



UNIVERSITÀ TELEMATICA PEGASO

Corso di laurea in

Giurisprudenza LMG-01

Insegnamento di

Diritto privato comparato

Il contratto di maternità surrogata: un'analisi comparata della normativa italiana e internazionale

Anno Accademico

2015/2016

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO 1	7
La surrogazione di maternità: profili etici e normativi	
1.1 L'Unione Europea e il principio dell'interesse superiore del minore	7
1.2 Definizione	10
1.3 Profilo	14
1.4 La legge 40/2004	18
CAPITOLO 2	24
Natura giuridica degli accordi di maternità surrogata	
2.1 Il principio della maternità naturale e lo stato giuridico del figlio	24
2.2 Nullità del contratto e illiceità della causa	29
2.3 Maternità, paternità e affidamento del figlio	37
2.4 L'ordine pubblico	39
2.5 Buon costume : la questione della restituzione e della <i>soluti retentio</i>	45
CAPITOLO 3	47
L' orientamento della giurisprudenza in tema di maternità surrogata	
3.1 La sentenza Paradiso e Campanelli: i fatti	47
3.2 la nozione di vita familiare	53
3.3 Il <i>best interest</i> del minore e l'ordine pubblico	58
3.4 la sentenza Mennesson/Labassee	61
3.5 la maternità surrogata nella Corte di giustizia europea: un caso particolare	66
CAPITOLO 4	71
La maternità surrogata: il panorama internazionale	

4.1 La maternità surrogata in Europa	71
4.2 Il Regno Unito	78
4.3 Gli Stati Uniti	81
4.4 L'Ucraina	87
4.5 Un caso pratico di maternità surrogata all'estero	89
CONCLUSIONI	96
BIBLIOGRAFIA	99
ALTRE FONTI	106
Tabella 1	77
Tabella 1.1	78

INTRODUZIONE

Il divieto imposto dalla legge 40/2004 di ricorrere alla maternità surrogata non ha impedito alle coppie, desiderose ma impossibilitate ad avere un figlio, di ricorrere al turismo procreativo emigrando in altri paesi. La legge, oltre a stabilire il divieto, considera la pratica in questione come un reato e punisce pesantemente chi ne fa ricorso. Quello della maternità surrogata è un fenomeno in crescita che trova la sua realizzazione in paesi europei ed extraeuropei.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di mostrare, attraverso il confronto internazionale e le differenti decisioni giurisprudenziali, come la non omogeneità legislativa tra paesi, il divieto imposto dalla legge 40, la discrasia tra le norme, la prassi e le decisioni dei giudici alimentano un fenomeno che sfugge alle logiche nazionali e che contribuisce a creare un mercato deviato.

In particolare, nel primo capitolo si analizzerà la maternità surrogata alla luce della diversità di posizioni nell'Unione Europea e quindi della mancanza di una regolamentazione unitaria che pone l'accento sul ruolo e sulle competenze dei diversi attori europei coinvolti nelle decisioni inerenti al suddetto tema. Con l'introduzione di nuove tecniche come la procreazione assistita o l'eugenetica, il concetto tradizionale di famiglia si è radicalmente trasformato andando a gravare sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario. In questo contesto, un ruolo preminente è stato assunto dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo le cui decisioni dettano spesso le linee guida verso cui si muovono gli interventi delle istituzioni nazionali. Inoltre, al centro del capitolo vi sarà una descrizione precisa delle varie forme di maternità surrogata e delle implicazioni che esse comportano.

Altro punto cruciale, a cui seguirà la dissertazione relativa all'impianto restrittivo della legge 40, si rivelerà il rapporto tra il divieto imposto dalla normativa italiana e il diritto alla

vita privata e familiare con riferimento alla libertà di autodeterminazione nelle scelte procreative, riscontrabile negli artt. 2, 3, 13, 28 e 31 della Costituzione.

Il secondo capitolo verterà sulla descrizione della fattispecie in relazione ai profili civili e penali che si presentano nei casi di maternità surrogata conclusa all'estero. Molto importante sembra essere l'attribuzione della maternità in base all'art.269 c.c che ha influenzato in modo particolare la giurisprudenza in materia. Dopo aver analizzato alcune sentenze, si passerà a indagare le motivazioni che rendono nullo un contratto di maternità surrogata. Grande attenzione si riserverà, inoltre, al ruolo della madre, del padre e allo status del figlio. Nelle diverse decisioni, i giudici, sempre in relazione al *best interest* hanno evidenziato la difficoltà, come si sosteneva sopra, ad attribuire la maternità alla donna che non ha partorito il figlio.

In ultimo si vaglieranno le diverse posizioni della giurisprudenza determinate dalla contrarietà di un contratto di maternità surrogata all'ordine pubblico e al buon costume.

L'importanza assunta dalla Corte Edu in materia di surrogazione non può non essere evidenziata nel presente lavoro. A tal fine, al centro del terzo capitolo vi saranno le sentenze che hanno creato dei precedenti importanti in questo ambito. La sentenza Paradiso-Campanelli, ad esempio, ha condannato l'Italia per aver violato l'art.8 della Cedu in quanto si è ritenuto che le autorità pubbliche italiane non avessero operato un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco soprattutto relativamente a quelli del bambino in questione. Oltre alle sentenze della Corte Edu, si ricordano i casi Mennesson e Labassee, si ritiene importante comprendere il ruolo della Corte di giustizia Europea anche attraverso l'analisi di una particolare sentenza concernente le fasi successive alla nascita e le problematiche che si riscontrano quando si ha un figlio nato da surrogazione.

Il divieto vigente in Italia non implica certamente l'abbandono da parte delle coppie di un progetto familiare. Molte di queste si recano all'estero dove le norme sono meno restrittive di quelle italiane. Tale anomalia conduce la presente analisi ad approfondire (quarto capitolo) la legislazione di quei paesi (rivolgendo l'attenzione anche al resto d'Europa) che in questa

trattazione sono stati posti in contrasto alla normativa italiana. Ci si riferisce al Regno Unito, agli Stati Uniti e all'Ucraina. Ed è proprio a proposito di questo Paese che si riporterà un caso concreto di maternità surrogata.

CAPITOLO 1

Il profilo normativo della surrogazione di maternità

**Sommario: 1.1 L'Unione Europea e il principio dell'interesse superiore del minore 1.2 Definizione
1.3 Profilo costituzionale; 1.4 La legge 40/2004**

1.1 L'Unione Europea e il principio dell'interesse superiore del minore

La diversità di posizioni nell'Unione Europea in materia di maternità surrogata e quindi la mancanza di una regolamentazione unitaria pone l'accento sul ruolo e sulle competenze dei diversi attori europei coinvolti nelle decisioni inerenti il suddetto tema. Con l'introduzione di nuove tecniche come la procreazione assistita o l'eugenetica, il diritto di famiglia ha perso la sua funzione di modello ordinante. Di conseguenza la giurisprudenza si è trovata a tutelare i nuovi fenomeni attraverso interpretazioni evolutive e innovatrici¹. Inoltre, le trasformazioni che hanno interessato il concetto tradizionale di famiglia hanno posto l'attenzione sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

La ripartizione e l'esercizio delle competenze dell'Unione si basano sui principi di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità². Nonostante l'enunciazione di questi

¹ Per un approfondimento Cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte prima, pp. 763-768. Nota a sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2014, C-167/12 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0167&rid=1>; e ancora C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516.

² Così come riportato su <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/competences.html?locale=it>: « Il trattato di Lisbona chiarisce la ripartizione delle competenze tra l'Unione europea (UE) e i suoi paesi. Oltre ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, sussiste anche il principio di attribuzione [articolo 5 del trattato sull'Unione europea (TUE)]. Secondo tale principio, l'Unione europea agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite nei trattati dell'UE. Queste competenze sono definite negli articoli da 2 a 6 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). »

principi è difficile stabilire una specifica competenza dell'Unione in materia di diritto di famiglia che non emerge nemmeno dai Trattati istitutivi o dal più recente Trattato di Lisbona. Seguendo il ragionamento di Pera³, a partire dagli anni '90 l'Unione Europea ha iniziato a mostrare interesse nei confronti dei rapporti familiari che in qualche modo incidono sulle libertà economiche, ferma restando l'importanza che i Trattati di Amsterdam, Maastricht e di Lisbona hanno attribuito alla cooperazione giudiziaria con implicazioni transnazionali in materia civile riguardanti la libertà, la giustizia comune e la sicurezza. Il Trattato di Lisbona prevede che le misure funzionali alla realizzazione di questi principi che incidono sul diritto di famiglia seguano un *iter* legislativo complesso subordinato all'approvazione unanime del Consiglio, a un parere preventivo del Parlamento europeo e a un potere di veto dei Parlamenti nazionali. In tal modo si attua l'articolo 61 del Trattato⁴ nel rispetto delle tradizioni giuridiche, culturali e religiose degli Stati membri. In questo scambio difficile di competenze un ruolo preminente è stato assunto dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo le cui decisioni dettano spesso le linee guida verso cui si muovono gli interventi delle istituzioni nazionali.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) è estremamente rilevante nel sistema delle fonti soprattutto per effetto dell'adesione alla convenzione stessa da parte dell'Unione Europea sancita, dopo il trattato di Lisbona, dall'art.6 comma 2⁵ del Trattato sull'Unione Europea⁶. Prima di dicembre del 2009, la CEDU entrava nell'ordinamento dell'Unione solo attraverso l'attività ermeneutica e creativa della corte di giustizia, in

³ Pera A.(2012) *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, Giappichelli Editore, pp. 30-38;

⁴ http://leg16.camera.it/398?europa_estero=53 L'articolo 61 D del TFUE, anch'esso introdotto dal Trattato di Lisbona, dispone che i Parlamenti nazionali siano informati dei lavori che si svolgono nel comitato permanente, istituito all'interno del Consiglio, per la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁵ «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.»

⁶ Vizzoni L. (2015) *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in www.juscivile.it;

quanto principio generale di diritto. Una volta che la Carta ha assunto carattere giuridico vincolante ed è stata impiegata come principale parametro di costituzionalità è accaduto che il diritto rilevante nei casi trattati sia derivato sostanzialmente da tale fonte e dalla giurisprudenza sviluppatasi in relazione ad essa⁷.

La rilevanza della Carta emerge ad esempio in due sentenze, *Labassee c. Francia* e *Mennesson c. Francia* (26 giugno 2014), in cui la Corte si è trovata a dover verificare la sussistenza di una illegittima intrusione nella vita privata e familiare – come tale vietata dall’art. 8 CEDU – in seguito al rifiuto della Corte di Cassazione francese di registrare l’atto di filiazione di due coppie di coniugi, che a causa della sterilità delle rispettive consorti, sono ricorse entrambe alla gestazione per sostituzione (con ovociti non appartenenti alla madre surrogata) negli Stati Uniti utilizzando il gamete maschile dei committenti. In entrambi questi casi, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento al principio del *best interest* del minore, condannando la Francia alla trascrizione sui registri di stato civile dell’atto di nascita rilasciato negli Stati Uniti dove i coniugi committenti risultano padre e madre dei bambini. Nel ragionamento che la Corte ha sviluppato in queste due sentenze, la nozione d’identità risulta centrale al fine di giustificare una restrizione del margine di azione dello Stato in materia di gestazione per sostituzione⁸.

Bisogna quindi ribadire che in nessuna sentenza la Corte si pronuncia in astratto sulla legittimità o meno di un eventuale divieto interno circa la possibilità di accedere ad una maternità per sostituzione. Al contrario, interviene sulla modalità attraverso cui i singoli

⁷ Amalfitano C. (2016) *Il rilievo della CEDU in seno all’Unione Europea ex art.6 TUE*, in *La Carta dei diritti dell’ Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, (a cura di) D’Andrea L., Moschella G., Ruggeri A., Saitta A., Torino, Giappichelli Editore;

⁸ Casalini B., *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, Anno V, Numero 9/Giugno 2015 pp.30-31;

Stati aderenti sono chiamati a comportarsi di fronte al riconoscimento di legami familiari fra coppie committenti e figli nati dalla sostituzione di maternità⁹.

Il tema della maternità surrogata è stato affrontato dal Parlamento europeo dapprima attraverso la « Risoluzione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica» del 1988 e più recentemente nel Rapporto annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del dicembre 2015¹⁰. In entrambi i casi il Parlamento sembra aver voluto respingere ogni pratica di maternità su commissione punendone (nel caso specifico del 1988) soprattutto il commercio¹¹. La stessa Carta Diritti UE, all'art.3, afferma il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro».

1.2 Definizione

Questa forma di maternità è particolarmente avversata, ma allo stesso tempo costituisce una delle poche possibilità che una donna, sterile o malata, può sfruttare per legare geneticamente un bambino a lei o al proprio marito/compagno. Per comprendere quanto la surrogazione possa stravolgere il principio tradizionalmente riconosciuto *mater semper certa est* (con il quale si identifica la madre con colei che partorisce) è necessario definire anche tecnicamente la maternità surrogata e le diverse possibilità che la scienza offre ai genitori committenti.

Si definisce maternità per sostituzione o maternità surrogata la maternità di una donna che si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per altra donna¹². La maternità surrogata rientra nel più ampio concetto di procreazione

⁹ De Marinis G.B, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della corte edu*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 287-312.

¹⁰ <http://www.documentazione.info/il-parlamento-ue-boccia-lutero-in-affitto-e-la-maternita-surrogata>

¹¹ Carcano D.(2010), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffré Editore, p.1424;

¹² Rapporto Wornock 1984 cit. in Corti I. (2012), *Maternità per sostituzione in Trattato di biodiritto*, Zatti, Rodotà et al. (a cura di), Milano, Giuffré Editore, p. 1478.

medicalmente assistita (PMA)¹³ cioè l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all'interno (fecondazione artificiale intracorporea o in vivo) o al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o in vitro o ancora in provetta) delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa). Tra le tecniche rientranti nella PMA vi rientra anche la maternità surrogata o di sostituzione che richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia (che può essere la stessa donatrice dell'ovulo impiegato per la fecondazione o una donna diversa) e mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza impegnandosi a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia committente. La surrogazione, quindi, presuppone la fecondazione in vivo o in vitro di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente. A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai committenti i propri gameti, si distingue tra surrogazione per sola gestazione (si parla in tal caso anche di donazione, se a titolo gratuito, o di locazione o affitto d'utero, se è pattuito un corrispettivo) e surrogazione per concepimento e gestazione¹⁴. Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può ancora darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata. Talvolta alla surrogazione di maternità viene ricondotta un'ulteriore ipotesi: quella della donazione di ovocita di una donna in favore di un'altra, che conduce a termine la gravidanza dopo avere fatto

¹³ Cfr. l. 40/2004;

¹⁴ La surrogazione per concepimento e gestazione è necessariamente una surrogazione eterologa, in quanto la madre portante, in questo caso, prima ancora di "prestare" il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del partner maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, omologa o eterologa.

fecondare l'ovocita stesso con il seme del proprio marito o compagno. La donazione di ovocita, tuttavia, a ben vedere, dà luogo ad una semplice fecondazione eterologa, seppur *ex latere matris*, da tenere distinta rispetto alla maternità surrogata vera e propria, alla quale sono riconducibili le ipotesi sopra descritte. La maternità surrogata, consta di due momenti: la fecondazione artificiale propriamente detta e l'ulteriore *locatio ventris*. Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall'altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura "genetica" e quella "sociale". La surrogazione, a sua volta, rende possibile un'ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, una separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): queste figure che si affiancano a quella della madre "committente" o sociale. In definitiva, mentre nell'ipotesi di surrogazione per sola gestazione (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere, nella surrogazione per concepimento e gestazione la figura della maternità sociale rimane a sé stante, accompagnandosi o a un'unica maternità genetica e biologica o a due ulteriori e distinte figure di maternità, corrispondenti alla donna donatrice dell'ovocita (madre genetica) e alla diversa donna portatrice della gravidanza¹⁵.

Riassumendo La maternità surrogata può esplicarsi in tre forme¹⁶:

¹⁵ Per la struttura concettuale del paragrafo si veda la rielaborazione di Salone B, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2014, pp 157-166, partendo dall'analisi di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in Giur. Merito, 2010, 2, p.358 ss.

¹⁶ https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&id=44368&catid=150&Itemid=397&mes e=01

1) surrogazione di utero, detta anche "utero in affitto" (fecondazione artificiale omologa), in cui gli embrioni, fecondati con gli spermatozoi del padre committente e gli ovociti della madre committente (che è quindi anche madre genetica/biologica), vengono impiantati nell'utero della madre surrogata, che porterà avanti la gestazione. Nel caso della donna con ovaie perfettamente funzionanti ma prive di un utero funzionante (o che per altri motivi clinici non possono sostenere una gravidanza) è l'unico modo per avere un figlio naturale biologicamente omologo, in tutto e per tutto frutto dell'unione tra sé e il proprio marito/compagno;

2) surrogazione di ovocita e di utero (fecondazione artificiale eterologa) in cui gli embrioni, fecondati con gli spermatozoi del padre committente e gli ovociti della madre surrogata, vengono impiantati nell'utero della madre surrogata stessa, la quale è nel contempo sia madre genetica/biologica che madre gestante. È di tutta evidenza che, se non esistesse un contratto a monte, il figlio sarebbe a tutti gli effetti figlio della madre surrogata con tutti i conseguenti problemi emotivi che potrebbero sorgere. Per tale motivo questa surrogazione (detta tradizionale) è ritenuta una procedura troppo problematica anche sul piano giuridico ed è espressamente vietata in molti Paesi (ad esempio Italia, Francia, Spagna, Germania, Austria, e Svizzera).

3) surrogazione gestazionale (si tratta di fecondazione artificiale eterologa) in cui l'ovocita viene donato da una donatrice, diversa dalla madre surrogata. Si rinvencono pertanto tre madri: la madre genetica/biologica (la donatrice di ovulo), la madre gestante e la madre committente. In questa procedura l'ovocita della donatrice (la madre genetica) viene fecondato dallo spermatozoo del padre marito/compagno della madre committente, e poi gli embrioni vengono impiantati nell'utero della madre surrogata.

1.3 Profilo costituzionale

La maternità surrogata è vietata dall' art.12, comma 6, l. n.40 del 2004¹⁷. Prima di esaminare la legge e le sue implicazioni si ritiene necessario analizzare tale pratica sotto il profilo costituzionale.

Alla luce delle sentenze 151 del 2000 e 162 del 2014 si possono ravvisare, nonostante la Corte ne abbia ribadito il divieto, dubbi di legittimità costituzionale anche in relazione alla maternità surrogata.

In particolare, la Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014 (del 9 aprile 2014, pubblicata in Gu 026 del 18.6.2014), ha affermato , sciogliendo la prevalenza del *favor veritas*, che il requisito per definirsi famiglia non è necessariamente legato alla provenienza , ma ribadisce anche che la fecondazione eterologa «va rigorosamente circoscritta alla donazione dei gameti, e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cd ‘surrogazione di maternità’, con prescrizione non censurata e che in nessun modo, e in nessun punto, è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».

In particolare la Corte afferma: *«Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, e in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o*

¹⁷ Cfr. paragrafo successivo.

infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di Pma di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. ... Il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche 3 indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'Ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.»

La sentenza della Corte ha ulteriormente sottolineato come il dato della genitorialità sia una scelta consapevole di vita e non sul mero dato biologico della procreazione ed ha prefigurato un modello di famiglia fondato sui legami, di solidarietà ed affetto, concretamente instaurati¹⁸. Ed è proprio il diritto alla vita privata e familiare con riferimento alla libertà di autodeterminazione nelle scelte procreative, riscontrabile negli artt. 2,3, 13, 28 e 31 Cost., a sollevare questioni costituzionali in relazione al divieto di maternità surrogata. Mentre il riferimento all'art. 3 Cost. promuove il pieno sviluppo

¹⁸ Albano S., *La surrogazione di maternità tra responsabilità genitoriale ed interesse del minore*, relazione dall'incontro di studio «*Mater semper certa? Le nuove forme della genitorialità nella società che cambia*», Scuola superiore della magistratura, Catanzaro, 15 aprile 2016.

della persona umana e prescinde quindi dal concetto di famiglia, l'art. 2 Cost. protegge i diritti inviolabili dell'uomo anche all'interno della formazione sociale della famiglia garantendo la libertà di autodeterminazione. A questo proposito si può citare la pronuncia del Tribunale di Roma del 17 febbraio del 2000¹⁹ che afferma, seppur in un contesto di vuoto normativo, l'importanza dell'art. 2 nell'aspirazione della coppia a diventare genitori in quanto espressione del generale diritto di manifestazione e svolgimento della personalità. Anche dall'art. 31 Cost. emerge il rapporto con la sfera familiare la cui formazione è agevolata da misure economiche e dagli istituti necessari a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù. Inoltre, si potrebbe applicare lo stesso ragionamento all'art.32 Cost. nella parte in cui il divieto assoluto di tale tecnica è idoneo a violare la salute sia psichica sia fisica della coppia. In base alle recenti pronunce della Corte EDU (sopra citate) lo stesso divieto non può non considerare le garanzie di tutela del minore in quanto le questioni di legittimità andrebbero a toccare il primo comma dell'art. 117 Cost., in relazione all'art.8 della CEDU²⁰.

Il diritto all'autodeterminazione è direttamente legato a quello di procreare che, nonostante non sia presente nella Costituzione, sembra essere un diritto fondamentale dell'individuo nonché un interesse della collettività²¹. Il primo approccio giuridico al tema trattato nel presente lavoro riguarda l'esistenza di un diritto soggettivo alla procreazione in base al quale l'individuo possa ritenersi titolare di un interesse giuridicamente rilevante, la cui tutela sia realizzata attraverso il ricorso alle tecniche di PMA. Secondo alcuni orientamenti il diritto alla procreazione sarebbe correlato all'esercizio della propria libera sessualità e quindi al più ampio insieme di diritti che tutelano la personalità. Ciò sarebbe desumibile sia dal libero accesso ai metodi

¹⁹ https://www.jstor.org/stable/23194841?seq=1#page_scan_tab_contents

²⁰ Costantini M.P., D'Amico M. (2014) *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa"*. *Analisi critica e materiali*, Franco Angeli, Milano, pp. 98-105.

²¹ Per un approfondimento si veda il capitolo successivo.

contraccettivi, che dalla legge ordinaria che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza di cui alla l. 194/1978²².

Volendo fornire ulteriori fonti si può considerare che nella *Dichiarazione dei diritti umani* dell'Onu del 1948 e precisamente all'art.16, viene sancito che: «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione». Allo stesso modo, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata dall'Italia nel 1955, sancisce il diritto di ogni individuo alla vita privata e familiare²³ e afferma così la non interferenza dello Stato. Più recentemente, nella Costituzione europea (art.9, Titolo II) viene ribadito che il diritto di sposarsi e di creare una famiglia sono garantiti dalle leggi nazionali nella disciplina dell'esercizio.

Sempre alla luce delle sentenze n.151 del 2009 e n. 162 del 2014 si potrebbe condurre il diritto alla procreazione nell'ambito di applicazione degli artt. 2,3,13 e 32 Cost. non solo in relazione al già citato diritto all'autodeterminazione ma anche in rapporto al diritto alla salute sia fisica che psichica. Lo stesso art.2 Cost. potrebbe configurarsi come fattispecie aperta alla procreazione in mancanza di un suo richiamo esplicito all'interno della Costituzione. L'art. 31 Cost. che impegna la Repubblica ad agevolare la formazione della famiglia e a proteggere la maternità potrebbe essere interpretato in modo estensivo tutelando il diritto alla creazione della famiglia e in particolare a quella con figli²⁴.

²² Salaris G.M. (2007), *Corpo umano e diritto civile*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 76-77;

²³ Di Vittoria F. (2005), *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, Donzelli Editore, p.63;

²⁴ *ivi* 69-70

1.4 La legge 40/2004

Benché le questioni concernenti la procreazione artificiale siano entrate nel dibattito pubblico italiano fin dagli anni '50, i primi progetti di legge in materia si possono collocare tra gli anni '80 e la fine degli anni '90. In assenza di una legislazione chiara i giudici erano chiamati a decidere al fine di evitare l'assenza totale di tutele effettive. Solo a partire dal 1999 il Parlamento ha iniziato a discutere un disegno di legge²⁵ predisposto dalla Commissione Affari Sociali. La lunga strada verso l'approvazione di un testo si è conclusa solo nel 2004 con l'approvazione della legge 40.

L'impianto restrittivo di questa legge ha innanzitutto dato luogo, nel 2005, a un referendum per la sua parziale abrogazione senza comunque raggiungere i risultati sperati che, ricordandolo brevemente, concerneva il limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni per la cura di nuove malattie, l'utilizzo di più embrioni nella procreazione assistita, il divieto della fecondazione eterologa e la sfera dei diritti della donna nella procreazione assistita. Sull'ammissibilità del referendum la Corte Costituzionale ha escluso la possibilità di abrogare totalmente la legge 40 in quanto ritenuta costituzionalmente necessaria²⁶. Tale pronuncia non ne ha comunque impedito la trasformazione nel corso degli anni.

Passando ad esaminare il testo si può notare come già nelle finalità presentate nell'art.1 ci siano elementi di debolezza che hanno condotto i Tribunali a sollevare questioni di legittimità costituzionale e la stessa Corte a dichiararne l'incostituzionalità. Nello specifico l'art.1 recita: *1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente*

²⁵ Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita.

²⁶ Abagnale M.(2015) *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in Forumcostituzionale.it, pp.1-15.

legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito; 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità nonché secondo l'art.4 della stessa legge quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione.

Particolarmente rilevante è la proposta di tutelare anche il concepito in quanto, implicitamente si afferma che l'embrione è persona fin dal momento del concepimento. Nello stesso contesto si colloca l'art 6, n.3) della stessa legge entro il quale è possibile ritrattare il consenso già prestato alla fecondazione artificiale omologa. Si tratta di un punto delicato che rischia di mettere in discussione la normativa che privilegia la teoria della formazione dell'embrione umano al momento del concepimento. Infatti, l'art. 14 n.1) della legge 40 ha previsto espressamente che sia fatto salvo il testo della legge 22 maggio 1978, n.194 in materia di interruzione volontaria di gravidanza²⁷.

In relazione alla possibilità di ricorrere alla procreazione assistita solo nei casi di infertilità e sterilità si sono ravvisate questioni di illegittimità incostituzionale. Dapprima, il Tribunale di Roma, gennaio 2014; Tribunale di Roma, febbraio 2014 con due ordinanze di rimessione il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma che vieta l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie portatrici di malattie genetiche per contrasto con gli articoli 2, 3, 32 e 117, co. 1 Cost., in riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU.

Successivamente il Tribunale di Milano, marzo 2015 con ordinanza del 4 marzo 2015 il ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma che vieta l'accesso alle tecniche di PMA, e alla diagnosi genetica preimpianto, alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili con gli articoli 2, 3, 32 e 117, co. 1 Cost., in

²⁷ Falletti E.(2007) *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Halleyeditrice, Matelica, pp. 71-84.

riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU. La proibizione della diagnosi preimpianto obbliga la donna a ricevere nel proprio utero anche embrioni a rischio di malformazioni ed è in contraddizione con la facoltà della donna di richiedere l'interruzione della gravidanza quando il feto presenta gravi anomalie²⁸

Infine, la Corte costituzionale nel giugno 2015 con sentenza 96/2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico²⁹.

La normativa dopo aver individuato la regola generale della residualità del ricorso alla procreazione medicalmente assistita, stabilisce all'art. 5 precisi requisiti per l'accesso praticabile solo da coppie di maggiorenni, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi e di sesso diverso precludendo l'accesso alle tecniche procreative alle donne single e alle coppie omosessuali.

L'art.14 della legge 40 ai commi 2 e 3 prevedeva il limite massimo di tre embrioni che potevano essere creati con l'obbligo di un impianto unico e contemporaneo³⁰ con la previsione del divieto di crioconservazione, salvo ostacoli di forza maggiore dovuti alla salute della donna. Altro punto cruciale della legge era rappresentato dal divieto di fecondazione eterologa³¹ e dall'art 6. Comma 3 che prevedeva la revoca del consenso all'inseminazione artificiale dopo la fecondazione dell'ovulo. Quest'ultimo punto metteva in condizioni un medico di procedere all'impianto anche contro la volontà della

²⁸ De Tilla M., Militerni M., Veronesi U., *Fecondazione eterologa*, Utet Giuridica, pp. 6-10.

²⁹ Per un approfondimento cfr. <http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-è-cambiata-la-legge-40-2004-2014>.

³⁰ Art. 14 : 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

³¹ 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

donna contrastando con il divieto costituzionale di trattamenti medici contro la volontà del paziente. Al fine di rimuovere questi limiti applicativi è intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza n.151/2009 è intervenuta sull'art.14 della legge 40 rimuovendo le soglie predisposte dalla norma e individuando nella salute della donna un valore fondamentale³². Il Giudice, infatti, ha sottolineato che indipendentemente dalla definizione giuridica del concepito si deve distinguere tra la vita e la salute di chi è già persona e la salvaguardia dell'embrione che ancora non è un persona.

Anche il divieto di fecondazione eterologa è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza del 10 giugno 2014 n.162, più volte richiamata³³.

Oltre alla violazione dei diritti costituzionali, l'impostazione originaria della legge e il divieto assoluto di fecondazione eterologa avrebbe creato discriminazioni in base alla situazione patrimoniale in quanto le coppie più abbienti avrebbero potuto ricorrere al turismo procreativo in paesi esteri³⁴.

³² 1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. In questo caso la Corte costituzionale, maggio 2009: si ritiene che la sentenza della Corte debba comportare una deroga al principio generale di divieto di crioncoservazione. La crioconservazione sarebbe infatti necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. - Corte costituzionale, maggio 2009: con sentenza 151/2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile. Corte costituzionale, maggio 2009: con sentenza 151/2009 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del co. 3 dell'art. 14 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna.

³³ Secondo la Corte il divieto assoluto oggi espunto dalla legge 40/04 determinava "una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite".

³⁴ Santise M. (2016) *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Gaipichelli Editore, Torino, pp. 154-164

Infine è utile sottolineare come la legge 40, all'art 13, vieti qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. In particolare, la ricerca clinica e sperimentale a scopo terapeutico e quindi collegata alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso è consentita, mentre rimangono vietati (comma 3)³⁵:

a) La produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quelli previsti dalla legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo³⁶.

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

Nonostante l'intervento della Corte Costituzionale e le successive sentenze rimangono insolte tre questioni: la maternità surrogata; l'applicazione della procreazione assistita anche alle donne single e alle coppie omosessuali e la possibilità di utilizzare gli embrioni soprannumerari per scopi scientifici.

In Italia la maternità surrogata non dispone di una disciplina apposita ed è regolata dal comma 6 dell'art.12 della legge 40 del 2004 recita: *Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la*

³⁵ Falletti E.(2007) *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Halleyeditrice, Matelica, p. 82.

³⁶ con sentenza 229/2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche.

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.

Come si è specificato sopra il ragionamento portato avanti dalla Corte Costituzionale (sentenza 162/2014) sulla fecondazione assistita potrebbe essere esteso anche ai casi di maternità surrogata, ma fino ad oggi nulla si è specificato in proposito lasciando invariata la disciplina.

CAPITOLO 2

Natura giuridica degli accordi di maternità surrogata

Sommario: 2.1 Il principio della maternità naturale e lo stato giuridico del figlio- 2.2 Nullità del contratto e illiceità della causa; 2.3 Maternità, paternità e affidamento del figlio 2.4 L'ordine pubblico; 2.5 Buon costume : la questione della restituzione e della *soluti retentio*.

2.1 Il principio della maternità naturale e lo stato giuridico del figlio

Come si è detto, la legge 40/2004 (art.12,co. 6 e 9) vieta la maternità surrogata sia nel caso in cui una donna porti a termine una gravidanza dopo essere stata fecondata artificialmente con il seme dell'uomo della coppia committente, sia che riceva il trasferimento dell'ovulo già concepito *in vitro*. L'art. 269, co. 3, c.c impone la regola per cui la maternità è attribuita a colei che ha partorito il figlio. Rimane quindi irrilevante che l'embrione impiantato in utero provenga da materiale genetico di altra donna³⁷. La norma rispecchia la concezione naturale della maternità che lega prima l'embrione e poi il feto con il corpo della donna. Seguendo il ragionamento di Salone³⁸ si può sostenere che si è cercato di superare il vincolo della maternità giuridica attraverso una lettura storica del codice civile. Almeno una parte della

³⁷ Come suggeriscono Mazzamuto S., Gentili A., Albanese A., et Al, (2016), *Manuale del diritto privato*, Torino Giappichelli Editore, p. 316, eventuali atti di nascita recanti diverse indicazioni possono essere impugnati con l'azione di contestazione di maternità e la loro formazione integra il reato di alterazione di stato. Gli accordi di surrogazione di maternità oltre ad essere vietati e penalmente sanzionati. Si ricorda che la pratica in questione è espressamente vietata in Italia dall'art. 12, co. 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che commina la reclusione tra tre mesi a due anni e la multa da € 600.000,00 a un milione di euro a “chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità”. A fronte di tale divieto, rimasto fermo anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, con sentenza C. Cost. del 10 giugno 2014, n. 162, un largo numero di coppie italiane ha fatto ricorso a pratiche di c.d. turismo procreativo, per valersi della surrogazione di maternità in Stati esteri che riconoscono tale pratica come lecita.

³⁸ Salone B, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, pp. 179 ss.

dottrina ha tentato di ritenere la regola dell'art.269 non applicabile a un fenomeno, quale è quello della maternità surrogata, non configurabile al tempo dell'emanazione del codice. In virtù di tale considerazione lo stato di maternità e paternità e quello del nato potrebbero ricondursi a chi ha concorso alla fecondazione e dunque alla creazione dell'embrione (sempre considerando che questo contiene tutta l'essenza dell'individuo). In questo caso la separazione tra la madre surrogata e il nascituro sarebbe netta in quanto non verrebbe a crearsi nessun rapporto familiare tra i soggetti coinvolti. A questa tesi si contrappone il fatto che il legislatore del 2004 non ha modificato l'art 269 disponendo che in caso di utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita la madre del nato non può non essere nominata³⁹. Anche con la riforma della filiazione (d.lgs. n.154 del 2013) si è mantenuto il principio secondo cui la maternità naturale coincide con il parto. L'accordata preferenza all'elemento gestazionale a scapito di quello genetico nega, appunto, ogni valore al contributo genetico fornito dalla donna quando tale apporto non sia contemporaneamente assistito dall'elemento gestazionale e di attribuire, invece, esclusivo valore a quest'ultimo. Si sostiene in questo modo che la diversità fisiologica della donna rispetto all'uomo sia tale da giustificare un trattamento giuridico della madre derogatorio rispetto al normale criterio di verità genetica.

Sempre riguardo all'articolo 269 c.c bisogna sottolineare che la sua stessa collocazione nel titolo VII del c.c suggerisce di tener conto che, in realtà, scopo della norma non è quello di individuare nel parto il fondamento dell'insorgere del legame parentale tra madre e figlio. Nonostante ciò, attribuendo prevalenza al parto piuttosto che al legame genetico, quando si assiste a una scissione dei contributi procreativi, determinata dall'utilizzo di tecniche di riproduzione artificiale, si opera in contrasto con un principio che costituisce uno dei

³⁹ Ci si riferisce all'art. 9, co.2 della legge 40 e al regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n 376 (art. 30, co. 1).

fondamenti del nostro diritto di famiglia, ossia della tendenziale corrispondenza tra verità genetica e verità formale-giuridica⁴⁰.

La posizione tradizionale della dottrina - rifacendosi a quanto statuito dall'art.269 c.c. ritiene che il rapporto di parentela si instauri solo con colei che abbia partorito il figlio, a prescindere da chi abbia fornito il materiale genetico (ovocita). Tale orientamento è stato tuttavia contestato da quanti lo ritengono oramai anacronistico, poiché legato ad un'epoca in cui era inimmaginabile l'esistenza contemporanea di una madre sociale (committente), una genetica o biologica (donatrice dell'ovocita) ed una uterina (gestante).

L'art. 269 co. 3 del c.c è stato messo in discussione (si veda caso c.d di maternità surrogata) in un caso del 2001 in cui si sono presentati due distinti profili: quello della validità dell'accordo di surrogazione e quello dell'accertamento della maternità. Ci si chiedeva, visto che la maternità risulta dal parto, in che modo fosse possibile considerare la donna che ha sì partorito il figlio, ma che lo ha fatto utilizzando l'utero in affitto e quindi attraverso un ovocita di altri⁴¹. Si è risposto che è la gestazione a creare il rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano e che dunque la madre genetica non ha titolo per far valere la sua maternità dovendosi preferire la posizione della madre uterina. Inoltre, il Tribunale di Roma nel febbraio del 2000 ha stabilito che, dovendo essere riconosciuto il diritto a diventare genitori, doveva ritenersi valido il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito⁴², nella specie comportante l'impegno della madre portante al trasferimento dell'embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non fosse previsto un

⁴⁰ Cassone F. (2015) *Procreazione e norme. Quali implicature?*, in Morra L., Pasa B. (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli Editore, pp. 132-136;

⁴¹ Ruperto S. (2011), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro I delle persone e della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 179-180; per un maggior approfondimento di vedano Zatti (2000), Sesta (2000), Ciani (2000).

⁴² Massima dell'ordinanza: "E' lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non sia previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio." (Tribunale civile di Roma, sez XI, 14 febbraio 2000, giudice C. Schettini Contratto in genere Contratto di sostituzione di maternità in determinati casi Validità).

corrispettivo e non fosse diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità degli *status*⁴³.

La tesi di liceità di queste forme di maternità surrogata, sostenuta dalla giurisprudenza di merito e da una parte della dottrina lasciava aperti alcuni interrogativi nonostante s'ispirasse a ragioni di solidarietà e gratuità delle azioni⁴⁴. Per tali motivi la dottrina aveva ipotizzato un trattamento meno sanzionatorio per il caso d'affitto in ventre prima dell'entrata in vigore della legge 40⁴⁵.

Al fine di comprendere meglio la questione è utile riportare la sentenza della Corte di Cassazione dell' 11 novembre 2014, n.24001⁴⁶. In questo caso, due coniugi italiani (di cui la moglie sottoposta ad intervento di isterectomia e il marito affetto da oligospermia) avevano stipulato in Ucraina un contratto di maternità surrogata a seguito della quale era nato un bambino, dichiarato all'anagrafe italiana figlio biologico della coppia. In Italia i coniugi sono stati sottoposti a procedimento penale per il reato di alterazione di stato a causa della non veridicità della dichiarazione di nascita e per stabilire della sorte del nato, il caso è stato affidato al Tribunale per i Minorenni di Brescia. Questo, con sentenza 14 agosto 2012, n.142 (confermata dalla Corte d'Appello, dopo aver accertato l'assenza del legame biologico con il minore) ha dichiarato l'adottabilità del nato innanzitutto perché la pratica della maternità

⁴³ "“In un'ottica che concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale, deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può trovare completezza nell'adozione ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico" (Tribunale civile di Roma, sez XI, 14 febbraio 2000, giudice C. Schettini Contratto in genere Contratto di sostituzione di maternità in determinati casi Validità).

44

Cfr. Moccia S.,(1998) *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, rivista Critica del diritto; Campiglio C. (2003), *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, Cedam: con riferimento alle fonti internazionali dove si sottolinea che il Rapporto sulla procreazione artificiale umana del Consiglio d'Europa (1989) ammette la maternità surrogata senza scopo di lucro, vietando il trasferimento di un embrione dall'utero di una donna a quello di un'altra;

⁴⁵ Catullo F. G. (2012), *Diritto penale della famiglia*, Pavia, Cedam, p.205;

⁴⁶ Si anticipa che il divieto non è travolto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, pronunciata dalla Corte Costituzionale dalla sentenza . 162 del 2014.

surrogata in Italia è vietata. Essendo nullo l'accordo anche per la legge ucraina (a causa della mancanza di un legame genetico tra i committenti e la gestante) e avendo decretato l'inidoneità della coppia all'adozione del nato, si è proceduto all'accertamento dello stato di abbandono del minore in quanto non accudito di genitori biologici o da altri parenti. La Corte di Cassazione ha confermato quanto stabilito dal Tribunale ravvisando la contrarietà all'ordine pubblico (di cui si parlerà più avanti) e individuando i principi di quest'ultimo che impediscono il riconoscimento di genitorialità della coppia committente anche alla luce dell'art. 269 co.3 c.c (la madre è colei che partorisce). In mancanza di un legame di tipo naturale tra madre e figlio dato dalla gestazione, il principio di tutela della maternità (art.31 II co. Cost.) non avrebbe motivo di essere applicato. Non sembra, però, si possa parlare di maternità quando non vi è un legame naturale di gestazione fra madre e figlio, in virtù del solo atto di fecondazione che è l'atto necessario ma non sufficiente a donare la vita. In definitiva, la gestante non può disconoscere il proprio rapporto di maternità con il nato. Nel caso in cui il legame genitoriale si riduce ad un semplice elemento volontaristico bisogna trovare riconoscimento all'interno dell'istituto giuridico dell'adozione che consente al vincolo giuridico di prevalere sul dato naturale⁴⁷.

Nel nostro ordinamento nessuna norma indica la regola da seguire per determinare lo status del nato da maternità surrogata. Occorre, quindi verificare se il certificato di nascita, comprovante da genitorialità dei committenti, possa essere riconosciuto in Italia ai sensi dell'art. 65 l. n. 218/1995. Inoltre è importante chiarire quali regole applicare per determinare lo status del bambino nel caso di rifiuto del riconoscimento e di maternità surrogata praticata in Italia. L'art 65 ammette i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza dei rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando non siano contrari all'ordine pubblico.

⁴⁷ Santise M. (2016) *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Gaipichelli Editore, Torino, Capitolo II;

Come afferma Ciralo⁴⁸: *“significative sono alcune pronunce della Corte di Strasburgo. Il rispetto della vita privata – afferma la Corte europea – esige che ciascuno possa stabilire i dettagli della propria identità di essere umano. Vi è, pertanto, una relazione diretta tra la vita privata del minore nato da una madre surrogata e la determinazione giuridica della filiazione. Così, gli Stati membri del Consiglio d’Europa possono, in considerazione del margine di discrezionalità previsto dall’art. 8, comma 2, CEDU, scoraggiare la maternità surrogata, ma non nel senso che quella della donna partoriente, benché prevalente, non esclude, ma affievolisce, la rilevanza della posizione della c.d. madre genetica, sì che, sebbene in via residuale tale posizione deve essere presa in considerazione quante volte la partoriente abbia abbandonato il bambino e si profili la necessità di dichiararne lo stato di adottabilità”*.

2.2 Nullità del contratto e illiceità della causa

Esistono diritti soggettivi che trovano la loro ragion d’essere indipendentemente dalle norme giuridiche che li riconoscono e che il diritto oggettivo si limita a garantire. I diritti dell’uomo ovvero i diritti della personalità sono gli sono imputati in quanto tale e lo Stato ha il dovere di riconoscerli e tutelarli. La nostra Costituzione fa riferimento a questi diritti nell’art.2 precisando che essi sono inviolabili e che sono riconosciuto e garantiti all’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la personalità. La loro inviolabilità si riferisce alle autorità, nell’esercizio delle funzioni legislative e ai rapporti tra privati. I diritti della personalità sono assoluti (protetti nei confronti di tutti) e indisponibili. Sono diritti che il titolare non può alienare . A queste caratteristiche è legata l’imprescrittibilità. Essi, infatti, non si prescrivono e non estinguono per il non uso prolungato nel tempo. Il carattere di

⁴⁸ Ciralo C. (2014), *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in JUS CIVILE, pp.489-491;

indisponibilità dei diritti della persona emerge, rispetto al diritto alla vita e all'integrità fisica, dall'art 5 c.c che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando «cagionino una diminuzione permanente dei diritti dell'integrità fisica, o quando siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume»⁴⁹. Prima dell'entrata in vigore della l. 40/2004 la giurisprudenza ha cercato di interpretare gli accordi di maternità surrogata partendo da quanto stabilito dall'art.5. Il Tribunale di Monza nel 1989 ha, infatti, affermato il carattere di nullità di tali accordi, inseriti nella categoria dei contratti atipici. Il contratto di nullità, a titolo oneroso, risultava nullo per mancanza nell'oggetto dei requisiti di possibilità e liceità. Infatti, si è rilevato il contrasto con i principi di indisponibilità degli status personali che non possono formare oggetto del contratto e che è vietato costituire, modificare o estinguere, nonché la violazione dell'art.5 c.c diretto a proibire gli atti di disposizione del proprio corpo contrari, come si è detto sopra, all'ordine pubblico e al buon costume⁵⁰. Oltre a negare l'esistenza di un diritto alla procreazione, il Tribunale ha decretato l'inammissibilità della commercializzazione della maternità⁵¹. Nonostante la decisione e con i limiti che di seguito si esporranno, è comunque possibile considerare la maternità surrogata come un contratto tra due parti, la coppia committente e la madre surrogata.

⁴⁹ Galgano F. (2015) Trattato di diritto civile. Volume primo, Milano, Cedam, Terza Edizione, parte seconda, capitolo secondo;

⁵⁰ Paradisi I. (2015) *Utero surrogato. Normative a confronto*, www.associazionelucacoscioni.it;

⁵¹ Il caso Valassina-Bedjaoui, cit. in Cassano G., *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, Rivista Famiglia e diritto, 2/2000, p.3, riguarda i coniugi Valassina che il 10 giugno del 1988, davanti alla prima sezione civile del Tribunale di Monza chiedevano l'esecuzione del contratto di maternità surrogata (l'ordinanza parla di locazione d'utero, ma in realtà si tratta di surrogazione) nei confronti di una giovane algerina. La coppia aveva conosciuto questa donna tramite un amico e le aveva proposto un accordo dopo aver appreso della pratica di avere figli da terze persone tramite l'inseminazione artificiale. Fra i coniugi e la ragazza si era concluso un vero contratto che prevedeva l'inseminazione artificiale da parte del marito, l'obbligo di portare a termine la gravidanza, l'affido alla coppia del nascituro e la rinuncia della surrogata a qualsiasi diritto verso il figlio. Inoltre, era stato previsto un compenso da pagarsi contestualmente al compimento della prestazione. Durante la gestazione la donna algerina aveva chiesto e ottenuto rilevanti integrazioni del corrispettivo. Alla nascita della bambina, la madre uterina (che la cresceva in condizioni precarie) si era rifiutata di consegnarla ai committenti e aveva avanzato altre richieste pecuniarie, contravvenendo agli impegni presi. I committenti, chiedevano al Tribunale, l'esecuzione coattiva dell'obbligazione assunta dalla donna.

Una della dottrina ha sostenuto l'impossibilità di riconoscere alcun rapporto giuridico fra madre committente e nato. Trabucchi⁵² ad esempio, sostiene:

“in relazione alla posizione assunta dalla partoriente, pur distinguendo l'ipotesi della “madre in affitto” (che, oltre a portare a termine la gestazione, contribuisce geneticamente alla formazione del feto) dall' “affitto del ventre” (in cui la madre surrogata si limita a portare a termine la gestazione), il risultato ci darà sempre la maternità riconosciuta alla partoriente. Corrispondentemente, ogni diritto viene escluso per la datrice del germe vitale. A questa conclusione si arriva, non per negare valore di elemento primo della nuova vita ma per una necessaria valutazione comparativa, fatta dall'ordine giuridico nel presupposto che a ciascuno una madre soltanto può venire riconosciuta nella premessa di un elementare rapporto di vita. Nessun rapporto, quindi, si creerebbe con la coppia committente”.

Altra dottrina, invece, fonda propria posizione sul fatto che⁵³: “ la stessa Costituzione, all'art. 31, parla di “maternità” intendendola su di un piano relazionale ricavabile dal “rapporto” che si crea fra figlio e donna che lo porta in grembo. Sotto un profilo più generale, poi, altra parte della dottrina ha evidenziato come l'impossibilità di riconoscere la nascita di qualsivoglia vincolo giuridico fra coppia committente e minore trova ulteriore giustificazione alla luce della sua efficacia deterrente che sarebbe necessaria al fine di consolidare il divieto di praticare tali forme di gestazione previsto dalla l. n. 40 del 2004”.

L'art. 1321 del c.c. specifica che un contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Vengono in rilievo l'art.3 comma 2 della Costituzione e cioè la libertà di esplicazione della personalità umana e l'art.41 Cost. relativo alla libertà di iniziativa economica. In base a questo è possibile stipulare accordi vincolanti per le parti, le obbligazioni, in conformità con l'art.1173 c.c. Il richiamo allo spirito

⁵² Trabucchi, A. (1986), *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, Riv. dir. civ. , p. 501;

⁵³ Berti De Marinis G., *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della corte edu*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p.293;

dell'ordinamento (artt. 1322-1323 c.c) permette di concludere accordi non rientranti nelle categorie previste a condizione che contengano, come gli altri, i requisiti previsti dal codice civile: l'accordo tra le parti, la causa, l'oggetto e la forma. Un contratto per essere valido deve scambiare beni economici disponibili e la pratica di surrogazione violerebbe appunto l'art.5 c.c. nonché la dignità delle donne soprattutto se l'accordo è oneroso. In questo caso, alla luce del fatto che tra le caratteristiche del contratto vi sono l'oggetto e la sua natura patrimoniale, si conferirebbe tale struttura all'embrione la cui commercializzazione non è ammessa.

“La dottrina si è quasi sempre mostrata restia a riconoscere la validità degli accordi di surrogazione di maternità, ritenendoli contrastanti con le disposizioni codicistiche di cui agli artt. 5 e 269 c.c. In particolare, una parte della dottrina⁵⁴ ritiene applicabile il principio di cui all'art.5 c.c. (che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo "quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume") a qualunque fattispecie che riguardi il corpo umano, compresa la messa a disposizione, a titolo gratuito o dietro corrispettivo, del corpo di un'altra donna per fini procreativi”.

Queste considerazioni rendono questo tipo di negozio privo dei requisiti previsti dal contratto e quindi non può essere fatto valere nel caso in cui la madre surrogata non rinunci ai diritti sul nato. Quando, invece, nell'accordo viene meno il carattere dell'onerosità e prevale una forma di altruismo si potrebbe far valere per l'affidamento del nato in quanto tale forma scambio non contrasta con i principi dell'ordinamento. Ciò a patto che l'esecuzione dell'accordo non comporti una diminuzione permanente delle capacità riproduttive della donna gestante. Si sottolinea nuovamente che in questo caso non vi è un contratto e che quindi le parti non sono tenute a dare esecuzione all'accordo⁵⁵.

Ritornando alla sentenza del Tribunale di Monza, il contratto di maternità surrogata è stato dichiarato nullo a norma dell'art.1418 seconda comma c.c perché , pur trattandosi di un

⁵⁴ https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&id=44368&catid=150&Itemid=397&mese=01

⁵⁵ Pizzo A., Batia G., (2008) *Un caso bioetico: l'attribuzione degli status personae e la deduzione dei corrispondenti munera nella filiazione a seguito di surrogazione di maternità*, Questioni di bioetica, Associazione Thomas International, n.7/2008;

contratto atipico, l'autonomia contrattuale delle parti (art 1322 c.c) è viziato dalla violazione di numerose norme di legge.

Come sostiene Cassano⁵⁶: *«questo tipo di contratto è stato dichiarato affetto da nullità, per mancanza nell'oggetto, dei prescritti requisiti di possibilità e liceità trattandosi di beni che non sono tali dal punto di vista giuridico, ossia le parti del corpo umano, gameti ed organi della riproduzione, in quanto il soggetto ha sugli stessi soltanto un diritto alla personalità e non un diritto patrimoniale e l'eventuale consenso prestato alla disposizione delle stesse, se la prestazione non integra una diminuzione permanente della integrità fisica e non è contraria alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, integra non un negozio giuridico o un contratto, bensì un mero atto unilaterale di volontà lecito ma sempre revocabile l'ipotesi inversa, si tratterebbe di un atto illecito con tutte le consequenziali statuizioni di legge. Da ciò, ne discende che non può formare oggetto e pertanto essere dedotta in obbligazione una prestazione consistente nel concepimento dello sviluppo fetale del nascituro non rappresentando un bene giuridico ed essendo vietato, inoltre, costituire, negoziare ed estinguere, gli status personali, quali quelli di figlio e quello di madre nonché le potestà dei genitori ed i diritti personali dei minori all'educazione e al mantenimento nella famiglia iure sanguinis. Infine, nell'ipotesi in cui sia previsto un corrispettivo per tali prestazioni, la nullità sarà determinata anche dalla illiceità della causa, (art. 1343 c.c.) venendo ad essere la filiazione scambiata con denaro o altra utilità».*

L'apertura verso la liceità di tali accordi si è avuta, in particolare, con l'ordinanza del Tribunale di Roma nel 2000 con la quale il giudice autorizzava un medico a impiantare l'embrione di una coppia nell'utero di una terza che volontariamente intendeva prestarsi alla pratica di surrogazione⁵⁷. Il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza di un contratto atipico ai

⁵⁶ Cfr. *supra*

⁵⁷ Tribunale di Roma, 14 febbraio 2000 (Ord.): "partendo così dal presupposto che l'interesse meritevole di tutela, richiesto dalla legge quale limite all'autonomia contrattuale può essere legittimamente individuato nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori, che il diritto alla procreazione sia direttamente

sensi dell'art. 1322 c.c riconoscendo da un lato un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito e dall'altro la sua liceità , non contrario cioè all'art. 1344 c.c e quindi non in frode alla legge (accordo non diretto ad eludere le norme in materia di adozione). Infine, bisogna precisare che la legge 40/2004 ha reso vani questi tentativi di apertura non condizionando però quelle coppie che in altro modo ricorrono alla maternità surrogata, soprattutto all'estero, e creando paradossalmente altri ordini di problemi all'ordinamento (si veda ad esempio la questione del riconoscimento del figlio nato da maternità surrogata). Il divieto assoluto e la stretta connessione al reato di alterazione di stato, da leggere in connessione con l'art.269 c.c , hanno dato vita a nuovi ordini di problemi alimentando in qualche modo il turismo procreativo. E allora ci si chiede se tale divieto sia davvero utile ad arginare il fenomeno e se esso non sia meritevole di tutela all'interno del nostro ordinamento.

Maio, riferendosi alla sentenza sostiene che al riguardo, “ la dottrina aveva avuto occasione di rilevare che, pur in assenza di divieti espliciti dell'epoca la *surrogacy*, nel condurre a una maternità scissa dal parto, sembra confliggere con quanto disposto dagli artt. 269, comma 3, 239 e 248 c.c., anche in relazione all'art. 567 c.p. Le norme richiamate, infatti, fissano il principio per cui la maternità coincide con il parto, il che significa che, allo stato della legislazione, non sembra possibile attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito», pervenendo alla conclusione che il Tribunale di Roma, nel radicare il rapporto di parentela con la madre genetica (e committente del parto) abbia di fatto consentito la formazione di uno status al di fuori di ogni indice previsto dalla legge» e impedito di contro «la formazione di uno status non voluto (quello di figlio della partoriente), assolutamente conforme ai dati normativi esistenti»⁵⁸.

collegato a quello, costituzionalmente garantito, di manifestazione e svolgimento della personalità, l'indagine deve muovere dalla verifica del fattore psicologico che induce all'utilizzazione di una tecnica del genere”.

⁵⁸ Riferendosi alla dottrina proposta da Sesta:

<http://www.mayorastudigiuridici.it/documenti/areeDiStudio/1477322086.pdf>

Al contrario e sempre riprendendo le parole di Maio⁵⁹, la recente Tribunale di Milano sez. V, 12/06/2015, (ud. 24/03/2015, dep.12/06/2015), n. 3301 ha assolto una coppia di coniugi dal reato di alterazione di stato (avevano stipulato in Ucraina un contratto di maternità surrogata di tipo eterologo). Afferma il Tribunale che la liceità di questi accordi anche nel nostro ordinamento deriverebbe dalla sentenza della Corte Costituzionale 9.4.2014 n. 162 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 comma 3 della legge 19.2.2004 n. 40, nella parte in cui vieta di praticare tecniche eterologhe di procreazione medicalmente assistita alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile di derivazione patologica. A detta del Tribunale, la Consulta ha chiarito che la scelta di diventare genitori e formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 Cost. Il divieto dedotto, qualora applicato a coppie sterili o infertili, comprime irragionevolmente questi diritti; ed incide sul diritto alla salute fisica e psichica, stabilito dall'art. 32 Cost., vietando irragionevolmente il ricorso ad una pratica terapeutica validata dalla comunità scientifica internazionale. In questo modo il Tribunale fa discendere la legittimità della condotta dei coniugi committenti anche dalla radice costituzionale del diritto alla genitorialità che, in qualità di coppia sterile, hanno così esercitato.

Tra le altre sentenze che contravvengono a quanto sostenuto in dottrina si possono richiamare:Tribunale di Pisa Data: 19/06/2015 n. 687 : esclude la sussistenza, in capo ai dichiaranti parti del contratto di maternità surrogata concluso all'estero (Ucraina), dei reati di cui all'art. 567 comma 2, c.p. e dall'art. 495 comma 2, n. 1, c.p.

- ✓ Tribunale Milano sez. V Data: 12/06/2015 n. 3301 : in tema di maternità surrogata con ovodonazione, non è configurabile il reato di alterazione di stato ex art. 567 c. 2 c.p., qualora nel rispetto della stessa legge italiana che impone ai cittadini italiani

⁵⁹ Si veda nota precedente

all'estero di effettuare le dichiarazioni di nascita all'ufficiale di stato civile straniero, secondo la legge del luogo ove l'evento avvenuto (Ucraina) che i coniugi abbiano sottoscritto l'atto di nascita in qualità di genitori, con l'attribuzione della qualifica di madre alla donna che ha sottoscritto il contratto di maternità surrogata, piuttosto che alla partoriente: in tali casi, è il mantenimento della condizione giuridica di madre, non il suo annullamento, a risultare conforme all'ordine pubblico ed ai principi generali dell'ordinamento. Non sussiste il reato di alterazione di stato nella formazione dell'atto di nascita, ove lo stesso risulti formato correttamente, all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla lex loci (Ucraina), nonché tradotto nel rispetto delle condizioni che ne presidiano la validità e l'efficacia sul piano internazionale, a mente della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961; la scelta di diventare genitori e formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., che risulterebbero irragionevolmente compressi, laddove venisse vietata la procreazione medicalmente assistita alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile di derivazione patologica: al coniuge privo di legame genetico con il bambino nato a seguito di maternità surrogata, qualora l'atto pubblico legalmente formato all'estero ne indichi la qualità di genitore di diritto, tale status può essere riconosciuto e registrato negli atti di stato civile italiani senza che si determini un contrasto con l'ordine pubblico interno; • escluso che il divieto di diventare madre ricorrendo alla fecondazione eterologa possa rientrare tra i principi fondanti dell'ordine pubblico internazionale. (Nella specie, anche alla luce della sopravvenuta sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 c. 3 l. 40/2004, nella parte in cui vieta di praticare tecniche eterologhe di procreazione medicalmente assistita alle coppie

sterili e nell'interesse superiore del minore al mantenimento delle relazioni genitoriali, il Tribunale ha assolto i genitori imputati, ritenendo legittima la trascrizione dell'atto di nascita);

2.3 Maternità, paternità e affidamento del figlio

Il divieto imposto dalla legge 40 sembra precludere l'attribuzione di maternità alla donna committente, indipendentemente dall'essere anche legata al nato geneticamente e impedire la genitorialità condivisa della coppia realizzata attraverso il meccanismo, avvallato dalla giurisprudenza minorile, che vede la madre sostituta non dichiarare la propria maternità, il padre riconoscere il nato come figlio del marito, quale forma di adozione speciale ex art.44 comma 1, lett.b, l. n. 184/1983⁶⁰.

Avendo stabilito la posizione della madre⁶¹, si ritiene opportuno approfondire quella del padre e del nascituro.

Sulla posizione del padre⁶² si può sostenere che mentre l'uomo committente ha alcune possibilità di vedersi attribuita la paternità del "nato su commissione" sulla base di un accordo

⁶⁰ Corti I. (2011), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffè Editore, p.1491;

⁶¹Per approfondimenti si vedano BIANCA C.M., *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1998, 295; ROSSI CARLEO L., *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 403

Nello stabilire chi debba essere considerata la madre del nato da maternità surrogata gli ordinamenti devono analizzare tre fattori determinanti, che danno luogo a tre figure materne: la volontarietà di mettere al mondo un bambino ("madre sociale") l'apporto genetico ("madre genetica" o "biologica") e la gravidanza e il parto ("madre naturale" o "gestazionale").

La posizione tradizionale vuole la prevalenza della madre che ha partorito (*mater est quam gestatio demonstrat*), a meno che essa non rifiuti il rapporto con il figlio partorito.

Secondo un'altra posizione, la madre legale deve essere considerata colei che ha un rapporto di consanguineità con il bambino per aver fornito l'ovulo da cui si è poi sviluppato l'embrione, ossia la madre genetica. Si attribuisce dunque maggior valore al momento causale antecedente l'inseminazione artificiale, ossia al momento della decisione presa dal committente o dai committenti di unire ovuli e spermatozoi che saranno poi trapianti nell'utero della madre gestazionale⁶¹.

La terza posizione è quella di chi riconosce valore dirimente alla volontarietà e responsabilità della procreazione, attribuendo autonoma rilevanza giuridica alla volontà della donna di avere un figlio, sia pure ricorrendo alla capacità gestazionale altrui.

Non mancano, infine, gli interpreti che di fronte alla pluralità di elementi costitutivi della maternità e della possibilità della loro diversa combinazione e compresenza nella medesima persona, propongono di attribuire la maternità al soggetto che "concorre" con più elementi alla maternità.

nullo di maternità surrogata, la donna committente non ha alcuna possibilità di vedersi riconosciuto il ruolo di madre del nascituro, fatta forse eccezione per l'ipotesi in cui la madre gestazionale abbandoni il nato e questo sia sottoposto al procedimento di adozione cui acceda con successo la madre committente.

In Italia, oltre alle decisioni del tribunale di Monza, analizzate prima, la Corte di appello di Salerno, secondo il quale l'interesse del minore volontariamente abbandonato dalla madre si realizza «nel miglior modo facendo restare il minore con il padre, che l'ha riconosciuto e con la moglie di questi che intende adottarlo.»⁶³

Per quanto riguarda l'affidamento del figlio In Italia la giurisprudenza è discordante⁶⁴. Mentre per i giudici di Monza la nullità del contratto di maternità surrogata comporta l'affidamento della bambina alla madre gestazionale, indipendentemente da quella che poteva essere per la soluzione migliore per la bambina medesima, le sentenze del Tribunale e della Corte di appello di Salerno e del Tribunale minorile di Roma appaiono avere pienamente accolto il criterio del prevalente interesse del minore. La dottrina è nel senso che una volta che il contratto di maternità surrogata ha avuto esecuzione e il bambino è nato, ciò che è veramente indispensabile è offrire al minore quella sistemazione familiare che sia in grado di assicurargli una corretta crescita psicologica e un armonioso sviluppo della personalità.

Quindi, è certo che il principio del *best interest of the child* debba prevalere su un eventuale giudizio di nullità del contratto di maternità surrogata, anche in base a quanto stabilito dai principali strumenti convenzionali in vigore a livello internazionale.

⁶² *Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori, disponibilità degli status e interesse del figlio*, in https://www.personaedanno.it/attachments/allegati.../AA_000584_resource1_orig.doc

⁶³ (App. Salerno decr. 25 febbraio 1992).

⁶⁴ In relazione alla questione di a chi spetti l'attribuzione di maternità, CASSANO, *Possibili fremiti*, op. cit., § 6, suggerisce che «la soluzione offerta per la determinazione della maternità potrebbe allora risiedere nel riconoscimento di tale status a colei che possiede più requisiti tra i tre possibili: maternità genetica, maternità uterina e maternità sociale».

Per comprendere la differenza di trattamento tra maternità e paternità è interessante riprendere la sentenza del Tribunale di Forlì⁶⁵ che in data 25.10.2011 ha stabilito che: “qualora una coppia di gemelli, nati da seme del sig. Z. e da ovociti di donatrice ignota con gestazione e parto di una cd. madre surrogata, al presumibile scopo di porre rimedio all'infertilità della sig.ra G., moglie del sig. Z., violando, peraltro, per più versi la l. n. 40/2004, può essere considerato padre legittimo dei nati il solo sig. Z. al quale l'ufficiale di stato civile italiano del comune di F. non può rifiutare la trascrizione, nel relativo registro anagrafico, degli atti di nascita dei gemelli D. ed E. quali figli del predetto sig. Z., fermo restando l'illecito consumato che ha acconsentito, violando l'ordine pubblico italiano, a fare da madre surrogata ai gemelli; non può essere considerata madre legittima dei nati la moglie del sig. Z., donna che non ha in alcun modo fatto nascere alla vita i due gemelli, non avendoli né concepiti, né condotti in se stessa durante la loro gestazione, né partoriti: manca del tutto tra la donna ed i nati la necessaria relazione naturale e giuridica d'ordine parentale, che, di regola, dà vita al rapporto di maternità anche sul piano anagrafico”.

2.4 L'ordine pubblico

Il concetto di ordine pubblico⁶⁶ è di derivazione napoleonica e costituisce il riflesso dei nuovi principi scaturiti dalla rivoluzione francese. Nella legislazione italiana la nozione segna il suo ingresso in due corpi normativi, il c.c del 1865 e la legge n. 2248 in materia di pubblica sicurezza. L'art. 12 disp. Prel c.c del 1865 riproduceva quanto disposto dal codice napoleonico e cioè: *le leggi che riguardano in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon*

⁶⁵ Tribunale di Forlì del 25 ottobre 2011 (Italia-Kenia);

⁶⁶ Per la ricostruzione del paragrafo si vedano: Angelini F.(2007) *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam, pp. 83-98; Guarnieri (nota 17); Ferri G.B (1970), *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Roma, Giuffrè Editore, pp.1048 ss;

costume impediscono che abbiano effetto nell'ordinamento italiano se da esse difforni le leggi, gli atti, le sentenze di un paese straniero.

Allo stesso modo anche l'art. 1112 c.c (1865) affermava l'illiceità della causa del contratto quando contraria alla legge, al buon costume e all'ordine pubblico. Le regole di quest'ultimo nell'esperienza italiana risentono dell'influenza francese tanto da condurre ad una riduzione dei limiti e alla sua applicazione nell'ambito della difesa delle libertà economiche e quindi della tutela della libertà del mercato e dell'iniziativa economica privata. Come sottolinea Guarnieri⁶⁷, l'imitazione del modello francese non ha permesso al legislatore italiano di creare un modello proprio, adatto alle peculiarità italiane rendendo difficile la trasposizione in un ordinamento dove determinate norme non combaciano o non esistono.

L'affermazione di un ruolo diverso della nozione di ordine pubblico coincide con l'affermarsi dello stato corporativo. Da strumento di difesa delle libertà economiche diventa un cardine importante per il potenziamento della produzione nazionale in un'ottica autarchica e autoritaria. Il limite di ordine pubblico inizia ad essere utilizzato per questioni meramente politiche e repressive.

Il dibattito che ha preceduto la codificazione del nuovo codice civile del 1942 ha favorito l'immissione delle clausole di ordine pubblico al fine di introdurre strumenti di rinvio a principi etico-politici che rispecchiassero il corporativismo fascista. Il nuovo codice civile accentua la funzione protettrice dei principi fondamentali dell'ordinamento affidata, appunto, all'ordine pubblico. Tali fondamenti esplicano la loro azione indirettamente e cioè come limiti negativi di fronte ai quali si arresta sia la norma straniera, sia l'accordo privato. Si viene, quindi, a delineare la funzione di tutela dell'integrità dell'ordinamento giuridico

Per effettuare una ricostruzione attuale del concetto di ordine pubblico bisogna prendere in considerazione la Costituzione, visto che la lettura del codice si effettua in base ad essa. La Costituzione ha posto fine alla difficoltà di adeguare l'apparato normativo ai cambiamenti

⁶⁷ Guarnieri A. (1974) *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, Cedam, p.55 ss;

sociali che sollecitava il ricorso al buon costume in funzione sostitutiva dell'ordine pubblico o all'ordine identificato con i principi del fascismo. La Costituzione del 1947 con le norme contenute nella parte I, Tit. I-IV afferma i principi principali dell'ordinamento la cui integrità è garantita anche dall'ordine pubblico. Mentre i principi generali operano sul piano soggettivo, l'ordine pubblico svolge la sua funzione conservatrice nell'ambito dell'autonomia privata contribuendo a stabilire la demarcazione tra liceità e illiceità.

Il codice civile italiano rinvia in più occasioni all'ordine pubblico senza mai darne una definizione o un significato e correlandole alla nazione di buon costume. Il nucleo principale dell'ordine pubblico va però individuato nel diritto privato, più che nelle norme del codice che lo richiamano, come l'art. 1343 e il 1322 c.c. Quest'ultimo pur non esplicitando il concetto è direttamente collegato ad esso. Si tratta dell'autonomia negoziale che il legislatore del '42 ha richiamato nell'individuare i motivi che giustificano il ricorso all'ordine pubblico.

Ogni volta che il codice rimanda all'ordine pubblico svolge sempre la funzione di limite negativo nei confronti della protezione dell'ordinamento, dei contratti e dei criteri di valutazione della liceità.

In questo contesto si può meglio comprendere la relazione tra l'ordine pubblico e la sua contrarietà in un contratto di maternità. La mancanza di una legge prima, e la i divieti tassativi imposti dalla l.40/2004 hanno creato molti precedenti che i giudici sono ancora oggi chiamati a dirimere soprattutto quando, alla luce del crescente fenomeno del turismo procreativo, si presentano casi che valicano i confini nazionali e che sicuramente rendono più difficoltosa l'interpretazione e la distinzione dell'ordine pubblico interno e di quello internazionale.

Ci sono almeno due sentenze relative alle pratiche di maternità surrogata che richiamano l'ordine pubblico:

1. Corte di Cassazione - Prima Sezione Civile, Sentenza 11 novembre 2014, n. 24001⁶⁸: con questa sentenza la Corte ha ribadito che la maternità surrogata è vietata in Italia perché contraria all'ordine pubblico. In particolare afferma: “il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come già suggerisce la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione (...) governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori (...)”.

Nel 2012 il Tribunale per i minorenni di Brescia, dopo aver accertato la mancanza di legami biologici fra una coppia e un bambino nato in Ucraina in seguito a maternità surrogata, aveva dichiarato lo stato di adottabilità del minore, sospendendo i coniugi dall'esercizio della potestà di genitori e nominando un tutore.

Secondo il Tribunale il certificato di nascita che indicava la coppia di coniugi italiani come genitori del bambino era nullo anche ai sensi della legge ucraina che ammetterebbe le tecniche di surrogazione di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. Il certificato ucraino, inoltre, non avrebbe potuto essere riconosciuto in Italia perché lesivo dell'ordine pubblico e, in particolare, del divieto di maternità surrogata sancito dalla legge 40/2004. Non essendoci lo status di figlio legittimo del minore, il Tribunale aveva ritenuto di procedere alla dichiarazione di adottabilità. A seguito del rigetto dell'appello in secondo grado (gennaio 2013), i genitori avevano proposto ricorso per Cassazione. Ad avviso dei ricorrenti la statuizione di contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita potrebbe essere fondata solo ove

⁶⁸ Cfr. Capitolo 1

si riscontrasse nella normativa ucraina che disciplina l'accertamento del rapporto di filiazione in quel paese una incompatibilità con le norme di ordine pubblico italiane, non essendo sufficiente il richiamo al divieto di surrogazione. Il riferimento non potrebbe infatti essere limitato all'ordine pubblico interno, identificabile con il rispetto di norme inderogabili, ma andrebbe esteso all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come insieme di principi che ispirano la comunità internazionale⁶⁹. La Cassazione ammette che il richiamo non possa esaurirsi con il rispetto di norme imperative, ma che esso debba ricomprendere anche principi fondamentali dell'ordinamento riferendosi sia ai principi e ai valori che regolano i rapporti internazionali, sia quelli relativi alla dimensione interna, quindi nazionale.

Come sottolinea Falletti ⁷⁰ in tema di ordine pubblico, la giurisprudenza di legittimità precisa che *"ai sensi dell'art. 16 comma 1, n. 218 del 1995 costituisce il limite dell'applicabilità della legge straniera in Italia che si identifica in norme di tutela dei diritti fondamentali, deve essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari, con riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti, cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'eventuale adeguamento di essa all'ordine pubblico. Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane,*

⁶⁹ <http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>

⁷⁰ Cass. civ. Sez. Lav. 4 maggio 2007, n. 10215 in Falletti E. (2009) *Il concetto di "madre sociale": innovativo, condivisibile e già tramontato*, LIUC, p.2;

cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato".

2. Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009⁷¹: con questa sentenza e secondo la massima si riconosce ad un provvedimento inglese, con il quale è attribuita la maternità alla madre legale e non a quella biologica a seguito di un accordo di maternità surrogata, la trascrizione dei registri dello Stato civile italiano al fine di assicurare l'applicazione affettiva dell'interesse superiore del minore, considerato parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale. Non vi è contrarietà a quest'ultimo nella trascrizione ad un provvedimento inglese che assicura anche il rispetto del diritto comunitario garantendo unicità dello status del minore e la libera circolazione delle persone⁷². In questo caso la madre surrogata era inglese e il padre italiano e si è considerato il fatto che secondo il diritto internazionale privato l'accertamento del rapporto di filiazione (art.33 l. 218/1985), deve essere basato sulla legge nazionale del bambino al momento della nascita. Quindi, visto che i figli di cittadina inglese hanno la sua stessa nazionalità, è applicabile la logica giuridica dell'attribuzione di maternità surrogata poiché prevista dall'ordinamento inglese⁷³. Il limite al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri è la contrarietà all'ordine pubblico⁷⁴.

⁷¹ Si veda anche la richiesta di parere dal parte dell'ufficiale di Stato Civile alla Procura della Repubblica di Genova nell'aprile 2012: "la contrarietà all'ordine pubblico si desume dal complesso delle norme in un determinato momento storico ed è proprio sulla base di questo che potrebbero modificarsi i principi su cui si basa tale istituto. Per questo motivo prevale il concetto di *favor filiationis* .

⁷² Castellaneta M., (2009) *Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata*, in Guida al diritto- ilsole24ore, numero 5, maggio 2009;

⁷³ Il *parental order* adottato in Inghilterra che ha riconosciuto come madre quella legale piuttosto che quella biologica a seguito di un contratto di maternità surrogata.

⁷⁴ Calvigioni R., Palmieri L., Piola T., (2014) *I minori nei servizi demografici. La riforma della filiazione e gli adempimenti in materia di stato civile e anagrafe*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, p.73;

2.5 Buon costume : la questione della restituzione e della *soluti retentio*

I contratti di maternità surrogata, soprattutto se a pagamento, suscitano indubbiamente un problema di ordine morale. Anche con riguardo alla legge 40 si può affermare che la ratio concerne proprio la contrarietà dell'atto di autonomia privata ai canoni del buon costume. Il rifiuto di mercificare il corpo femminile attraverso un scambio economico il cui oggetto riguarda una questione intima come quella della gravidanza ha condotto ad una condanna della maternità surrogata. Nonostante l'atteggiamento morale e il divieto di surrogazione si pone e si è posta la questione delle restituzioni con riguardo alla maternità surrogata "onerosa". Si tratta di quanto la coppia committente abbia eventualmente corrisposto alla surrogata che, contravvenendo agli impegni originariamente assunti, non abbia portato a termine il suo compito, avendo in un secondo momento o revocato il consenso all'impianto dell'embrione o deciso di interrompere la gravidanza iniziata ovvero essendosi rifiutata, nell'esercizio delle proprie prerogative di madre "biologica", di "consegnare" il bimbo ai genitori "committenti" dopo la nascita. Il problema delle restituzioni andrebbe risolto alla luce dei principi generali sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), tenendo conto della natura della prestazione ricevuta ai fini di una sua valutazione in termini di "immoralità" ai sensi dell'art. 2035 c.c., operando in questo caso la regola della *soluti retentio*. Una simile interpretazione aveva indotto i giudici di merito a qualificare in termini di illiceità ex art. 1343 c.c. gli accordi surrogatori a titolo oneroso. La problematica relativa all'immoralità del contratto di maternità surrogata a pagamento, a ben considerare, è soltanto in apparenza superata dal divieto esplicito di surrogazione introdotto dalla legge 40, da cui deriverebbe inequivocabilmente e in ogni caso la nullità del contratto per violazione di norme imperative⁷⁵.

⁷⁵ Relazione del 15.4.2016 al seminario di studio su "Contratto di maternità surrogata, Maio V. (2016) *Il contratto di maternità surrogata. Analisi civilistica tra teoria e prassi*, Pp. 15-20;

Operando una distinzione tra rimborso delle spese sostenute dalla madre gestazionale e compenso per la locatio ventris, la pattuizione e la relativa corresponsione, ad opera dei genitori committenti, di un semplice rimborso in favore della madre gestazionale per le spese sostenute a fronte delle elementari esigenze di vita e di sostentamento tanto della gestante quanto del bambino nel periodo della gravidanza non sembra connotare in termini di onerosità l'accordo né giustificare un giudizio di condanna morale, inserendosi piuttosto nella cornice di un rapporto di solidarietà umana e familiare. Neppure in questo caso quanto percepito dalla madre surrogata dovrebbe essere restituito, anche se non contrario al buon costume, trattandosi all'evidenza, da parte del *solvens*, di mero adempimento di obbligazioni naturali ex art. 2034 c.c. «*non è ammessa la ripetizione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace*».

Un discorso diverso deve farsi quando la parte committente accordi alla madre sostituita un vero e proprio compenso per l'opera prestata, comprensiva della cessione del nato. La corresponsione di una retribuzione alla madre surrogata concretizza pertanto una prestazione contraria al buon costume anche da parte del *solvens*, tale da impedirne la ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c. partendo dal brocardo, *in pari causa turpitudinis, melior est condicio possidentis*⁷⁶.

⁷⁶ Salone B, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2014, pp. 166-169;

CAPITOLO 3

L' orientamento della giurisprudenza della Corte Edu in tema di maternità surrogata

Sommario 3.1 La sentenza Paradiso e Campanelli: i fatti; 3.2 La nozione di vita familiare; 3.3 *il best interest* del minore e l'ordine pubblico; 3.4 Le sentenze Mennesson/Labasse 3.5 La maternità surrogata nella Corte di giustizia europea: un caso particolare

3.1 La sentenza Paradiso e Campanelli: i fatti

Nei precedenti capitoli sono state riportate alcune sentenze che mettono in evidenza l'orientamento, non sempre conforme, della giurisprudenza italiana. Nel presente capitolo, invece, si ritiene necessario analizzare due sentenze della Corte Edu al fine di comprendere la diversità di vedute e le difficoltà che ne conseguono sia per le nuove famiglie che si creano in seguito alle pratiche di maternità surrogata, sia per i singoli ordinamenti che spesso si trovano a dover decidere sulla sorte delle prime cercando di bilanciare i molti diritti in gioco.

Con sentenza del 27 gennaio 2015⁷⁷, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU⁷⁸, in un caso particolare di maternità surrogata, in quanto si è ritenuto che le autorità pubbliche italiane non avessero operato un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco soprattutto relativamente a quelli del bambino in questione⁷⁹.

⁷⁷ Ricorso n. 25358/12 - Paradiso e Campanelli c. Italia;

⁷⁸ Diritto al rispetto della vita privata e familiare: 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.

⁷⁹ Rivera I., *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie. La Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, Federalismi.it – Focus Human Rights |n. 3/2015, pp. 3ss;

Attraverso un ricorso contro la Repubblica italiana due cittadini del medesimo Stato, i signori Paradiso e Campanelli, hanno adito la Corte⁸⁰ alla luce dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. I ricorrenti hanno presentato ricorso anche a nome del bambino che, secondo il certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe, risulta essere loro figlio⁸¹. Il ricorso, inoltre, si basa sul presupposto che il rifiuto di trascrivere il certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile italiano e l'allontanamento del minore siano incompatibili con l'articolo 8 della CEDU.

I ricorrenti avevano contattato una clinica di Mosca⁸² per ricorrere alla gestazione surrogata, dopo aver tentato, senza successo, il metodo della fecondazione in vitro per otto volte. In Russia, la maternità surrogata è regolata da diversi documenti. Ad esempio, l'art.35 della legge n.5487-I/1993 "*Sulla protezione della salute dei cittadini della Russia*" e nello specifico "*Fecondazione artificiale e impianto dell'embrione*" dichiara che l'inseminazione artificiale e impianto dell'embrioni sono effettuati in strutture legalmente autorizzate con consenso scritto dei coniugi. Ogni donna maggiorenne, in età fertile, ha il diritto di ricorrere alle tecniche suddette. Inoltre, il decreto 67 del Ministero della Salute disciplina la FIVET, la donazione di gameti ed embrioni, la maternità surrogata stabilendo il numero di embrioni da trasferire che non può superare il numero di tre alla volta⁸³.

Continuando sul caso in questione, si è proceduto con una fecondazione eterologa il cui esito positivo ha permesso di impiantare due embrioni nell'utero di una madre surrogata (non donatrice di ovuli) il 19 giugno 2010.

A parto avvenuto, la donna udì e sottoscrisse una dichiarazione prodromica alla formazione dell'atto di nascita, ai sensi della quale, secondo il diritto russo, la "surrogata" consentì

⁸⁰ Il 27 aprile 2012;

⁸¹ Secondo il certificato russo, il figlio, Teodoro Campanelli, sarebbe nato il 27 febbraio 2011;

⁸² La clinica è la *Rosjurconsulting*, specializzata in tecniche di fecondazione assistita.

⁸³ <http://www.jurconsult.ru/it/legislazione/>

all'inserimento nell'atto dei nomi dei coniugi quali genitori del bambino⁸⁴. Rientrati in Italia, chiesero la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile di Colletorto (CB), ricevendo un rifiuto, dovuto anche alla circostanza che il Consolato italiano a Mosca aveva informato il Ministero degli esteri e la prefettura di Campobasso che l'atto di nascita era falso. Ciò condusse alla messa sotto indagine dei coniugi per «alterazione dello stato civile» ex articolo 567 codice penale, per falso ai sensi degli articoli 489 e 479 del codice penale; inoltre, per violazione dell'articolo 72 della legge sulle adozioni⁸⁵ (legge n. 184 del 1983), perché avevano portato il bambino con loro senza rispettare la legge e avevano aggirato i limiti posti nell'autorizzazione all'adozione ottenuta nel 2006. Il pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni di Campobasso chiese l'apertura del procedimento di adottabilità in quanto il minore doveva essere considerato in stato di abbandono. Lo stesso giorno il tribunale per i minorenni nominò un curatore speciale ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 184 del 1983 e aprì il procedimento di adottabilità. Il tribunale per i minorenni ordinò di eseguire un test del DNA, dal quale emerse che non vi erano legami genetici tra il bambino e il ricorrente. La donna aveva comunque ammesso di non essere la madre biologica. Sulla base della perizia genetica e delle conclusioni delle parti, comprese quelle del curatore del minore,

⁸⁴ «Io sottoscritto (...) ho messo al mondo un bambino presso la clinica ostetrica (...) di Mosca. I genitori genetici del bambino sono una coppia sposata di italiani, Giovanni Campanelli, nato il (...) e Donatina Paradiso nata il (...), che hanno dichiarato per iscritto di voler impiantare i loro embrioni nel mio utero. Sulla base di quanto espresso sopra e conformemente al comma 5 del paragrafo 16 della legge federale sullo stato civile e al comma 4 del paragrafo 51 del codice della famiglia acconsento che nell'atto e nel certificato di nascita i coniugi di cui sopra siano iscritti come genitori del bambino da me partorito. (...)». [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686);

⁸⁵ legge n. 184/1983: secondo l'articolo 2, il minore che è rimasto temporaneamente senza un ambiente familiare idoneo può essere affidato ad un'altra famiglia che abbia, se possibile, altri figli minori, o una persona singola, o una comunità di tipo familiare, al fine di assicurargli il mantenimento, l'educazione e l'istruzione. Nel caso in cui non fosse possibile un affidamento familiare idoneo, è consentito l'inserimento del minore in un istituto di assistenza pubblico o privato, preferibilmente nel luogo di residenza del minore. L'articolo 5 prevede che la famiglia o la persona alla quale il minore è affidato debbano provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione (...) tenendo conto delle indicazioni del tutore ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità giudiziaria. La famiglia di accoglienza esercita la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la scuola e il servizio sanitario nazionale. L'articolo 8 prevede che «possono essere dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni, anche d'ufficio, (...) 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».

il tribunale per i minorenni decise di allontanare il bambino dai ricorrenti. Era infatti emersa non solo la mancanza di legami genetici tra il bambino e i ricorrenti, ma anche che questi ultimi avevano pagato una consistente somma di denaro. Secondo il tribunale non si trattava di un caso di maternità surrogata, perché il minore era stato portato illegalmente in Italia facendo credere che si trattasse del loro figlio, in violazione delle disposizioni sull'adozione internazionale (contenute nella medesima legge n. 184), e della legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 19 febbraio 2004). Il bambino fu quindi affidato a una casa famiglia in un luogo sconosciuto ai ricorrenti, ai quali venne proibito ogni contatto⁸⁶. Inoltre, il minore, essendo senza identità, seppur provvisoria, non poteva iscriversi a scuola, fare le vaccinazioni etc. Si contestava l'applicabilità dell'art. 33 l. n. 218/1995, escludendo l'eterologa e considerando illegale la surrogazione di maternità: era legittimo il rifiuto della trascrizione perché contraria all'ordine pubblico (d.P.R. n. 396/2000). Fu aperta, poi, una nuova procedura di adottabilità e gli fu attribuita una nuova identità sconosciuta ai ricorrenti, ribadendone l'impossibilità di adottarlo. Quindi sono ricorsi alla CEDU anche per una violazione dell'art. 6 Cedu. Si ricorda che L'art. 33 l. n. 218/1995 (diritto internazionale privato) sancisce che la filiazione è regolata dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. La l. n. 184/1983 disciplina l'adozione, sancendone casi particolari all'art.44⁸⁷. L'art. 72 punisce penalmente chi introduce sul nostro suolo un minore straniero in violazione della legge per procurarsi denaro od altri benefici e per affidarlo definitivamente ad una coppia italiana. Lo stato di adottabilità, essendo revocabile o modificabile, esclude il ricorso speciale ex art. 111 Cost. innanzi alla S.C. (Cass. n. 17916/2012). La

⁸⁶ Feraci O. (2015) *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N.2, PP 424 ss;

⁸⁷ Art. 44: I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'articolo 7:

- a) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori;
- b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
- c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi.

Nei casi di cui alle lettere a) e c) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.

Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi.

In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare.

legge russa consente la maternità surrogata e riconosce come genitori i committenti, imponendo stringenti limiti e non richiedendo alcun legame genetico tra questi ed il neonato. Infine il Comitato *ad hoc* sui progressi della biomedicina, nel 1989, ha pubblicato una serie di principi e tra questi uno in cui si vietava la maternità surrogata, salvo che i singoli stati la consentano in via eccezionale purché la madre decida di tenere il bambino o sia totalmente gratuita⁸⁸.

I coniugi presentarono un reclamo alla corte d'appello di Campobasso, sostenendo che i giudici italiani non potevano rimettere in discussione il certificato di nascita, e domandarono di non adottare misure riguardanti il bambino mentre erano ancora pendenti il procedimento penale a loro carico e il procedimento avviato per contestare il rifiuto di trascrivere il certificato di nascita. Con decisione del 28 febbraio 2012, la corte d'appello rigettò il ricorso. A seguito del sequestro del certificato di nascita russo, disposto dal procuratore della Repubblica presso il tribunale di Larino, si era accertato che i ricorrenti avevano commesso i fatti ascritti, li avevano nascosti e avevano corretto le loro versioni sui legami biologici con il bambino. Il trasferimento del provvedimento di sequestro al tribunale per i minorenni avrebbe impedito ai ricorrenti di chiedere il bambino in affido e di adottare lui o altri minori.

Il bambino fu quindi collocato presso una famiglia di accoglienza. Con decisione immediatamente esecutiva del 3 aprile 2013, la corte d'appello di Campobasso si pronunciò in merito al certificato di nascita, ordinando di rilasciare un nuovo atto di nascita recante l'indicazione che il bambino era figlio di genitori ignoti, nato a Mosca il 27 febbraio 2011, e con un nuovo nome. Dinanzi al tribunale per i minorenni venne avviata una nuova procedura relativa all'adozione del minore, diversa da quella avviata dai ricorrenti. Nel ricorso alla Corte EDU, i coniugi Paradiso e Campanelli lamentarono che l'impossibilità di ottenere il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero e le misure di allontanamento e di

⁸⁸http://www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000071778/Il_bambino_nato_da_maternita_surrogata_all_estero_e_figlio_dei_genitori_committenti_italiani.html

affidamento adottate dai giudici italiani avevano violato gli articoli 6, 8 e 14 della Convenzione⁸⁹.

Prima di continuare la presente trattazione è utile ricordare che anche in virtù di queste importanti sentenze della Corte Edu si è giunti ad esempio alla decisione della Corte di Cassazione, sezione VI penale, del 17 novembre 2016 n.48696. Secondo la Corte, infatti, non commette reato di falsa certificazione la donna che dichiara di essere la madre di bambini nati da maternità surrogata. In particolare, “va esclusa l’ipotesi delittuosa di cui all’art. 567, comma secondo, codice penale nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell’art.15 del d.P.R. n.396/2000, in ordine ai cittadini italiani nati all’estero e rese all’autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità ucraine che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla legge del luogo”⁹⁰. Quest’ultima, quindi, imporrebbe al genitore sociale di mettere il proprio nome sull’atto di nascita. La Cassazione esclude il reato di alterazione di stato nella richiesta di registrazione dell’atto di nascita di un bambino nato con le pratiche in questione anche quando non vi sia un rapporto strettamente genetico con il figlio⁹¹.

La Corte, infine, ha accolto parzialmente le richieste dei coniugi condannando l’Italia al pagamento a loro favore di 20.000 euro, a titolo di risarcimento del danno morale derivato dall’ingiusta rottura dei rapporti familiari. Lo Stato italiano non è stato però obbligato a modificare la situazione del bambino che, come si ricorda, era stato dato in affidamento.

⁸⁹[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajp AL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajp AL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;)

⁹⁰ [http://neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13551;](http://neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13551)

⁹¹ <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2016-11-18/utero-affitto-madre-puo-dichiararsi-111737.shtml?uuid=ADMwNAXB;>

3.2 La nozione di vita familiare

L'art. 8 della CEDU afferma che: «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 e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.».

L'art. 8 della Cedu pone degli obblighi positivi e negativi. Infatti, nel porre dei limiti all'ingerenza degli Stati, suggerisce anche di adottare misure finalizzate a garantire il rispetto della vita privata e della vita familiare. Ci dev'essere, quindi, un principio di proporzionalità tra la misura contestata e lo scopo perseguito ed è necessario un equilibrio tra gli interessi generali dello Stato e dei singoli. La Corte Edu si assicura proprio che questi interessi siano bilanciati.

Nel caso specifico vengono in rilievo le nozioni di vita privata e familiare⁹². Il contributo della Corte di Strasburgo è stato essenziale nel tentativo di tratteggiare meglio tali concetti, così da individuarne i risvolti applicativi concreti. Le applicazioni dell'art. 8 Cedu in ambito

⁹²Si ricorda che nella giurisprudenza della Corte si registrano alcune decisioni che trattano questioni affini. Una delle più note è quella relativa al caso S. H. AND OTHERS contro AUSTRIA, deciso il 1 aprile 2010 (n. 57813/00). Il 4 ottobre 2010 il Governo austriaco aveva promosso il rinvio alla Grande Camera della sentenza S.H. e altri c. Austria del 1° aprile 2010 in materia di fecondazione assistita. La I Sezione aveva constatato la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU nei confronti di coppie che chiedevano di essere sottoposte a pratiche di fecondazione assistita mediante ricorso a donazione di ovulo o di sperma. La Corte europea dei diritti dell'uomo, in quel caso, ha stabilito che il divieto assoluto di fecondazione eterologa in vitro non è compatibile con il combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, che sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione, quando la normativa nazionale consenta in casi analoghi la fecondazione omologa in vitro e la fecondazione eterologa in vivo. <http://www.altalex.com/documents/news/2014/07/15/maternita-surrogata-cedu-riconosce-lo-status-di-figlio-legittimo>;

familiare sono state molteplici (si pensi a quei casi che hanno permesso il ricongiungimento familiare o hanno impedito l'espulsione)⁹³.

La Corte Edu ha elaborato una nozione di «vita familiare» più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela. Il concetto autonomo di «vita familiare» include⁹⁴:

1. i coniugi e i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della «coabitazione». Relativamente al rapporto tra ciascun coniuge e la prole, la «vita familiare» persiste anche nel caso di scioglimento del matrimonio e di affidamento dei figli ad un solo genitore;
2. la filiazione naturale essendo il rapporto familiare riconnesso solo al fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori. Si ricorda che alla stessa nozione appartiene anche l'adozione;
3. i rapporti di fatto tra partner di diverso sesso, rilevando, a tal fine, indici quali la durata del rapporto, la coabitazione e la presenza di figli. L'art. 8 non impone, però, agli Stati contraenti l'obbligo di prevedere per le coppie di fatto uno statuto giuridico uguale a quello delle coppie coniugate ;
4. la relazione stabile tra un individuo sottoposti ad un intervento di mutamento di sesso, il partner di sesso biologicamente uguale (femminile) e il figlio di quest'ultima, concepito mediante inseminazione eterologa.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli contro Italia*⁹⁵, è stata accertata l'esistenza della «vita familiare», tutelabile alla stregua dell'art. 8 Cedu, tra i ricorrenti e il minore. Tale valutazione,

⁹³ Vizzoni L. (2015) *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in www.juscivile.it, pp.647 ss;

⁹⁴ Paturno Donati M.G (2015) *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in www.europeanrights.eu, pp. 5 ss;

⁹⁵Dalla sentenza *Paradiso e Campanelli contro Italia* sull'applicazione dell'articolo 8 della Convenzione: “ *La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et*

dipende dalla presenza di legami personali stretti, non necessariamente fondati sul matrimonio. In questa vicenda non esiste un legame familiare riconosciuto in quanto, come si è visto, l'atto di nascita russo non è stato trascritto a causa della legge italiana. Ciò che sussiste, però, è una relazione familiare di fatto, che rientra certamente nell'ampia nozione di vita familiare offerta dall'art.8. I coniugi hanno trascorso con il minore le prime tappe importanti della sua vita, ovvero sei mesi in Italia, decorsi tre mesi dalla nascita, oltre a qualche settimana in Russia nel periodo precedente e si sono comportati nei confronti del bambino come dei genitori⁹⁶. La Corte di Strasburgo, come visto, ha riscontrato l'esistenza di una "famiglia di fatto" sulla base di due aspetti: l'uno oggettivo, di natura fattuale, relativo al tempo trascorso tra i ricorrenti e il minore (*"les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie"*) e l'altro soggettivo, volontaristico, afferente

une relation a suffisamment de constance (Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, § 30, série A n o 297-C; Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, § 55, série A n o 112 ; Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 44, série A n o 290 ; X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, § 36, Recueil 1997-II). Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (E.B. c. France [GC], no 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (Marckx, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), no 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, § 62, série A n o 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (Pini et autres c. Roumanie, nos 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V). 68. La Cour note que le cas d'espèce présente des similitudes avec l'affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg (no 76240/01, 28 juin 2007). Dans l'affaire luxembourgeoise il était question de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière d'une requérante au profit d'une deuxième requérante. La Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de reconnaissance de l'adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux de facto existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure. Dans une autre affaire (Moretti et Benedetti, précitée, §§ 50-52), il était question d'un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d'un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l'enfant auprès d'une autre famille aux fins d'adoption. La Cour a également conclu à l'existence d'une vie familiale de facto, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52). En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux de facto. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie : six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale de facto entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce".

⁹⁶ Masciotta C.(2015) *L' allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la corte di strasburgo condanna l'italia per violazione della vita familiare*, in Rivista Aic, n.4/2015, p. 2ss;

all'atteggiamento dei coniugi italiani nei confronti del minore (*“les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents”*)⁹⁷. Quindi, anche in assenza di un legame genetico, la Corte, considera i coniugi come genitori perché si sono comportati da tali. La particolarità di questa sentenza riguarda soprattutto il fatto sociale. I giudici, partendo da un dato di fatto (la relazione tra il bambino e i ricorrenti) ha ritenuto che l'art.8 potesse essere applicato anche a questo caso. Ciò significa che il concetto di vita familiare non riguarda solamente una nozione giuridica definita, ma anche le relazioni che vengono a crearsi tra i soggetti in questione. Quindi, se da una parte si conferma il carattere generico della nozione di vita familiare, dall'altro si tende a realizzare il *best interest* del minore. In questo caso, l'interesse del bambino non può che concretizzarsi nell'ambito relazionale, più che in quello legislativo.

Bisogna sottolineare che fino alla sentenza Paradiso e Campanelli, la determinazione del carattere “familiare” delle relazioni di fatto doveva tener conto di elementi specifici, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino e la percezione che quest'ultimo ha dell'adulto: questi i requisiti idonei a far rientrare un legame relazionale nella nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 Cedu. Nel caso Campanelli, tuttavia, i giudici di Strasburgo allargano il concetto di “vita familiare” escludendo la durata del periodo trascorso insieme al bambino. La convivenza può risultare anche breve, ciò che conta è soltanto l'essersi comportati come genitori e l'aver condiviso i primi mesi (i più importanti) della sua vita. L'art. 8 della Cedu e la sua interpretazione in continua evoluzione segue sicuramente i cambiamenti e le esigenze sociali che di volta in volta si presentano, ma ciò che preoccupa alcuni è che questa visione allargata può determinare stravolgimenti negli ordinamenti interni soprattutto se il concetto tende a essere applicato senza limiti. In effetti, ciò che in questa sentenza non si considera è la natura

⁹⁷ Feraci O. (2015) *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia, Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N.2, pp. 431 ss;

illeciti degli atti commessi dai coniugi che hanno agito in contrasto con l'ordinamento italiano⁹⁸. Dal canto loro, i ricorrenti, hanno specificato che l'atto di nascita è stato formato in conformità con il diritto russo che non richiede il legame genetico e che ammette le pratiche di maternità surrogata.

Altra particolarità di questa sentenza riguarda il contrasto con la decisione dei giudici italiani nonostante il fine di entrambe le sentenze sia lo stesso. Mentre la Corte Edu ha ritenuto che la tutela del minore partisse proprio dal legame, anche se non biologico, tra il nato e i coniugi, i giudici italiani hanno, anche violando il diritto alla vita privata, allontanato il minore per cercare di tutelarlo. Questa decisione, secondo la Corte, ha determinato una ingerenza nella vita familiare.

Sempre secondo l' art. 8 CEDU, per poter essere considerata legittima, l'ingerenza, deve essere prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo e deve essere necessaria in una società democratica. Per quanto riguarda la previsione legislativa la Corte ha avallato la decisione dei giudici italiani in quanto sono state applicate le norme di diritto internazionale privato e in materia di adozione. Infatti, sussisteva innanzitutto l'impossibilità di determinare la nazionalità del minore (figlio di donatori sconosciuti) ai sensi dell'art. 33 della legge n. 218/19952 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), con la conseguenza che la decisione assunta dal giudice italiano di dichiarare minore in stato di abbandono e in stato di adottabilità non può essere considerata arbitraria. Per quanto riguarda la legittimità dello scopo perseguito, la Corte ha riconosciuto la volontà del giudice italiano di tutelare il minore ,considerando anche la violazione della legge sull'adozione internazionale (l. n. 183/1984) e del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 di ricorso alla PMA di tipo eterologo, allora vigente. Infine, occorre valutare la legittimità dell'intromissione nella vita familiare, ossia la necessità della misura statale "in una società

⁹⁸ Masciotta C.(2015) *L' allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la corte di strasburgo condanna l'italia per violazione della vita familiare*, in Rivista Aic, n.4/2015, p. 7;

democratica”. Secondo la Corte, il fatto che non sussistesse alcun legame genetico tra i ricorrenti e il minore, nonostante l’assenza di tale divieto in Russia, faceva presagire che le autorità italiane avessero preso la giusta decisione nel negare lo *status filiationis* formatosi all’estero. tale statuizione aveva, però, comportato l’allontanamento del minore e l’affido dello stesso dapprima ai servizi sociali e poi ad un’altra famiglia. In tale situazione, è necessario quindi valutare la ragionevolezza della misura adottata alla luce del superiore interesse del minore⁹⁹.

3.3 Il *best interest* del minore e l’ordine pubblico

Il rifiuto, per contrarietà all’ordine pubblico, di registrare il certificato di nascita rilasciato in Russia e il successivo allontanamento del minore dalla famiglia “sociale”, hanno aperto un ulteriore profilo sulla vicenda. La Corte, infatti, è stata chiamata a stabilire quale fosse il miglior interesse del minore. Questo viene considerato preminente anche rispetto alla realtà biologica dei fatti. Il *best interest* è spesso utilizzato come clausola generale al fine di tener conto delle evoluzioni socio-culturali e della storia personale del minore.

La mancata trascrizione dell’atto di nascita avrebbe compromesso "il diritto all’identità personale del minore", non potendosi affermare che il miglior interesse per il minore sia quello volto a privarlo di un legame attraverso il quale viene ad esprimersi il diritto al proprio status di figlio¹⁰⁰.

⁹⁹ Rivera I., *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie. La Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all’ordine pubblico internazionale*, Federalismi.it – Focus Human Rights |n. 3/2015, p 7;

¹⁰⁰ Schettino S., (2016), *La maternità surrogata tra limite dell’ordine pubblico e prevalente interesse del minore (riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU sul caso Paradisi e Campanelli c. Italia)*, Dirittifondamentali.it, Rivista online, Fascicolo 1/2016, pp. 4ss;

Afferma la Corte¹⁰¹: *«la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3). ».*

La valutazione che ne fa la Corte, ribadendo il consolidato principio secondo il quale "ogni volta che è in causa la situazione di un minore deve prevalere l'interesse superiore di quest'ultimo" quale interesse concorrente e prevalente rispetto al limite dell'ordine pubblico, comporta una restrizione del margine di apprezzamento di cui gode lo Stato in un contesto, come questo della maternità surrogata, in cui data la rilevanza giuridica nonché i risvolti in termini etici e sociali del tema e delle relative conseguenze ad essa connesse, si renderebbe necessario preservare la discrezionalità di ciascuno Stato in termini di scelte normative adottate¹⁰².

I giudici dissenzienti, Raimondi e Spano, sempre a proposito dell'identità del minore e dell'ordine pubblico, sostengono¹⁰³:

«Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphes 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même. ».

¹⁰¹ Paradiso e Campanelli c. Italia par. 85.

¹⁰² ibidem

¹⁰³ Paradiso e Campanelli c. Italia opinione separata, pag.31;

Il riconoscimento del superiore interesse del minore rispetto al limite dell'ordine pubblico interno finirebbe per legittimare il ricorso ad una pratica - la maternità surrogata - vietata nel nostro Paese (art. 12 della Legge 40/2004) con il rischio che, mediante future pronunce analoghe al caso Paradiso - Campanelli, la Corte EDU possa neutralizzare le scelte legislative di uno Stato in tema di gestazione surrogata.

Per la Corte, il riferimento all'ordine pubblico «non può essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altra natura». In questa logica dunque, l'allontanamento del minore dal contesto familiare rappresenterebbe, ad avviso della Corte, una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo in ultima ratio, giustificabile laddove rispondesse allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui. Bisogna precisare ancora una volta che la Corte non ha stabilito di far rientrare il minore nel nucleo familiare. Tale discrasia diventa paradossale in quanto i giudici, nell'affermare che il miglior interesse sia proprio quello di non allontanare il minore, non giunge ad un fatto concreto.

Infine, richiamando la sua giurisprudenza sul tema, ha rammentato come l'art. 8 CEDU pone a carico dello Stato degli obblighi inerenti al rispetto effettivo della vita familiare per cui, laddove è accertata l'esistenza di un legame familiare, lo Stato deve in linea di principio permettere lo sviluppo del legame adottando tutte le misure a tal fine idonee nell'interesse del minore. Per i giudici di Strasburgo, le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco¹⁰⁴: *«la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu. »*.

¹⁰⁴ Paradiso e Campanelli c.Italia par.86

Al contrario, se si prende in esame la decisione della Corte di Cassazione (sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014), si comprende come siano diverse le visioni. La Cassazione, infatti, afferma che “il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico e che l'interesse superiore del minore è perseguito dal legislatore italiano attribuendo la maternità a colei che partorisce, affidando all'istituto dell'adozione la realizzazione di una genitorialità che non prevede il legame biologico”¹⁰⁵.

3.4 Le sentenze Mennesson/Labassee

Per avvallare le argomentazioni della sentenza Paradiso e Campanelli, la Corte, ricorda alcuni precedenti che, nonostante la diversità della realtà biologica, possono considerarsi simili nelle questioni principali. Ci si riferisce alle sentenze Mennesson c. Francia (Ricorso n. 65192/11) e Labassee c Francia (n. 65941/11) del 2014.

La Corte, prima della sentenza Paradiso e Campanelli aveva già chiarito che anche nei casi di atti di nascita derivanti da maternità surrogata l'interesse al rispetto dell'identità personale può valere come contro limite al principio di ordine pubblico.

L'ordinamento francese vieta rigorosamente il ricorso alla maternità surrogata e la giurisprudenza respinge le richieste di trascrizione degli atti di nascita (relativi ai casi di maternità surrogata all'estero) sulla base del principio di indisponibilità dello *status personae* e della contrarietà all'ordine pubblico interno e internazionale¹⁰⁶.

Nel caso in questione, i ricorrenti sono due cittadini francesi, Dominique e Sylvie Mennesson e due cittadine americane (Valentina e Fiorella Mennesson). I richiedenti hanno

¹⁰⁵<https://aldricus.com/2015/02/03/maternita-surrogata-allestero-e-superiore-interesse-del-minore-la-corte-europea-dei-diritti-sanziona-litalia-per-lallontanamento-del-minore-dai-genitori-committenti/>

¹⁰⁶ Stanzione M.G. (2015), *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, Giappichelli Editore, p.107;

adito la corte il 6 ottobre 2011 in virtù dell'art. 34¹⁰⁷ della Cedu. All'origine dei fatti vi è l'impossibilità della seconda ricorrente di avere figli a causa della sua infertilità. Dopo aver tentato invano la fecondazione *in vitro* con i propri gameti, i coniugi hanno deciso di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con i gameti del marito e l'ovulo di una donatrice in vista dell'impianto degli embrioni fecondati nell'utero di un'altra donna. A tal fine si sono recati in California, dove la pratica è permessa dalla legge, e hanno concluso un contratto di gestazione per altri. I ricorrenti hanno precisato che , in conformità al diritto californiano, la surrogata non può essere remunerata, ma può ricevere solo rimborsi.

Nell'ottobre del 2000 nascono due gemelle. La Corte Suprema della California aveva già deciso che il primo richiedente sarebbe stato il padre biologico e la seconda la madre legale e che sull'atto di nascita sarebbero comparsi come madre e padre. I giudici francese, invece, hanno stabilito che il contratto di maternità surrogata è nullo perché contrario al principio dell'ordine pubblico di indisponibilità del corpo umano e dello *status personae*. Per tale motivo il certificato non è stato riconosciuto dalle autorità francesi¹⁰⁸.

Il caso Labassee è molto simile al primo. I ricorrenti sono due cittadini francesi (Francis e Monique Labassee) e una cittadina americana (Juliette Labassee). Sempre a causa di un problema di fertilità decidono di ricorrere alla maternità surrogata e concludono un contratto, negli Stati Uniti, con l'*International Fertility Center for Surrogacy*. La terza ricorrente nasce nel 2001 in Minnesota e anche in questo caso i giudici attribuiscono la genitorialità ai coniugi Labassee¹⁰⁹.

In entrambi i casi al consolato francese viene rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita proprio in virtù del divieto imposto dalla legge francese di ricorrere a pratiche di maternità surrogata. Nonostante ciò le coppie riescono comunque a tornare in Francia con i propri

¹⁰⁷Art.34: la Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto.

¹⁰⁸ Caso Mennesson c. Francia, Procedura e Circoastanze;

¹⁰⁹ Labassee c Francia, Procedura e Circoastanze

bambini utilizzando i passaporti rilasciati loro dallo Stato americano (i bambini risultano essere cittadini americani). Dopo avere presentato ricorso alla Corte di Cassazione, i ricorrenti si vedono definitivamente respingere la richiesta di trascrizione sui registri di stato civile del certificato di nascita dei bambini. Entrambe le coppie in proprio e in nome e per conto dei figli ricorrono alla Corte Europea dei diritti dell'uomo a causa della presunta violazione da parte dello Stato francese degli artt. 8 e 14 della Cedu.

Le questioni che vengono in rilievo in entrambe le sentenze riguardano innanzitutto la violazione dell'art.8 Cedu. I ricorrenti ritengono che la negata trascrizione degli atti sia contraria al miglior interesse dei bambini che risultano riconosciuti all'estero, ma non in Francia. La questione che i ricorrenti sottopongono alla Corte nel caso in esame, non è se sia compatibile con la Convenzione il divieto posto da uno Stato membro di ricorrere alla surrogazione di maternità, bensì se sia compatibile con i diritti garantiti dalla Convenzione la decisione dello Stato di privare i bambini nati da una maternità surrogata regolarmente praticata all'estero, nel Paese in cui gli stessi risiedono, dei documenti di stato civile che attestino il loro *status* di figli della coppia che ha fatto ricorso alla procreazione assistita, in particolare per quanto riguarda il loro rapporto con il padre biologico¹¹⁰.

Quanto all'art. 14 (divieto di discriminazione) letto in combinato disposto con l'art. 8, i ricorrenti sostengono che i bambini si troverebbero in una situazione svantaggiosa rispetto ad altri bambini in quanto privati della possibilità di godere pienamente del diritto al rispetto della loro vita familiare. La Corte riconosce la legittimità della legislazione francese che nega la trascrizione degli atti di stato civile nei casi di surrogazione di maternità. La Corte è consapevole che il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere un rapporto giuridico tra i figli nati all'estero da maternità surrogata e i genitori sociali nasce dalla volontà di

¹¹⁰ <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3201-viola-l-art-8-della-cedu-lo-stato-che-non-riconosce-il-rapporto-di-filiazione-costituito-all-estero>

scoraggiare i propri cittadini ad utilizzare, al di fuori del proprio Paese, un metodo di procreazione vietato sul territorio nazionale¹¹¹.

L'interferenza dello Stato nella vita familiare sarebbe lecito perché persegue gli scopi legittimi indicati nell'art. 8 della Convenzione: "protezione della salute" e "protezione dei diritti e delle libertà altrui".

La Corte EDU ha riconosciuto che non c'è stata violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare. Ha affermato, invece, che c'è stata violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei minori al rispetto della loro vita privata. La Corte prende questa decisione scindendo la valutazione che riguarda il riconoscimento giuridico del legame familiare da quella che riguarda il riconoscimento giuridico dello status dei bambini, dunque della loro identità.

Per quanto riguarda la vita familiare della coppia che ha fatto ricorso alla surrogazione di maternità all'estero, la Corte osserva che non vi è dubbio che la loro vita familiare sia stata influenzata negativamente dal mancato riconoscimento dello *status* di genitori ai sensi del diritto francese. La Corte rileva, però, che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non ha impedito ai ricorrenti di godere del loro diritto al rispetto della vita familiare. I ricorrenti hanno potuto trasferirsi in Francia poco dopo la nascita dei bambini e lì vivere assieme a loro in condizioni paragonabili, in linea di massima, a quelle nelle quali vivono le altre famiglie. Né vi è ragione di credere che vi sia un concreto pericolo per i bambini di essere separati dai loro genitori in ragione della loro posizione giuridica in Francia.

Pertanto, conclude la Corte, tenuto conto degli effetti pratici che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione ha avuto sulla vita familiare dei ricorrenti, e del margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto allo Stato membro

¹¹¹http://www.academia.edu/11232586/Menesson_c._Francia_e_Labassee_c._Francia_le_molteplici_sfumature_della_surrogazione_di_maternit%C3%A0_Menesson_v._France_and_Labassee_v._France_the_various_shades_of_surrogacy_practice_in_Quaderni_costituzionali_2014_953_ss

Al contrario, per quanto riguarda il diritto dei minori nati da madre surrogata al rispetto della vita privata, la Corte sostiene che il rispetto per la vita privata include il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori. Sulla base del diritto francese, però, i bambini nati all'estero facendo ricorso a surrogazione di maternità si trovano in una situazione di incertezza giuridica. Il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del loro *status* di figli della coppia per conto della quale la gravidanza è stata portata a termine, mette in pericolo la loro identità all'interno della società francese

la cittadinanza è un importante elemento che contribuisce a definire l'identità di ciascuna persona. Nel caso di specie, anche se il padre biologico ha la nazionalità francese, i minori si trovano ad affrontare una situazione di grave incertezza circa la possibilità di acquisire la nazionalità e tale incertezza rischia di incidere negativamente sulla definizione della loro identità.

Inoltre, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità francesi incide negativamente sui diritti alla successione dei figli nati all'estero da madre surrogata. Questi ultimi, infatti, possono ereditare dai genitori che hanno fatto ricorso alla surrogazione di maternità solo se istituiti eredi. Gli effetti del mancato riconoscimento nell'ordinamento francese del rapporto di parentela tra i bambini nati da madre surrogata e la coppia che ha fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità, si estendono anche alla sfera giuridica dei minori, incidendo sul loro diritto al rispetto della vita privata, che implica la possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti di parentela¹¹² Ad avviso della Corte, si pone dunque un serio

¹¹² *Mennesson c. Francia*, § 99, «*les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté*»; analogamente *Labassee c. Francia*, § 78.

problema di compatibilità di questa situazione con il supremo interesse dei minori, il cui rispetto deve guidare tutte le decisioni che li riguardano.

Non si può sostenere che il mancato riconoscimento del rapporto giuridico tra i figli e i padri biologici vada nella direzione di tutelare l'interesse del minore, soprattutto quando non vi sono ostacoli di nessun genere ed esiste la volontà di attuare il riconoscimento di tale rapporto. Anche per questo motivo lo Stato francese ha oltrepassato il margine di apprezzamento consentito. Tenuto conto dell'importanza che è necessario riconoscere all'interesse del bambino nel bilanciamento degli interessi in conflitto, la Corte conclude che nel caso di specie il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata è stato violato¹¹³. La presenza di un genitore biologico ha sicuramente influenzato la decisione della Corte. Come si è visto anche nella sentenza Paradiso e Campanelli, la Corte opera in qualsiasi caso per salvaguardare il minore, che da solo non potrebbe tutelarsi, e spesso lo fa, almeno a parere dei critici, non considerando alcuni fenomeni devianti che dalle pratiche di surrogazione potrebbero derivare.

3.5 La maternità surrogata nella Corte di Giustizia europea: un caso particolare

Avendo spostato la presente analisi dal contesto nazionale ad uno internazionale, è importante capire come gli organismi dell'Unione Europea si comportano dinnanzi a casi di maternità surrogata.

Il Parlamento europeo ha diffuso una nota esplicativa sulle questioni relative alla maternità surrogata con elementi di internazionalità attraverso uno studio del Comitato affari giuridici dell'Europarlamento e condotto da Amalia Rigon e Célibe Chateau¹¹⁴. Lo studio, che ricostruisce la divisione all'interno dei Paesi membri, con alcuni Stati come Francia,

¹¹³ Cfr. nota 32

¹¹⁴ ipol_bri2016571368_en

Germania e Italia che vietano in modo assoluto la maternità surrogata e altri, come Grecia e Regno Unito, che l'ammettono nei casi in cui non vi sia passaggio di denaro e sia attuata senza fini di lucro, mette in primo piano le soluzioni da seguire per risolvere una situazione che comporta numerosi problemi di ordine internazionale¹¹⁵.

Vista la carente legislazione dei paesi membri sui diversi temi che riguardano la maternità surrogata, spesso, spetta all'Unione dirimere le differenti questioni. Molto significativa a questo proposito è la pronuncia della Corte di Giustizia europea riguardante la possibilità di concedere o meno un congedo parentale ad una donna che ha avuto un figlio biologico per effetto di un contratto di maternità surrogata¹¹⁶.

Il 18 marzo 2014 la Corte si è dovuta pronunciare in merito alla corretta interpretazione della normativa pertinente al fine di stabilire se il diritto di una donna, che abbia avuto un figlio biologico per effetto di un contratto di maternità surrogata, ad ottenere un congedo retribuito, analogo a quello concesso per la maternità o per l'adozione, sia protetto dal diritto dell'Unione. La questione riguarda una controversia tra la signora Z., una madre committente che ha avuto un figlio mediante il ricorso alla maternità surrogata, e un ministero irlandese (*Government department*) e il consiglio di amministrazione di una scuola comunale in Irlanda (*Board of management of a community school: di seguito Board of management*), a fronte del rifiuto di concedere alla signora Z. un congedo di maternità retribuito per la nascita del figlio. In seguito al ricorso presentato dalla signora. A fronte di tale rifiuto il Tribunale della parità (*Equality Tribunal*) è stato chiamato a pronunciarsi su alcune questioni : 1. di essere stata oggetto di una discriminazione fondata sul sesso 2. sulla situazione familiare e sull'handicap.

¹¹⁵ <http://www.marinacastellaneta.it/tag/maternita-surrogata>

¹¹⁶ Sentenze C-167/12 e C-363/12 Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

l'Equality Tribunal ha deciso di rinviare, ex articolo 267 TFUE, alla Corte di giustizia per ottenere chiarimenti in merito. Ai fini del giudizio della Corte sono venuti in rilievo¹¹⁷:

1. La direttiva 2006/54 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego, in particolare gli articoli 4 e 14. La Corte ha utilizzato come metro di paragone la situazione di una persona di sesso maschile rilevando che l'articolo 4 (concernente l'eliminazione delle discriminazioni in materia di retribuzione per eguale lavoro) e l'articolo 14 (riguardante l'occupazione e le condizioni di lavoro) debbono essere letti in combinato disposto con l'articolo 2, par. 1 e 2, della direttiva 2006/54. In base all'articolo 2, par. 1, per aversi discriminazione diretta basata sul sesso è necessario che la discriminazione, nella fattispecie il rifiuto di concedere il congedo, riguardi esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi; sussiste una discriminazione indiretta qualora il provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, tratti meno favorevolmente i lavoratori di un sesso rispetto all'altro.
2. La Corte ha anche verificato se un trattamento meno favorevole, collegato alla gravidanza, possa essere riscontrato ai sensi della direttiva 92/85 del Consiglio del 19 ottobre 1992¹¹⁸ che ha come obiettivo il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, richiamata dall'articolo 2, par. 2, della direttiva 2006/54. La Corte rileva in proposito che una madre committente, dal momento che non è mai stata incinta del figlio e non ha mai partorito, non può, per definizione, essere oggetto di un trattamento meno favorevole

¹¹⁷ Osservatorio sulla Corte di giustizia dell'Unione Europea n. 2/2014, *Maternità surrogata: la normativa dell'Unione Europea non contempla il diritto di una madre committente ad ottenere un congedo retribuito di maternità*, pp.390-394;

¹¹⁸ la direttiva 92/85 vuole, attraverso il congedo di maternità, aiutare le lavoratrici a superare le limitazioni psicofisiche collegate alla gravidanza e al periodo successivo al parto, nonché consentire il loro reinserimento sul mercato del lavoro alla conclusione del congedo. La direttiva rappresenta quindi uno strumento per realizzare condizioni di uguaglianza sostanziale tra i sessi.

per ragioni collegate alla gravidanza. Essa precisa inoltre che, in pari data, è stato statuito che non esiste un obbligo per gli Stati membri di concedere un congedo retribuito, ai sensi della direttiva 92/85, neanche nel caso in cui una madre committente allatti al seno il suo bambino (v. sentenza D., causa C-167/12).

3. All'esame della Corte vi è anche la possibilità che la signora possa essere paragonata ad una madre adottiva. Entrambe, infatti, non hanno dato alla luce un figlio. La Corte di giustizia rileva, infatti, che l'art.16 della direttiva 2006/54, nel lasciare liberi gli Stati di riconoscere altri diritti di congedo (in particolare per adozione o parentale), impone soltanto, a quegli Stati che siffatti diritti riconoscono, di tutelare le lavoratrici e i lavoratori, che esercitano tali diritti, dal licenziamento e dalle condizioni meno favorevoli che potrebbero essere loro imposte alla fine del congedo. Ne deriva che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento ed al rientro al lavoro non sono comprese nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/54.
4. Infine, è importante in questo contesto anche l'applicazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità di cui l'Unione europea è parte a seguito della decisione 2010/48 CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GUUE 2010 L 423, p. 35: di seguito la Convenzione ONU). Ad avviso della signora Z., infatti, l'impossibilità di sostenere una gravidanza deve essere qualificata come un handicap. La Corte che la nozione di handicap non è definita dalla direttiva 2000/78, a differenza della Convenzione ONU che ne dà una definizione piuttosto ampia. Per questo sostiene ritiene che la nozione di handicap, secondo la direttiva 2000/78, deve essere riferita ad una *“limitazione, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”* e non vi rientra la maternità surrogata.

In conclusione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che non è contrario al diritto dell'Unione negare il congedo di maternità ad una “madre committente” che abbia avuto un figlio mediante ricorso a surrogazione di maternità. Ciò significa che c'è una scarsa regolamentazione dei diversi ambiti che potrebbero incrociarsi con la maternità surrogata e soprattutto si evidenzia ancora una volta una sorta di discriminazione operata nei confronti della donna. Nelle diverse sentenze analizzate emerge proprio la disparità di trattamento dovuta, in alcuni casi al fatto che il padre è biologico e la madre è sociale e in altri casi , come quello appena esposto, ad fattore di svantaggio risultante da quegli ordinamenti che non tutelano abbastanza le donne nei veri ambiti sociali.

CAPITOLO 4

La maternità surrogata: il panorama internazionale

Sommario: 4.1 La maternità surrogata in Europa; 4.2 Regno Unito; 4.2 Gli Stati Uniti; 4.4 L'Ucraina; 4.5 Un caso pratico di maternità all'estero

I capitoli precedenti evidenziano come le differenti normative sulla maternità surrogata creino dei conflitti all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati. Ciò significa che, ad esempio, il divieto vigente in Italia non implica certamente l'abbandono da parte delle coppie di un progetto familiare. Molte di queste si recano all'estero dove le norme sono meno restrittive di quelle italiane. Tale anomalia conduce la presente analisi ad approfondire la legislazione di quei paesi (rivolgendo l'attenzione anche al resto d'Europa) che in questa trattazione sono stati posti in contrasto alla normativa italiana. Ci si riferisce al Regno Unito, agli Stati Uniti e all'Ucraina.

4.1 La maternità surrogata in Europa

L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha bocciato, recentemente, a Strasburgo un rapporto della propria commissione Affari sociali in cui si raccomandava al Comitato dei ministri di "esaminare l'opportunità e la fattibilità dell'elaborazione di linee guida miranti a salvaguardare i diritti del bambino in caso di convenzioni relative alla maternità surrogata"¹¹⁹. La diversità legislativa all'interno dell'Unione rende ancor più difficile disciplinare una materia così complessa che va a toccare temi etici, culturali e religiosi.

¹¹⁹ <http://www.altalex.com/documents/news/2016/10/12/maternita-surrogata>

Uno studio del Parlamento europeo del 2013¹²⁰ sulla maternità surrogata divide i paesi europei in:

- ✓ paesi proibizionisti che vietano la pratica;
- ✓ paesi che consentono l'accesso alla surrogazione e ne disciplinano le condizioni;
- ✓ I paesi in cui non è prevista alcuna regolamentazione, a eccezione del divieto di stipulare accordi di surrogazione ai fini di lucro o alla previsione di un pagamento che vada oltre il mero rimborso delle spese rese necessarie dalla gravidanza¹²¹.

Tra i primi paesi, oltre all'Italia, vi rientrano l'Austria, la Germania, la Francia, la Spagna. In Austria, ad esempio, la maternità surrogata è vietata in virtù della legge n. 293/92¹²² che regola l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie sterili e/o infertili. L'articolo 2 consente l'accesso alle tecniche in questione alle coppie regolarmente sposate o conviventi, quando sia stata accertata l'impossibilità di una gravidanza anche attraverso tecniche meno invasive. La legge consente solo la fecondazione omologa, anche se è consentita la fecondazione *in vivo* quando il coniuge/convivente non sia in grado di riprodursi. L'art.3 implicitamente vieta la maternità surrogata in quanto consente solamente l'utilizzo di ovociti e spermatozoi del coniuge convivente. Inoltre, cellule e ovociti in grado di svilupparsi possono essere utilizzati solo nella donna dalla quale provengono. Resta il divieto della donazione di ovuli e della fecondazione *in vitro*. La donazione di cellule embrionali donate da terzi è permesso solo con il certificato del donatore e con l'autorizzazione di un giudice (atto notarile)¹²³.

¹²⁰ Policy Department. Citizens' rights and Constitutional affairs (2013) *A comparative study on the regime in EU Member States*, European Parliament;

¹²¹ <http://www.tpi.it/mondo/europa/maternita-surrogata-cosa-e>

¹²² "Bundesgesetzes mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung" ovvero "Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita"

¹²³ Ciervo A., (2010) *Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40?*, Università degli Studi di Perugia. Dipartimento di Diritto pubblico, pp.1ss;

In Germania non esiste una normativa specifica in materia di PMA. Essa si riscontra in una legge penale complementare, l'*Embryonen Schutzgesetz* (legge per la tutela dell'embrione)¹²⁴. Gli effetti civilistici della fecondazione artificiale si riscontrano nel diritto di famiglia e nella legge fondamentale (*Grundgesetz-GG*) che tutela la dignità umana, la famiglia, il matrimonio. Nel 2006 sono state varate le Linee Guida per l'effettuazione della procreazione assistita. Queste, oltre a dettare i requisiti per l'accesso alle tecniche, i destinatari, le pratiche ammesse, vietano espressamente la maternità surrogata¹²⁵. Bisogna sottolineare, però, che anche in Germania ci sono state delle aperture. Con una sentenza emanata il 10 dicembre 2014, la Corte federale di giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof, BGH*) ha riconosciuto la genitorialità ad una coppia omosessuale tedesca che aveva concluso, in California, un contratto che ha prodotto nel maggio del 2011 la nascita di un bimbo concepito per mezzo di una donazione di ovuli fecondati in vitro con i gameti di uno dei due uomini della coppia. Il padre biologico ha riconosciuto il neonato al Consolato tedesco di San Francisco e un tribunale californiano ha iscritto i due uomini come genitori del bambino nell'atto di nascita.. La coppia, di ritorno dagli Stati Uniti ha cercato di far trascrivere il certificato di nascita nei registri dello stato civile al fine di far riconoscere l'altro uomo come padre legale. Non essendo permessa tale pratica in Germania, gli uomini si sono trovati davanti ad un rifiuto (si vedano anche i casi precedenti). Dopo un ricorso, la Corte federale di giustizia ha accolto la loro domanda, contravvenendo alle leggi nazionali che vietano la surrogazione e per cui la madre è sempre colei che partorisce¹²⁶.

¹²⁴A differenza dell'Italia, la legge sulla tutela dell'embrione sanziona penalmente il medico per la sua prestazione che consenta la c.d. maternità surrogata, mentre né la madre in affitto né le persone "committenti" sono soggette ad una sanzione penale. L'art. 1, comma 3, ESchG sancisce, infatti, che non sono punibili, "1) nei casi di cui al primo comma nn. 1, 2 e 6, la donna dalla quale ha origine l'ovocellula o l'embrione e la donna nella quale viene trasferito l'ovocellula o si intende trasferire l'embrione, nonché, 2) nei casi di cui al primo comma, n. 7, la madre surrogata e la persona disposta a prendere definitivamente in affidamento il bambino".

¹²⁵ Costantini M.P., D'Amico M. (2014) *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, Milano, Franco Angeli, pp. 338-339;

¹²⁶<http://www.ilpattosociale.it/news/3236/ACHTUNG-binational-BABIES-Maternit%C3%A0-surrogata-in-Germania-doppio-linguaggio.html>

La normativa francese sulla maternità surrogata si rintraccia nel capo II del *Code civil*, «del corpo umano», introdotto dalla l. 29 luglio 1994 n. 94-653 (*loi de bioéthique*, modificata nel 2004 e nel 2011), la cui disposizione principale è l'art. 16: «la legge assicura il primato della persona, vieta ogni attentato alla dignità della medesima e garantisce il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita». L'art. 6.1 sancisce inoltre l'inviolabilità del corpo umano, che non può essere oggetto di un diritto patrimoniale (come tale e nelle sue componenti e prodotti). Nello specifico le disposizioni relative alla maternità surrogata si ritrovano nell'art. 16-7, secondo cui «ogni convenzione sulla maternità surrogata è nulla»; l'art. 16-9, secondo cui «le disposizioni del presente capo sono d'ordine pubblico». L'inosservanza di tali disposizioni è sanzionata dall'art. 227-12 *Code pénal* che prevede la pena di un anno di arresto, e di 15.000 euro di ammenda, per chi media tra un singolo o una coppia che desidera un figlio ed una donna che accetta di condurne la gestazione, per poi consegnarlo al/ai committenti¹²⁷.

L'ultimo dei paesi presi in considerazione che vieta la maternità surrogata è la Spagna. L'art.10 della legge 14/2006 stabilisce che è illegale. I contratti di *gestación por sustitución* sono nulli. L'art. 10 della legge così recita: “1. È nullo in modo assoluto il contratto con il quale si conviene la gravidanza, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione in favore del contraente o di un terzo. 2. La filiazione dei figli nati per gravidanza surrogata sarà determinata in base al parto. 3. Si fa salva la possibile azione di reclamo della paternità rispetto il padre biologico, conformemente alle regole generali”. Per la legge sulla PMA, sopra citata, la dichiarazione di nullità del contratto non comporta nessuna sanzione amministrativa. La sua conclusione non ha rilevanza penale, ma allo stesso tempo non ha rilevanza giuridica. Infatti, filiazione del figlio nato spetta alla madre biologica,

¹²⁷<http://www.foroitaliano.it/corte-eur-diritti-delluomo-26-giugno-2014-m-iv-561-sul-divieto-di-maternita-surrogata-contrasto-in-francia-con-la-convenzione-dei-diritti-delluomo-per-violazione-del-diritto/>

e così risulterà nel Registro dello stato civile. Infine, data la illiceità del contratto, la dottrina ha segnalato che la donna gestante non avrebbe obbligo di consegnare il neonato, né di indennizzare l'altra parte per l'inadempimento contrattuale¹²⁸.

Tra i Paesi che consentono la maternità surrogata e ne disciplinano le condizioni vi è la Grecia. La gestazione per sostituzione è stata regolata da due leggi. La legge 3089/2002 e la legge 3305/2005. Nonostante l'esclusione delle coppie omosessuali, è permessa quando la donna sia priva dell'utero o delle ovaie oppure quando soffra di patologie che potrebbero mettere a rischio a la sua vita. La particolarità della Grecia, così come dell'Inghilterra, è che la gestante riceve solo un rimborso spese¹²⁹. Ciò significa che la maternità surrogata ha una finalità altruistica.

Tra i paesi in cui la maternità surrogata non ha una precisa regolazione vi sono il Belgio e la Danimarca. Nel primo Paese la nullità del contratto emerge dall'illiceità dell'oggetto e della causa in quanto in contrasto con il principio di indisponibilità del proprio corpo e dello stato civile di non disponibilità dei diritti della madre che porta in grembo il bambino determinandone l'origine. Tuttavia, molte cliniche traggono vantaggio dal gap legislativo e ammettono richieste di maternità surrogata. In questo modo, fuori da ogni quadro legislativo, queste cliniche hanno stabilito rigide condizioni alle pratiche di maternità surrogata. Considerando la nullità degli effetti, quando viene verificato un caso di surrogazione all'interno dello Stato, il contratto non può essere eseguito¹³⁰.

In Danimarca non vige un divieto specifico in quanto la questione non è regolata da una legge. La maternità commerciale non è ammessa, ma è tollerata quella altruistica. I contratti non sono applicabili e il trasferimento della genitorialità legale richiede l'adozione.

¹²⁸ Passaglia P., (2014), *La fecondazione eterologa*, in Cortecostituzionale.it, pag. 83;

¹²⁹ http://www.repubblica.it/salute/2016/02/google29/news/maternita_surrogata_i_paesi_dove_si_puo_fare-134491543/

¹³⁰ Policy Department. Citizens' rights and Constitutional affairs (2013) *A comparative study on the regime in EU Member States*, European Parliament, p.206ss;

Tabella 1 Panorama europeo maternità surrogata (continua pagina successiva)

Paese	Divieto generalizzato	Divieto per la maternità surrogata commerciale	*Agevolazioni esplicite	Nessuna legge specifica sulla maternità surrogata
Austria	Vietata la donazione di ovuli e, pertanto, vietata la maternità surrogata gestazionale	Nessun divieto specifico per la maternità surrogata tradizionale	No	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata tradizionale
Belgio	No	Vietata la maternità surrogata commerciale per motivi di ordine pubblico	Alcune disposizioni in una clinica per la fertilità, soggette a determinate condizioni; alcune proposte legislative sono attualmente al vaglio del Parlamento	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica; i contratti non sono applicabili e il trasferimento della genitorialità legale richiede l'adozione
Bulgaria	Sì	n. p.	No: tuttavia sono attualmente sotto esame delle bozze di legge	n. p.
Cipro	No	No	No	Sì
Repubblica ceca	No	No	No	Sì
Danimarca	No	Sì	No	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica; i contratti non sono applicabili e il trasferimento della genitorialità legale richiede l'adozione
Estonia	No	No	No	Sì
Finlandia	Vietati gli accordi di maternità surrogata con ricorso a trattamenti per la fertilità	Nessun divieto specifico per la maternità surrogata tradizionale	No	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata tradizionale
Francia	Sì	n. p.	n. p.	n. p.
Germania	Sì	n. p.	n. p.	n. p.
Grecia	No	Sì	Sì: restrizioni per la maternità surrogata gestazionale altruistica	n. p.
Ungheria	No	Sì	No	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica
Irlanda	No	Sì	No: tuttavia vi sono alcuni orientamenti formali sugli accordi di	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica; i contratti non

Fonte: Policy Department. Citizens' rights and Constitutional affairs (2013) *A comparative study on the regime in EU Member States*, European Parliament, Sintesi;

Tabella 1.1 Panorama europeo maternità surrogata

			maternità surrogata transfrontalieri	sono applicabili e il trasferimento della genitorialità legale richiede l'adozione. Tuttavia, i tribunali hanno recentemente concesso ai genitori genetici intenzionali di essere citati come i genitori legali all'atto della registrazione della nascita
Italia	Si	n. p.	n. p.	n. p.
Lettonia	No	Si	No	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica
Lituania	No	No	No	Si
Lussemburgo	No	No	No	Si
Malta	Si	n. p.	n. p.	n. p.
Paesi Bassi	No	Si	Si: la maternità surrogata gestazionale altruistica deve per legge attenersi agli orientamenti professionali	Nessuna legge specifica per la genitorialità: è necessaria l'adozione
Polonia	No	No	No	Si
Portogallo	Si	n. p.	n. p.	n. p.
Romania	No	No	No	Si
Slovacchia	No	No	No	Si
Slovenia	No	No	No	Si
Spagna	Si	n. p.	No	n. p.
Svezia	Divieto per le cliniche per la fertilità di concludere accordi di maternità surrogata	No	No: lo Swedish Council on Medical Ethics ha recentemente pubblicato una relazione sulla riproduzione assistita, in cui propone il consenso alla maternità surrogata altruistica in Svezia	Nessuna legge specifica per gli accordi privati di maternità surrogata: per il trasferimento della genitorialità è necessaria l'adozione
Regno Unito	No	Si	Normativa sul trasferimento della genitorialità in determinate circostanze	Nessuna legge specifica per la maternità surrogata altruistica: i contratti non sono applicabili e la genitorialità può essere trasferita solo in determinate circostanze

Fonte: Policy Department. Citizens' rights and Constitutional affairs (2013) *A comparative study on the regime in EU Member States*, European Parliament, Sintesi;

4.2 Regno Unito

Nel Regno Unito la prima nascita di un essere umano attraverso le tecniche di fecondazione *in vitro* fu quella di Louise Browns nel 1978. Questo fatto, con il primo accordo di maternità surrogata che ha visto la nascita di Kim Cotton¹³¹, hanno contribuito a regolamentare questi fenomeni. Già nel 1984, il *Warnock Report*¹³² raccomandava di introdurre una normativa che rendesse illegale tutti gli accordi di maternità surrogata. Tale attenzione nei confronti di questi temi sono sfociati nel *Surrogacy Arrangements Act* nel 1985.

Nonostante i numerosi atti, la maternità surrogata non è una tecnica regolamentata dalla legge o dall'*Authority*. La pratica è solo tollerata.

Dopo la commissione Warnock, un'altra, la Brazier¹³³, si è aperta leggermente a questa pratica, ma ha sottolineato il dissenso nei confronti di una eventuale normativa che le incoraggiasse. Anche sul piano morale, i giudici, ad esempio, si sono spesso astenuti dall'esprimere un giudizio concentrandosi sempre sul migliore interesse del bambino¹³⁴.

*Human Fertilisation and Embryology Act*¹³⁵ del 1990, modificando l'atto del 1985 suggerisce che gli accordi di maternità surrogata non configurano un reato, ma non hanno valore legale. Ciò significa che coppia committente non può citare in giudizio la madre

¹³¹ Alla nascita del bambino lo stesso veniva abbandonato dalla signora Cotton prima che l'aspirante padre venisse a prenderlo; così, effettuate alcune indagini circa le condizioni in cui la coppia si trovava, il giudice accettava la richiesta presentatagli dal padre committente del bambino per ottenere la sua custodia. Alla coppia committente venivano attribuiti la cura e l'obbligo di controllo sul bambino, e le veniva così concesso il permesso di portarlo fuori dal Regno Unito; la decisione di affidare il controllo e la cura del bambino ai suoi "genitori sociali" veniva poi motivata dal giudice che la riteneva l'unica possibilità di attuare il benessere primario del nato.

¹³² Commissione d'inchiesta inglese *Human Fertilisation and Embryology*

¹³³ *Surrogacy. Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation. Report of the Review Team*, 1998;

¹³⁴ In un caso del 1985 si è affermato che i problemi etici e sociali che comporta la maternità surrogata non sono importanti al fine di stabilire quale sia la cosa migliore da fare per il bambino.

¹³⁵ All'art. 30 dichiara il nato come figlio legittimo della coppia committente e lascia alle autorità competenti il controllo della regolarità del contratto posto in essere. Se tale regolarità viene accertata al momento della consegna del minore da parte della madre surrogata ai genitori committenti, il Tribunale emette contestualmente un'ordinanza che regolarizza la situazione giuridica del minore. La validità del contratto di surrogazione è sostanzialmente legata al rispetto dei requisiti di gratuità e consensualità.

surrogata e questo non può farlo quando non sia stata versata la somma pattuita o quando la coppia rifiuti il bambino dopo la nascita.

La particolarità anche nel caso inglese riguarda il fatto che nonostante il divieto di commercializzazione, nella prassi le donne surrogate ricevono tra le £10-15.000. Le corti che hanno il potere di autorizzare i pagamenti anche dopo che il fatto si sia palesato alle autorità, decidono sempre nel miglior interesse del bambino. Ciò significa che, a fronte dell'illecito, i giudici potrebbero comunque decidere di affidare il bambino alla stessa coppia committente¹³⁶.

In assenza di una prova di maternità fondata sulle intenzioni delle parti, sorgono alcuni problemi relativi all'attribuzione della maternità. La madre del bambino è colei che porta a termine la gravidanza a prescindere dal legame biologico che può esistere o meno. Questa condizione impone alla madre surrogata di tenere il bambino fino a quando non vi è l'esecuzione di un *parental order* o finché la committente non avvia le procedure per l'adozione.

Ai sensi dell'*Human Fertilisation and Embryology Act* la coppia committente, per ottenere la genitorialità di un bambino, deve richiedere un *parental order* entro sei mesi dalla sua nascita o avviare le pratiche per l'adozione. Quest'ordine deve essere emesso da un giudice alla presenza di un tutore legale che faccia valere gli interessi del bambino. In seguito, l'anagrafe registra il certificato di nascita omettendo il collegamento con il *parental order*. Al compimento della maggiore età, il nato da maternità surrogata avrà comunque il diritto di accedere al certificato di nascita originale¹³⁷.

Come affermato nel documento prodotto dalla Corte Costituzionale che si sta analizzando¹³⁸:

¹³⁶ Passaglia P., (2014), *La fecondazione eterologa*, in Cortecostituzionale.it, pag. 59ss.;

¹³⁷ In seguito allo *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008, i *parental orders* possono essere emessi anche per le coppie non sposate (civil partners e coppie conviventi).

¹³⁸ Si veda nota 10

« Per ottenere un parental order, almeno uno dei richiedenti deve essere geneticamente imparentato con il bambino, il concepimento non può essere avvenuto per mezzo di un rapporto naturale, il bambino deve essere domiciliato presso i richiedenti e la corte deve accertare che non sia stato effettuato alcun pagamento in denaro o almeno che questo pagamento non ecceda il quantum delle spese ragionevolmente sostenute nel corso della gravidanza. Tuttavia, nella prassi, la concessione di un parental order non è mai stata ostacolata dal riscontrato versamento alla madre surrogata anche di cifre consistenti.

L'emissione del parental order estingue in via permanente il rapporto di maternità giuridica della madre surrogata e rende gli individui committenti i genitori legali del bambino; inoltre, si ha automaticamente una nuova emissione del certificato di nascita del bambino nel quale si mostrano, come genitori legali del bambino, gli individui richiedenti.».

L'applicazione delle norme non sono comunque restrittive in quanto prevale sempre l'interesse superiore del minore. Ciò emerge anche in un caso relativo all'emissione di un *parental order* nel 2014 in cui i sei mesi previsti dalla legge, per richiederlo, erano passati.

In particolare, i genitori committenti, avevano portato a termine un accordo di maternità surrogata con una coppia indiana. Il bambino nato nel 2011, era stato concepito impiantando nell'utero della madre surrogata l'embrione ottenuto dalla fecondazione di un ovulo di una donatrice e i gameti maschili del padre committente. Il minore era entrato nel Regno Unito con un passaporto britannico quando erano ormai già passati più di sei mesi dalla sua nascita. I committenti avevano dichiarato di non aver presentato richiesta per il *parental order* in quanto non erano a conoscenza del termine di sei mesi previsto dalla legge. Secondo la Corte i genitori, trascorsi i sei mesi, avrebbero comunque la possibilità di presentare una richiesta d'adozione. Nonostante ciò il giudice afferma che le Corti devono essere preparate a ricevere richieste tardive come quella del caso di specie e che la decisione deve essere finalizzata a

realizzare l'interesse del minore e il suo diritto ad avere una famiglia. Quindi, il termine previsto dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* non è da intendersi come perentorio¹³⁹.

Nel caso in cui una coppia sia impossibilitata ad ottenere il *parental order* può avviare le pratiche per l'adozione previste dall' *dall'Adoption and Children Act 2002*¹⁴⁰ sotto stretto controllo dei servizi sociali locali. Alcuni problemi potrebbero presentarsi nei casi in cui la madre surrogata provenga da un paese straniero e la coppia committente sia britannica, poiché, anche se i genitori fossero idonei a ricevere un *parental order*, il bambino dovrebbe probabilmente rientrare nelle condizioni poste dal diritto dell'immigrazione. La coppia può richiedere un *parental order*, che trasferirà la genitorialità alla coppia committente, dinanzi ad un tribunale britannico soltanto se risiede nel Regno Unito.

Infine bisogna sottolineare che alla nascita del bambino, la madre surrogata è legalmente sempre la madre, ma uno degli individui committenti può essere il secondo genitore legale del bambino. Non potendo avere tre genitori, solo uno degli individui può esserlo al momento della registrazione della nascita. L'altro, diventerà tale solo dopo l'emissione del *parental order*.

4.3 Gli Stati Uniti

Negli Stati Uniti l'invadenza della contrattualizzazione anche nel campo del diritto di famiglia, la delegittimazione delle posizioni di controllo pubblico e religioso e il

¹³⁹ <http://www.biodiritto.org/index.php/item/546-x-surrogacy-high-court-2014>

¹⁴⁰ In generale, l'adozione diventa ufficiale con l'emanazione di un'ordinanza (giudiziale) di adozione, il c.d. *adoption order*. Prima di emettere un tale *order*, la corte deve accertarsi che le seguenti condizioni siano state soddisfatte:

a) se l'adozione è stata organizzata da un'agenzia di adozione, il bambino deve aver vissuto con i richiedenti per almeno dieci settimane prima della richiesta dell'ordinanza; b) se l'adozione non ha visto il coinvolgimento di un'agenzia ed il richiedente è uno *step-parent* o un partner del genitore, il periodo minimo di convivenza col bambino è di sei mesi; c) se il richiedente è un genitore affidatario, è necessario un periodo continuativo minimo di un anno; d) se il richiedente è un parente, il bambino deve aver vissuto con il richiedente per un periodo continuativo di tre anni nei cinque anni precedenti la richiesta; e) l'emanazione dell'ordinanza di adozione deve essere fondata sul superiore interesse del fanciullo; f) il genitore o i genitori naturali acconsentono all'adozione, quando il loro consenso è necessario (non lo è, ad es., quando i genitori non sono legalmente in grado di prestare il consenso, sono irreperibili oppure se ciò è necessario per salvaguardare l'interesse del fanciullo); (http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_omoparentale.pdf).

riconoscimento dell'autonomia in materia di fertilità hanno favorito l'introduzione di schemi alternativi alla famiglia tradizionale. La tendenza *from status to contract* è venuta a crearsi tra lo scontro tra realtà culturali ed etniche che riconoscevano il legame biologico come l'unico possibile e quella sociale. Nonostante gli Stati Uniti siano un Paese di tradizione *common law*, si è creato in diversi casi di adottare legislazioni armonizzate. Tra queste si ricorda l'*Uniform Parentage Act* che riguarda le regole comuni del diritto di famiglia tra gli stati membri della federazione¹⁴¹.

Nello specifico, la dottrina statunitense riconosce il diritto di ogni soggetto di procreare, in assenza di una legislazione, che si trae dal diritto di privacy e dalla sua tutela costituzionale. In questo senso è possibile affermare che le tecniche di procreazione artificiale contribuiscono al pieno sviluppo della personalità dell'individuo¹⁴². La Corte suprema federale ha affermato che "se il diritto di privacy significa qualcosa, esso è il diritto dell'individuo [...] di essere libero da intrusioni ingiustificate dei pubblici poteri in questioni che tanto incidono su una persona quanto la decisione circa il se portare o generare un figlio"¹⁴³.

Il vuoto legislativo sia federale che statale e l'assenza di precedenti sufficienti hanno favorito lo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita negli ultimi decenni. Tra l'altro, si registra un aumento nell'uso della maternità surrogata, soprattutto da parte delle coppie gay con una conseguente pressione sullo Stato di New York dove, attualmente la maternità surrogata commerciale è vietata.

La regolamentazione della materia può essere dedotta dall'alternativa tra il rispetto della libertà individuale e l'intervento pubblico. A prevalere è quasi sempre la prima.

Nella prassi si trova una qualche forma di regolamentazione in fonti di Soft Law. Tra queste, insistono le *Guidelines for gametes and embryo donation*, del 2008, formulate dal

¹⁴¹ Falletti E., (2007)La filiazione. *Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Matelica (MC), Halley Editriche, pp.94-97;

¹⁴² *Ibidem*

¹⁴³ Passaglia op.cit 143

Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine e dal Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology.

Una delle particolarità è che si prevede che “la coppia dovrebbe essere incoraggiata ad elencare le caratteristiche che desiderano in un potenziale donatore, incluse la razza e/o l'appartenenza etnica, l'altezza, la struttura corporea, la carnagione, il colore degli occhi e dei capelli e la loro consistenza”¹⁴⁴.

Tra i casi più importanti di maternità surrogata negli Stati Uniti si ricordano il caso *Baby M.*, il caso *Johnson V. Calvert*, la questione *Buzzanca* e due casi più recenti, del 2013, *In Re the Paternity of F.T.R.* e l'ultimo, nello Stato del Connecticut, in cui si è scoperto durante la gravidanza che il bambino avrebbe avuto gravi problemi di salute.

Nel 1985 Elisabeth Stern, affetta da sclerosi multipla, e William, il marito, decisero di ricorrere alla maternità surrogata per avere un figlio. La coppia decise di rivolgersi al Centro di sterilità di New York. Nel centro raccomandarono loro come soluzione al problema la tecnica di inseminazione artificiale eterologa, cioè di una donna diversa da Elizabeth. A questo fine era necessario trovare una madre sostituta, surrogata o « di affitto ». Dopo un attento studio delle possibili candidate, la scelta cadde su Mary Beth Whitehead, una casalinga di 29 anni, sposata con un operaio e madre di due figli. Quando i medici domandarono a Beth se era disposta ad aiutare una coppia impossibilitata ad avere discendenza, lei rispose affermativamente. La coppia Stern ebbe vari incontri con lei, dopo i quali William Stern firmò con Mary Beth Whitehead un contratto, nel quale quest'ultima si impegnava ad essere inseminata artificialmente con il seme del signor Stern. Inoltre M. Beth accettava di sottomettersi all'esame dell'amniocentesi o altro simile, al fine di scoprire qualsiasi possibile anomalia genetica o congenita e abortire il feto «su richiesta di William Stern, suo padre naturale». In questo caso, il prezzo da pagare per la maternità di affitto sarebbe stato di 1000 dollari. Nel caso in cui Mary Beth avesse rifiutato di abortire, sarebbero

¹⁴⁴ Passaglia op.cit 148

cessati tutti gli altri obblighi contrattuali, eccetto quelli derivanti dal diritto di paternità. Come compenso per tutto ciò, gli Stern le avrebbero versato 10.000 dollari alla nascita, dopo avere ricevuto la tutela legale del neonato. Il 17 marzo 1986 Mary Beth diede alla luce una bambina, Baby M., alla quale mise il nome di Sara, mentre gli Stern la chiamarono Melisa. La signora Whitehead tenne la bimba in casa per tre giorni, trascorsi i quali la consegnò alla coppia Stern. Successivamente la signora Whitehead decise di tenere il bambino e di andare in un altro Stato in caso di ingiunzione. Il 20 aprile i Whitehead misero la loro casa in vendita, dicendo che si trasferivano in Florida. Gli avvocati della famiglia Stern si recarono dal giudice Sorkow e, senza notificarlo previamente ai Whitehead e senza dar loro la possibilità di rispondere, chiesero al giudice di concedere al signor Stern l'immediata custodia della bambina. La ragione addotta era che i Whitehead stavano pensando di trasferirsi in Florida, poiché erano a conoscenza dei procedimenti giudiziari che si stavano preparando e volevano eludere la giurisdizione dei tribunali dello Stato del New Jersey. Il giudice ordinò l'immediata consegna della bambina alla custodia del signor Stern. Il giorno seguente la famiglia Whitehead fuggì in Florida con Baby M. Quando riuscirono a riottenere la bambina, il giudice Sorkow confermò la custodia della bambina ai signori Stern. A suo parere il contratto era esigibile e la custodia doveva essere concessa al signor Stern in ragione del miglior interesse della bambina¹⁴⁵.

Nel caso Johnson V. Calvert del 1993, molto simile al precedente, una coppia di genitori, decidono di ricorrere alla maternità surrogata con l'impianto di un embrione ottenuto con i gameti dei committenti. La donna surrogata, inizialmente aveva promesso che avrebbe rinunciato ai diritti sui bambini, salvo poi cambiare idea. Come nel caso precedente, la coppia si è rivolta alle autorità giudiziarie chiedendo che il loro diritto alla genitorialità, dopo aver concluso un contratto, fosse riconosciuto. La Corte Suprema Californiana, oltre a sancire la validità del contratto e la sua non contrarietà rispetto all'ordine pubblico ha affermato che

¹⁴⁵ http://www.webethics.net/studiocasi_em_babym

nonostante il ruolo di madre naturale veniva attribuita alla donna che avesse dato alla luce il nato, nel caso in cui non vi fosse stata contemporaneità tra le suddette due condizioni, il giudice avrebbe dovuto fare leva sul concetto di volontà di procreare, riconoscendo la genitorialità legale e naturale in capo alla coppia committente, e affermando, dunque, che la sola intenzione delle parti, manifestata attraverso la conclusione del contratto e il consenso prestato per accedere alle procedure mediche necessarie, bastava per poterli considerare i genitori naturali e legali del minore¹⁴⁶.

Nel terzo caso, e sembra sia quello con un impatto morale molto forte, Luanne e John Buzanca forniscono l'embrione già fecondato. Trovano, inoltre, una donna che accetta di portare a termine la gravidanza (pratica ammessa in California).

Questo caso è molto più complicato perché al momento della nascita della bambina la coppia committente risultava divorziata e il marito ha adito la Corte in quanto non riteneva di dover provvedere al mantenimento della bambina. La Corte è stata chiamata a decidere, su istanza dell'ex marito che era già stato condannato in primo grado al pagamento di un assegno in favore della minore.

La Corte si è pronunciata su due questioni¹⁴⁷:

1. La definizione della madre legale e cioè se questa possa essere la moglie oppure la donna che ha partorito o nessuna delle due: la Corte superiore della California ha affermato che la moglie non possiede i requisiti per essere dichiarata madre legale (non è la madre gestante né quella genetica e non ha presentato richiesta d'adozione). Allo stesso modo, nemmeno la donna che ha semplicemente "prestato l'utero" può essere ritenuta madre legale;
2. La Corte esclude che il marito debba continuare a provvedere al mantenimento della bambina.

¹⁴⁶ http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Utero%20surrogato%20normative%20a%20confronto_0.pdf

¹⁴⁷ Falletti (2007) op.cit 109-110;

La minore, in definitiva, è stata dichiarata figlia di nessuno come si era soliti appellare i nati fuori dal matrimonio nei sistemi di *common law*.

Gli ultimi due casi sono più recenti, risalgono al 2013. Nella questione *In Re the Paternity of F.T.R.*¹⁴⁸ si è creato un vero precedente in quanto il Wisconsin non dispone di una disciplina specifica che riguardi la maternità surrogata e non aveva, fino a quando non si è presentato questo caso, nemmeno un fatto simili a cui appellarsi. La coppia committente e la madre surrogata si conoscevano da tempo, e si erano accordati per scritto per la fecondazione degli ovociti della madre surrogata con gli spermatozoi del marito (maternità parziale). Alla nascita del bambino, la coppia committente se ne sarebbe assunta la responsabilità legale, e la madre surrogata avrebbe acconsentito all'emissione di un'ordinanza giudiziale di trasferimento della genitorialità. I rapporti non brillanti, durante la gravidanza, tra i committenti e la surrogata hanno determinato la volontà di quest'ultima di sciogliere l'accordo. La Corte suprema del Wisconsin ha stabilito che l'accordo di surrogazione parziale era giuridicamente vincolante, a patto che ciò fosse nel miglior interesse del bambino. Tuttavia, la Corte ha affermato che le clausole che richiedevano alla madre surrogata di rinunciare alla genitorialità non potevano essere fatte valere, e che essa avrebbe dunque mantenuto la maternità giuridica del bambino¹⁴⁹. L'ultimo caso riguarda lo Stato del Connecticut. I genitori committenti, dopo aver scoperto che il nascituro avrebbe avuto problemi di salute, hanno deciso di interrompere la gravidanza. La madre surrogata si è opposta. La coppia non poteva legalmente costringere la donna ad abortire, ma secondo il diritto vigente nello Stato del Connecticut, i genitori genetici, che sarebbero diventati anche i genitori legali, avevano annunciato la loro intenzione di dare in adozione il bambino. La madre surrogata si era così recata in Michigan, dove la legge prevede che la madre surrogata ne assuma la responsabilità giuridica, e dove un'altra coppia si era offerta di prendersi cura del figlio. Il caso si è risolto con la cessione della paternità dal padre

¹⁴⁸ <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=99308>

¹⁴⁹ Passaglia op.cit 147;

committente, biologico, al padre adottivo, e la nomina della madre surrogata sul certificato di nascita del bambino¹⁵⁰.

4.4 L'Ucraina

Non di rado le autorità giudiziarie accertano condotte di coppie di coniugi italiani che si recano a Kiev, in Ucraina, per concludere accordi di maternità surrogata .

L'articolo 48 del Diritto di Famiglia dell'Ucraina “Fondamenti di legislazione ucraina per la salute” indica le condizioni dell'applicazione della fecondazione in vitro:

“La fecondazione in vitro e il trasferimento dell'embrione si esegue in conformità alle condizioni e alle disposizioni fornite dal Ministero della Sanità dell'Ucraina, secondo le indicazioni mediche circa lo stato di salute della donna maggiorenne alla quale viene effettuata tale azione, a condizione che sia presente il consenso scritto dei coniugi, la garanzia di anonimato del donatore e la tutela del segreto professionale”.

Il Decreto del Ministero della Salute dell'Ucraina n. 781 del 09.09.2013¹⁵¹ “Approvazione delle norme di regolamentazione delle tecniche di procreazione assistita” regola l'uso delle tecniche di riproduzione.

- Lo svolgimento delle procedure di fecondazione assistita viene effettuato negli istituti clinici accreditati.
- I pazienti hanno facoltà di scegliere liberamente l'istituto per lo svolgimento del programma di procreazione assistita.

¹⁵⁰ Passaglia op cit 147;

¹⁵¹ <http://www.successful-parents.com/it/main/legislation>

- L'uso di tecniche di procreazione assistita è consentito sulla base delle indicazioni mediche, in presenza del consenso scritto del paziente o dei pazienti sui moduli approvati dal Ministro della Salute dell'Ucraina.
- Donna e/o uomini maggiorenni possono fare affidamento a tecniche di procreazione assistita secondo il disposto dell'articolo 281 del Codice Civile dell'Ucraina¹⁵².
- L'assistenza medica fornita durante la procreazione assistita è operata nel rispetto dei principi di riservatezza, in base all'articolo 40 della Legge ucraina denominata: "Fondamenti di legislazione ucraina per la salute"
- La donazione di gameti o embrioni è una procedura secondo la quale i donatori forniscono le loro cellule germinali: gameti (spermatozoi, oociti) o embrioni per uso di terzi nel corso del loro trattamento di infertilità. L'impianto dell'embrione viene effettuato secondo le indicazioni mediche della donna maggiorenne, alla quale viene effettuata tale azione, a condizione che sia presente un consenso scritto dei pazienti e a condizione del rispetto anonimato del donatore e della tutela del segreto medico.
- I donatori di gamete non possono assumere diritti genitoriali sul futuro neonato.

Ai sensi dell'art. 123 del codice della famiglia, qualora l'embrione concepito dalla coppia di coniugi sia impiantato nell'utero di un'altra donna, i coniugi risultano i genitori legittimi del minore (comma 2), sempre che la terza gestante, a parto avvenuto, renda una dichiarazione oggetto di attestazione notarile di inesistenza di qualsiasi relazione genetica con il bambino e di consenso all'indicazione di altre persone quali genitori dello stesso (art. 139 c. 2 l. cit.). Se l'embrione è stato concepito tramite fecondazione da parte del marito dell'ovulo di una donna diversa dalla moglie, i coniugi risultano anche in questo caso i genitori legittimi

¹⁵² Per l' 'Articolo 281 del codice civile ucraino: "Le donne o gli uomini maggiorenni, in base alle disposizioni mediche, hanno diritto di ricorrere a programmi di riproduzione assistita nel rispetto delle disposizioni di legge".

del minore, a condizione che l’embrione sia impiantato nell’utero della moglie che porti a termine la gestazione (comma 3). Ciò peraltro, si noti, implica che qualora ricorra l’intervento di una donna gestante terza rispetto alla coppia di aspiranti genitori e committenti, il patrimonio genetico del nascituro deve essere riconducibile a tale ultima coppia integralmente. Se il patrimonio genetico è riconducibile solo al marito della coppia (si ricorda che la legge ucraina richiede almeno il 50% del patrimonio genetico) la possibilità che anche la moglie sia ritenuta madre del bambino ricorre esclusivamente nel caso in cui il parto avvenga a opera della stessa moglie¹⁵³.

La registrazione del minore (la legge non prevede comunque l’attribuzione della cittadinanza) è disciplinata dal Decreto del Ministero della Giustizia dell’Ucraina 140/5 del 18.11.2003 “Modifiche e integrazioni al regolamento della registrazione degli atti civili in Ucraina”:

“Nel caso di nascita di bambino da una donna, alla quale è stato impiantato l’embrione, concepito dai coniugi, la registrazione della nascita si effettua sulla base della richiesta dei coniugi, che abbiano dato il consenso al trasferimento di embrioni. In questo caso contestualmente al documento che confermi la nascita del bambino da questa donna, viene presentato il consenso scritto, autenticato con atto notarile, registrante i coniugi come genitori legali del bambino”.

4.5 Un caso pratico di maternità all’estero

I numerosi casi di maternità surrogata affrontati nei capitoli precedenti hanno fatto emergere una sostanziale incongruenza tra le norme, la prassi e le decisioni dei giudici. Al divieto imposto dall’Italia di praticare la maternità surrogata corrisponde spesso una fitta

¹⁵³ Tranquillo C., (2015), *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, p.4

organizzazione di servizi in paesi dove invece è legale. Negli ultimi anni, ad esempio, è cresciuta la domanda delle coppie che si rivolgono alle cliniche ucraine per praticare la maternità per sostituzione. In questo Paese, a differenza di altri, i costi non sono molto alti e la vicinanza all'Europa favorisce sicuramente questa forma di turismo procreativo. Nonostante le norme italiane siano eccessivamente restrittive in materia, molte coppie preferiscono affrontare un percorso rischioso che quasi sicuramente finirà nelle aule di tribunale piuttosto che vedersi negare il diritto a diventare genitori. Fino ad ora si è discusso di questioni relative alle fasi successive alla nascita del bambino. Allo stesso modo si ritiene importante mostrare le varie tappe che accompagnano il processo procreativo per sostituzione. Dai primi contatti con la clinica, fino alla nascita. Per fare ciò si è scelto, appunto, lo Stato ucraino e in particolare i servizi offerti da una delle cliniche più grandi di Kiev.

La Biotexom è una delle cliniche più importanti per il trattamento della sterilità¹⁵⁴ e nel campo della fecondazione artificiale. Molte coppie si rivolgono ad essa per ricorrere alla pratica della maternità surrogata.

Solitamente, dopo un primo contatto telefonico con il personale della clinica, la coppia committente procede con un appuntamento informativo, anche in una sede italiana. Alla base dell'incontro vi sono le proposte di contratto e le indicazioni più generali che le coppie devono seguire per la buona riuscita "dell'operazione". Già dal secondo incontro, che solitamente si svolge nella clinica di Kiev, viene richiesta la firma del contratto (si sceglie tra diversi tipologie) e le coppie sono tenute a procurare alcuni documenti e i risultati delle visite mediche. In particolare, gli esami e i documenti richiesti sono:

1. Per l'uomo:

- Spermioграмма recente, non più vecchio di tre mesi.

¹⁵⁴ Si pensi che una signora svizzera di 66 anni ha dato alla luce due gemelli sani dopo il trattamento alla clinica <http://www.uteroinaffitto.com/nostra-clinica/>

- Esami del sangue immunologici recenti, di non oltre 3 mesi, (HCV, HAV, HBV, VDRL, TPHA, AIDS)
- Gruppo sanguigno RH.
- Cariotipo (genetica molecolare).

2. Per la donna:

- Certificato medico da parte di medico di base o di fiducia o ginecologo, dove sia specificata l'impossibilità da parte della moglie, di portare avanti una gravidanza.
- In alternativa, una cartella clinica dove visibili le cure e/o tentativi precedenti.

Ad entrambi, si richiede, invece, il passaporto e il certificato di matrimonio.

Per quanto riguarda i contratti, la clinica propone dei pacchetti. Innanzitutto, si distingue tra contratti tra gli aspiranti genitori e la clinica e contratti tra gli stessi per servizi di agenzia giuridica che concernono l'ovonidazione.

Per quanto riguarda i primi, le proposte sono tre¹⁵⁵:

- ✓ Pacchetto *economy plus*: è il più economico ed ha un costo di 29.000 mila euro;
- ✓ Pacchetto *standard*: ha un costo di 39.000 mila euro;
- ✓ Pacchetto *vip surrogacy*: la clinica propone i servizi per un totale di 49000 mila euro.

Questi pacchetti si differenziano per i servizi offerti (riguardanti anche la dimensioni degli appartamenti dove le coppie saranno ospitate) , ma in generale hanno la finalità di offrire servizi agli aspiranti genitori e servizi riguardanti la madre surrogata e l'assistenza legale. In essi sono ben esplicate le procedure che condurranno i committenti a diventare genitori.

Prendendo in considerazione il terzo pacchetto si legge:

La Renaissance¹⁵⁶ srl accetta la fornitura dei servizi descritti nell'articolo 1, relativi il pacchetto VIP SURROGACY.

¹⁵⁵ <http://www.uteroinaffitto.com/servizicosti/>

Durante la procedura di fecondazione assistita, l’Agenzia coprirà tutte le spese necessarie per il mantenimento della madre surrogata durante la gravidanza fino alla consegna del bambino. I costi di ovodonazione sono inclusi. L’Agenzia garantisce protezione e cure mediche per la madre surrogata durante la sua gravidanza, assicurandosi che la stessa non intraprenda nessuna attività che potrebbe mettere a rischio la gravidanza stessa.

In base a questo accordo gli Aspiranti Genitori accettano di pagare la somma totale specificata nell’articolo II , denominato “Il costo del pacchetto VIP SURROGACY”.

Nella definizione dei termini propone:

Alloggio – inteso per appartamento separato (circa 100, 150 mq), fornito da RENAISSANCE SRL. L’appartamento è servito da una governante.

Assistenza – intesa per la fornitura di consulenza e preparazione di documenti corretti ai fini legali.

Cibo, alimentazione – inteso per pasti caldi/freddi sulla base del menu del ristorante, serviti a domicilio presso i propri alloggi forniti da RENAISSANCE SRL

Trasporti – servizio di autista personale con veicolo, fornito da RENAISSANCE SRL.

Nelle prima parte, oltre alla fornitura dell’alloggio e all’accoglienza in generale, sono previsti i primi esami medici in una clinica privata, gli esami del sangue necessari (eseguiti a domicilio da una infermiera nell’appartamento degli aspiranti genitori), coordinazione e monitoraggio e controllo dei documenti necessari nelle diverse fasi nel programma, continuo aggiornamento del progresso della gravidanza (almeno una volta al mese).

Relativamente alle visite ne è prevista una seconda che prevede la stimolazione ovarica della moglie o l’ovonidzione al fine di fecondare e trasferire gli embrioni nell’utero della madre surrogata. Tra le visite vi sono anche gli esami a ultrasuoni che si svolgono al terzo e al sesto mese di gravidanza. La terza visita consiste nella consegna e l’elaborazione di tutti i

¹⁵⁶ Center for human reproduction

documenti necessari prima della nascita del bimbo. Inoltre, è prevista la presenza degli aspiranti genitori al parto, la fornitura di un pacchetto neonato con tutto l'occorrente per i primi giorni di vita. Dopo la nascita, oltre ad assicurare i servizi pediatrici, il bambino sarà sottoposto ad un *check up* fisico completo da parte dei specialisti;

Fondamentale è l'assistenza offerta presso l'Ufficio del Registro Civile ucraino per ottenere il certificato di nascita a nome degli Aspiranti genitori e per ottenere il passaporto/travel pass per il bambino. Infine si garantisce il trasporto finale degli Aspiranti Genitori e del neonato all'aeroporto, per lasciare il paese.

Una seconda parte del contratto concerne i servizi riguardanti la madre surrogata e l'assistenza legale¹⁵⁷:

1. Agli aspiranti Genitori verrà fornito il servizio da parte di una madre surrogata che ha già avuto un'esperienza positiva di surrogazione;
2. Diagnosi psicologica della madre surrogata;
3. Esami medici della madre surrogata per confermare lo stato fisico e conseguente idoneità alla fecondazione, la gravidanza e la successiva consegna del bambino sano;
4. Preparazione della madre surrogata: necessità mediche, trasporti, alimentazione;
5. *Check up* settimanale: un addetto (telefonicamente o personalmente) si occuperà della salute e dei bisogni fisici della madre surrogata durante la sua gravidanza, includendo ogni esame medico.

Se si prende in considerazione solo l'ovonidazione, la clinica offre ulteriori pacchetti (anch'essi si differenziano per i prezzi e per il numero di tentativi di fecondazione l'ovulo).

Attraverso questo contratto l'agenzia fornisce la sua capacità di rappresentare i genitori per il pagamento e l'assistenza giuridica di tutte le spese relative alla procedura di fecondazione assistita, alle spese necessarie alla ovodonatrice e alla compensazione dell'ovodonatrice.

¹⁵⁷ <http://www.uteroinaffitto.com/servizicosti/>

In particolare, la procedura relativa all'ovonidazione consiste in:

- 1) Prima visita (2-3 giorni) dei pazienti con incontro all'aeroporto con rappresentante della ditta Renaissance e trasferimento e alloggio.
- 2) Seconda visita (5-7 giorni) per il pick-up degli spermatozoi del genitore genetico, la fecondazione in vitro(ICS) degli ovuli donati e il trasferimento degli embrioni nell'utero della madre portatrice.

Prima di scegliere il donatore bisogna conoscere il gruppo sanguigno del padre genetico. A questo fine la coppia invia una informativa sulle caratteristiche della donatrice desiderata (altezza, peso, colore dei capelli, colore degli occhi, naso, ecc.). Il medico specialista sceglie tre donatrici secondo le caratteristiche fenotipiche inviate e comunica le informazioni sulle tre donatrici alla coppia richiedente. Infine, La coppia sceglie la donatrice più vicina ai loro desideri. Le caratteristiche fondamentali richieste alle donatrici devono essere:

- a) età dai 18 ai 25 anni;
- b) perfetta salute fisica;
- c) perfetta salute psichica;
- d) nessuna trasmissibilità' di malattie genetiche.

Viene poi effettuato il pick-up e il trasferimento degli embrioni (blastociti), che viene effettuato al 5° giorno dalla fecondazione degli ovociti.

La fase del rientro in Italia è la più importante in quanto è quella che probabilmente darà inizio a procedure complesse anche all'interno delle aule dei tribunali.

Prima della partenza la Biotexom rilascia il certificato di nascita tradotto in italiano e l'estratto di nascita. Si fornirà anche il passaporto per il bambino valido per 72 ore dalla partenza da Kiev. Bisognerà poi regolarizzare il bambino in Italia prima che arrivino i documenti dal comune di appartenenza dall'ambasciata italiana di Kiev.

Al fine di evitare che le autorità competenti agiscano prima dei genitori la clinica suggerisce di recarsi all'ufficio protocollo del proprio comune di residenza il giorno successivo al rientro in Italia per presentare una dichiarazione scritta e l'estratto di nascita tradotto in lingua italiana. Si suggerisce, inoltre, di portare con sé il bambino così da non poter configurare il reato di alterazione di stato.

Il passo successivo è quello di recarsi all'ufficio delle entrate della propria città muniti di fotocopia dell'estratti di nascita, e certificati di nascita in originale ancora e del passaporto ancora valido rilasciato dall'ambasciata. Questa operazione serve a chiedere il rilascio del codice fiscale del bambino.

Bisogna dichiarare di essere il genitore. Il giorno successivo, anche se sono scadute le 72 ore del passaporto del bambino, si consiglia di recarsi all'asl per effettuare la registrazione del pediatra di persona, con il rilascio del tesserino sanitario per l'esenzione.

CONCLUSIONI

La maternità surrogata, nelle sue differenti forme, nonostante sollevi questioni di ordine morale, costituisce una delle poche opportunità che una coppia, impossibilitata ad avere figli, ha di realizzare un progetto familiare.

La maternità surrogata o di sostituzione richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia (che può essere la stessa donatrice dell'ovulo impiegato per la fecondazione o una donna diversa) che mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza impegnandosi a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia committente. La surrogazione, quindi, presuppone la fecondazione in vivo o in vitro di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente.

La presenza di una terza persona nel processo procreativo è alla base della maggior parte delle questioni che si sono presentate nel corso degli anni (soprattutto in assenza di un legame genetico tra i genitori committenti e il bambino nato dalla madre surrogata).

In Italia, la fattispecie rientrante nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita è vietata dall' art.12, comma 6, l. n.40 del 2004. La tassatività di tale norma ha dato vita al turismo procreativo che porta numerose coppie a rivolgersi a cliniche estere per ricorrere a tale pratica. Innanzitutto, bisogna sottolineare che in Europa la legislazione in materia non è omogenea. Ciò ha creato molte questioni non solo tra stati diversi, ma ha messo in discussione la sovranità dei singoli paesi rispetto agli organismi dell'Unione Europea e nei confronti di altri come ad esempio la Corte Edu che si è trovata più volte a dover dirimere situazioni complesse riguardanti la maternità surrogata. Presupponendo che i diversi attori devono agire in funzione del migliore interesse del minore, si può giungere ad una prima conclusione: lo scambio difficile di competenze in materia di maternità surrogata potrebbe confliggere proprio con l'obiettivo che le corti e gli stati si pongono. Ci si chiede quindi, quale sia davvero il *best interest* e come si possa raggiungere in presenza di divieti, come

quelli imposti dalle legge 40 o in assenza di omogeneità legislativa. Ci si potrebbe rifare alla Costituzione che protegge il diritto alla vita privata e familiare con riferimento alla libertà di autodeterminazione nelle scelte procreative, riscontrabili negli artt. 2,3, 13, 28 e 31 e oltrepassando la tradizionale concezione procreativa che vede attribuita la maternità a colei che ha partorito il figlio (art.269 co.3, c.c). Tale visione scatenerrebbe indubbiamente una questione etica che non può però ignorare le esigenze sociali e familiari. Una donna che desideri un figlio, ad esempio, deve essere tutelata anche al fine di evitare la nascita di fenomeni ben più gravi. Ci si riferisce all'ipotetico sfruttamento di altre donne che, sotto compenso e costrette dalla necessità, potrebbero alimentare un turismo procreativo completamente deviato e fuori dalle norme. Inoltre, come si è visto nel corso della trattazione, un simile divieto, conduce ad altri ordini di problemi. Nel caso di maternità surrogata, condotta all'estero, infatti, i potenziali genitori si ritroveranno (si vedano le diverse sentenze) a dover dimostrare di non aver commesso alcun reato e allo stesso tempo dovranno dare prova della validità di tali accordi. Sempre nel migliore interesse del bambino potrebbero vedersi togliere il nato che nella peggiore delle ipotesi verrebbe affidato ad un altro nucleo familiare. Anche a livello internazionale le normative in materia non sono sempre chiare oppure pongono gli stessi divieti di quella italiana impedendo di costruire un sistema chiaro di regole. Mentre la Francia e la Germania, vietano qualsiasi forma di surrogazione, il Regno Unito ne ammette la forma solidaristica e altruistica. Tra tutti i paesi confrontati, quest'ultimo sembra avere una disciplina che incontra gli interessi tanto dei genitori committenti, tanto della madre surrogata. Attraverso il *parental order* o l'alternativa dell'adozione, ad essere tutelati sono il bambino, che in assenza di condizioni negative può rimanere nella famiglia, e i genitori che hanno il diritto di diventare tali.

Negli ultimi anni, poi, è accresciuto il ruolo di paesi come l'Ucraina dove la maternità surrogata (con alcune condizioni) è legale. Ciò ha favorito una migliore organizzazione dei servizi che offrono numerose alternative per diventare genitori. Nonostante, come si è visto

nel caso pratico della Biotexom, sembra esserci una sorta di supermercato, bisogna sottolineare che l'eccessiva strutturazione delle regole e delle indicazioni rivolte alle coppie committenti sono dettate dal timore di subire conseguenze una volta rientrati in Italia. Ci si chiede se non sia necessario rivedere la legge 40 e il divieto di surrogazione soprattutto per evitare che il miglior interesse del minore corrisponda, in realtà, a tendenze culturali, religiose e politiche che sembrano essere anacronistiche. Il turismo procreativo suscita certamente sdegno, ma non è possibile non tutelare tutte le parti in gioco anche se nella nostra Costituzione sembra non esserci un diritto a procreare. Se negli anni, si è affermato, attraverso una rivoluzione culturale, il diritto a non diventare genitori e quindi a non rispecchiare il proprio progetto di vita nel concetto di famiglia tradizionale, ci si domanda se possa valere anche il contrario: affermare il diritto alla propria autodeterminazione attraverso la creazione di una nuova vita anche quando una donna o un uomo non hanno la possibilità biologica di farlo.

Bibliografia

Abagnale M.(2015) *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in Forumcostituzionale.it;

Albano S., *La surrogazione di maternità tra responsabilità genitoriale ed interesse del minore*, relazione dall'incontro di studio «*Mater semper certa? Le nuove forme della genitorialità nella società che cambia*», Scuola superiore della magistratura, Catanzaro, 15 aprile 2016;

Amalfitano C. (2016) *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione Europea ex art.6 TUE*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, (a cura di) D'Andrea L., Moschella G., Ruggeri A., Saitta A., Torino, Giappichelli Editore;

Angelini F.(2007) *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam;

Berti De Marinis G., *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della corte edu*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015;

C. Campiglio (2014), *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*;

Calvigioni R., Palmieri L., Piola T., (2014) *I minori nei servizi demografici. La riforma della filiazione e gli adempimenti in materia di stato civile e anagrafe*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore;

Campiglio C. (2003), *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, Cedam;

Campiglio C.(2014) *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata, parte prima*;

Carcano D.(2010), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè Editore;

Casalini B., *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, Anno V, Numero 9/Giugno 2015 ;

Cassano G., *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, *Rivista Famiglia e diritto*, 2/2000;

Cassone F. (2015) *Procreazione e norme. Quali implicature?*, in Morra L., Pasa B. (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: implicite e crittotipi*, Torino, Giappichelli Edirtore;

Castellaneta M., (2009) *Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata*, in *Guida al diritto- ilsole24ore*, numero 5, maggio 2009;

Catullo F. G. (2012), *Diritto penale della famiglia*, Pavia, Cedam;

Ciervo A., (2010) *Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40?*, Università degli Studi di Perugia. Dipartimento di Diritto pubblico;

Ciraolo C. (2014), *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in JUS CIVILE;

Corti I. (2011), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffè Editore;

Corti I. (2012), *Maternità per sostituzione in Trattato di biodiritto*, Zatti, Rodotà et al. (a cura di), Milano, Giuffré Editore;

Costantini M.P., D'Amico M. (2014) *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Franco Angeli, Milano;

De Marinis G.B, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della corte edu*, in Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015;

De Tilla M., Militerni M., Veronesi U., *Fecondazione eterologa*, Utet Giuridica;

Dell'Utri M., *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in Giur. Merito, 2010, 2;

Di Vittoria F. (2005), *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, Donzelli Editore;

Falletti E. (2009) *Il concetto di "madre sociale": innovativo, condivisibile e già tramontato*, LIUC;

Falletti E. (2007) *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Halleyeditrice, Matelica;

Feraci O. (2015) *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N.2;

Ferri G.B. (1970), *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Roma, Giuffrè Editore;

Galgano F. (2015) *Trattato di diritto civile. Volume primo*, Milano, Cedam, Terza Edizione, parte seconda, capitolo secondo;

Guarnieri A. (1974) *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, Cedam;

Maio V. (2016) *Il contratto di maternità surrogata. Analisi civilistica tra teoria e prassi*;

Masciotta C. (2015) *L' allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista Aic*, n.4/2015;

Mazzamuto S., Gentili A., Albanese A., et Al, (2016), *Manuale del diritto privato*, Torino Giappichelli Editore;

Moccia S.,(1998) *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, rivista Critica del diritto;

Osservatorio sulla Corte di giustizia dell'Unione Europea n. 2/2014 , *Maternità surrogata: la normativa dell'Unione Europea non contempla il diritto di una madre committente ad ottenere un congedo retribuito di maternità*;

Passaglia P., (2014), *La fecondazione eterologa*, in Cortecostituzionale.it;

Paterno Donati M.G (2015) *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in www.europeanrights.eu;

Pera A.(2012) *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, Giappichelli Editore;

Pizzo A., Batia G., (2008) *Un caso bioetico: l'attribuzione degli status personae e la deduzione dei corrispondenti munera nella filiazione a seguito di surrogazione di maternità*, Questioni di bioetica, Associazione Thomas International, n.7/2008;

Policy Department. Citizens' rights and Constitutional affairs (2013) *A comparative study on the regime in EU Member States*, European Parliament;

Rivera I., *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie. La Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, Federalismi.it – Focus Human Rights |n. 3/2015;

Ruperto S. (2011), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro I delle persone e della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore;

Salaris G.M. (2007), *Corpo umano e diritto civile*, Milano, Giuffrè Editore;

Salone B, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 2/2014;

Santise M. (2016) *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Gaipichelli Editore, Torino;

Schettino S., (2016), *La maternità surrogata tra limite dell'ordine pubblico e prevalente interesse del minore (riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU sul caso Paradisi e Campanelli c. Italia)*, Dirittifondamentali.it, Rivista online, Fascicolo 1/2016;

Stanzione M.G. (2015), *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, Giappichelli Editore,

Surrogacy. Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation. Report of the Review Team, 1998;

Trabucchi, A. (1986), *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, Riv. dir. Civ;

Tranquillo C., (2015), *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano;

Vizzoni L. (2015) *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in www.juscivile.it;

Altre Fonti

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0167&rid=1>

<http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/competences.html?locale=it>

http://leg16.camera.it/398?europa_estero=53 L'articolo 61 D del TFUE

https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&id=44368&catid=150&Itemid=397&mese=01

https://www.jstor.org/stable/23194841?seq=1#page_scan_tab_contents

<http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-è-cambiata-la-legge-40-2004-2014>

<http://www.mayorastudigiuridici.it/documenti/areeDiStudio/1477322086.pdf>

Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori, disponibilità degli status e interesse del figlio, in

https://www.personaedanno.it/attachments/allegati.../AA_000584_resource1_orig.doc

<http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>

<http://www.jurconsult.ru/it/legislazione/>

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;)

http://www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000071778/Il_bambino_nato_da_maternita_surrogata_all_estero_e_figlio_dei_genitori_committenti_italiani.html

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686;)

<http://neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13551;>

<http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2016-11-18/utero-affitto-madre-puo-dichiararsi-111737.shtml?uuid=ADMwNAxB>

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/07/15/maternita-surrogata-cedu-riconosce-lo-status-di-figlio-legittimo>

<https://aldricus.com/2015/02/03/maternita-surrogata-allestero-e-superiore-interesse-del-minore-la-corte-europea-dei-diritti-sanziona-litalia-per-lallontanamento-del-minore-dai-genitori-committenti>

<http://www.penalecontemporaneo.it/d/3201-viola-l-art-8-della-cedu-lo-stato-che-non-riconosce-il-rapporto-di-filiazione-costituito-all-estero>

http://www.academia.edu/11232586/Menesson_c._Francia_e_Labassee_c._Francia_le_molt_eplici_sfumature_della_surrogazione_di_maternit%C3%A0_Menesson_v._France_and_Labassee_v._France_the_various_shades_of_surrogacy_practice_in_Quaderni_costituzionali_2014_953_ss

[ipol_bri2016571368_en](http://www.academia.edu/11232586/Menesson_c._Francia_e_Labassee_c._Francia_le_molt_eplici_sfumature_della_surrogazione_di_maternit%C3%A0_Menesson_v._France_and_Labassee_v._France_the_various_shades_of_surrogacy_practice_in_Quaderni_costituzionali_2014_953_ss)

<http://www.marinacastellaneta.it/tag/maternita-surrogata>

<http://www.altalex.com/documents/news/2016/10/12/maternita-surrogata>

<http://www.tpi.it/mondo/europa/maternita-surrogata-cosa-e>

<http://www.ilpattosociale.it/news/3236/ACHTUNG-binational-BABIES-Maternit%C3%A0-surrogata-in-Germania-doppio-linguaggio.html>

<http://www.foroitaliano.it/corte-eur-diritti-delluomo-26-giugno-2014-m-iv-561-sul-divieto-di-maternita-surrogata-contrasto-in-francia-con-la-convenzione-dei-diritti-delluomo-per-violazione-del-diritto/>

http://www.repubblica.it/salute/2016/02google29/news/maternita_surrogata_i_paesi_dove_si_puo_fare-134491543/

<http://www.biodiritto.org/index.php/item/546-x-surrogacy-high-court-2014>

http://www.webethics.net/studiocasi_em_babym

http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Utero%20surrogato%20normative%20a%20confronto_0.pdf

<https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=99308>

<http://www.successful-parents.com/it/main/legislation>

<http://www.uteroinaffitto.com/servizicosti/>