si pongono circa la sua "pertinenza e sufficienza" ai fini della protezione *ex* § 2, art. 8 CEDU. La nozione di "necessità" implica che «l'ingerenza corrisponda ad un bisogno sociale imperioso»<sup>58</sup>: quando la situazione non incontra una linea giurisprudenziale unitaria in Europa e coinvolge questioni morali ed etiche di particolare valore per la vita del singolo, il margine di apprezzamento degli Stati è relativamente ampio.

Le motivazioni addotte dalle autorità interne si fondavano su due profili: innanzitutto prendevano in considerazione il comportamento illecito dei coniugi e, in secondo luogo, si concentravano sull'urgenza di provvedere dato lo stato di abbandono del minore e la tenera età dello stesso. Proprio facendo leva su quest'ultimo dato, il Tribunale per i minorenni aveva ritenuto di poter non aderire alle conclusioni del perito psicologo che aveva evidenziato come un'eventuale separazione sarebbe risultata dannosa per lo sviluppo psicologico del bambino. La Grande Camera riteneva che le misure fossero sufficienti in quanto la causa non andava esaminata nell'ottica del mantenimento del rapporto con il minore quanto piuttosto secondo il diritto della coppia a veder rispettata la propria vita privata.

Il richiamo allo stato di abbandono non convinceva però parte dei giudici che espressero in merito un parere discordante, tacciando il ragionamento di eccessivo formalismo. Sebbene la legge parli di "stato di abbandono" per identificare un minore privo dei suoi genitori, alla definizione seguono poi due precisazioni: si deve trattare di abbandono "morale e materiale". Per i giudici dissenzienti, nel caso di specie, sussisteva solo la prima condizione ovverosia il bambino era privo dei suoi genitori

---

<sup>58</sup> Corte Edu, Paradiso e Campanelli c/Italia, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, par. 71.

biologici, ma non la seconda. Come emergeva dai rapporti che erano stati allegati al fascicolo, il minore cresceva in salute ed in linea con la sua età nonché circondato dall'affetto di tutti i componenti della famiglia. La difficoltà di trovare una soluzione era insita nella necessità di bilanciare opposti interessi: quello del minore che in questo caso sarebbe cresciuto “come se” i coniugi Paradiso e Campanelli fossero i suoi genitori e quello alla legalità, che imponeva di non tollerare la modalità con cui questa vita familiare si era creata.

È al criterio della proporzionalità che si ha riguardo per valutare il corretto contemperamento degli interessi in gioco: quelli del minore e quelli dei ricorrenti. Come già esposto precedentemente, il Tribunale non aveva ritenuto che l'allontanamento in tenera età e dopo un rapporto così breve potesse danneggiare il bambino. Con riguardo agli interessi dei genitori committenti, invece, si sollevava qualche perplessità in quanto nessun elemento del fascicolo confermava la loro affermazione che il materiale genetico del ricorrente fosse stato consegnato alla clinica. In più i giudici sottolineavano come i ricorrenti avessero a più riprese modificato la versione nonché scelto liberamente di violare le norme sull'adozione internazionale conducendo in Italia un minore con atto di nascita falso. Il Tribunale finiva per concludere che questi comportamenti «gettavano un cono d'ombra»<sup>59</sup> sulla loro idoneità ad educare. La Corte concludeva che, anche rispetto a questo parametro, la decisione risultava conforme a diritto.

Pur non sottovalutando l'impatto che una tale separazione ha sulla vita dei soggetti coinvolti l'allontanamento era considerato il provvedimento che meglio permetteva di far fronte ad una tale situazione. Lasciare il minore presso i genitori committenti in attesa di una futura adozione equivarrebbe a legalizzare la violazione di importanti norme di diritto italiano.

Nel loro parere concorde alla sentenza i giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Devov sottolineavano come l'art. 8 debba essere letto in combinato disposto con l'art. 12 CEDU che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia e l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il tutto va

---

<sup>59</sup> Corte Edu, Grande camera, Paradiso e Campanelli c/Italia, del 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, par. 207.

interpretato alla luce dell'art. 23 del Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici che riconosce la famiglia come “nucleo naturale e fondamentale della società” che ha diritto ad essere protetta. Si mette in luce, quindi, come oggetto di causa non è né la protezione della vita familiare né la decisione personale dei coniugi di divenire genitori quanto la modalità con cui hanno pensato di realizzare tale loro desiderio.

La posizione della Corte EDU non è tuttavia consolidata data la criticità del tema che viene affrontato in queste decisioni. Il *fil rouge* delle sue decisioni è la valutazione della situazione *de facto* in modo da procedere ad un bilanciamento tra la legge e la realtà.

La Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja, impegnata su questo fronte, ha avviato, nel 2010, una ricerca sugli sviluppi comparati della disciplina della maternità surrogata, nell'ambito del diritto interno e del diritto internazionale privato, diretta all'ideazione di una normativa internazionale, comune a tutti gli Stati, che contenga previsioni in materia di tutela del minore e attribuzione della genitorialità, e possa costituire il punto di riferimento in situazioni come quelle summenzionate in cui vi sono contrasti normativi.