

“UTERO SURROGATO: NORMATIVE A CONFRONTO”

di Ida Parisi, Avvocato

1. INTRODUZIONE

2. ITALIA

- 2.1. Le prime fonti in materia di accordi di maternità surrogata
 - La proposta di legge Santosuosso – 1984
 - Il progetto di legge Busnelli – 1995
- 2.2. Prime pronunce giurisprudenziali in materia di maternità surrogata
 - Tribunale di Monza – 1989
 - Tribunale di Roma – 2000
- 2.3. La legge n. 40/2004
- 2.4. Alterazione di stato e attribuzione di maternità
- 2.5. Orientamenti normativi e giurisprudenziali recenti in materia di maternità surrogata
 - Corte d’Appello di Bari – 2009
 - Corte di Cassazione – 2014
 - Tribunale di Varese – 2014
- 2.6. Considerazioni conclusive

3. CALIFORNIA

- 3.1. Introduzione
- 3.2. “Matching” e caratteristiche della donatrice di ovuli e della madre surrogata
- 3.3. Dal contratto al provvedimento del giudice
- 3.4. Giurisprudenza e aspetti normativi
- 3.5. Considerazioni conclusive

4. INGHILTERRA

- 4.1. Introduzione
- 4.2. Evoluzione normativa
 - The Warnock Report – 1984
 - The Surrogacy Arrangements Act – 1985
 - The Human Fertilisation and Embryology Act – 1990
 - The Brazier Report – 1997
 - The Human Fertilisation and Embryology Act – 2008
- 4.3. La natura degli accordi di maternità surrogata
- 4.4. L’attribuzione dello status genitoriale e la registrazione della nascita

5. INDIA

- 5.1. Introduzione
- 5.2. Evoluzione della normativa e generalità sul processo
- 5.3. Requisiti soggettivi dei soggetti coinvolti
- 5.4. Diritti e doveri
- 5.5. Status legale del bambino e diritto a conoscere le proprie origini
- 5.6. Dal 2012 nuove regole per gli stranieri
- 5.7. Considerazioni conclusive

6. LA CORTE EDU E LA MATERNITA' SURROGATA

- 6.1. Introduzione
- 6.2. Mennesson e Labassee c/ Francia
- 6.3. Paradiso e Campanelli c/ Italia
- 6.4. Considerazioni conclusive

7. CASI PRATICI E GIURISPRUDENZA DEGLI ALTRI STATI

- 7.1. Introduzione
- 7.2. California:
 - Jhonson v. Calvert – 1993
 - In Re Marriage of Buzzanca – 1998
- 7.3. Regno Unito:
 - Baby Cotton case – 1985
 - Re TT (A Minor) – 2009
- 7.4. Ucraina:
 - Re X and Y – 2005
- 7.5. Thailandia:
 - Baby Gammy – 2013
 - Baby Factory – 2015
- 7.6. Messico:
 - Haseeb and Christy Amireh case – 2015

8. CONCLUSIONI

1. Introduzione

Il fenomeno della maternità surrogata si pone all'interno della dibattuta e generale questione della procreazione medicalmente assistita, pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa: infatti, è l'utilizzo di tali procedure, e, in particolare della inseminazione artificiale eterologa, a rappresentare un mezzo per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione materna.

Oltre a rappresentare una evidente sfida al concetto di maternità intesa in senso naturale, la surrogazione di maternità, però, si può ritenere una sorta di "estensione scientifica" della naturale capacità umana di riprodursi, e si presenta come una forma di etero - integrazione dell'insufficienza biologica ovvero fisica della donna, consistente nell'intervento di una volontaria, la "madre su commissione", estranea alla coppia, che collabora attivamente alla conclusione del suo progetto procreativo, quasi diventando un tramite meramente fisico, l'"utero" attraverso il quale consentire alle parti committenti di realizzare il loro sogno di diventare genitori.

La maternità, dunque, un percorso unico e ricco di emozioni e sensazioni irripetibili, non risulta più essere la prerogativa di una singola madre, ma diventa elemento di condivisione tra due o più

donne, che alla nascita del bambino potranno succedersi nei loro diversi ruoli, in quanto se la prima, eventualmente prestando i suoi ovociti, riveste un ruolo fondamentale per l'apporto del materiale biologico; la seconda lo porterà in grembo per nove mesi e lo darà alla luce; la terza, infine, potrà, dal momento in cui il bambino sarà venuto al mondo, prendersi cura di lui, della sua crescita ed educazione. Il ruolo di madre verrà, dunque, attribuito a molteplici donne alle quali saranno destinate diverse funzioni, a partire da quella biologica e procreativa, per finire con quella di madre sociale.

E' questo, infatti, quello che succede quando si intraprende il percorso della maternità surrogata o, diversamente detta "affitto dell'utero"¹; in realtà è bene distinguere i due fenomeni che vengono spesso confusi da un punto di vista terminologico e possono apparire due tipologie molto simili di accordo, in quanto hanno in comune un identico nucleo centrale identificabile con l'obbligazione di una donna di portare a termine la gravidanza, e cederne il "frutto" alla coppia committente.

Se ben analizzati nel loro significato, risultano essere però, profondamente diversi. Se da un lato, infatti, si parla di "maternità surrogata" (*traditional surrogacy*), con riferimento ad una pratica in base alla quale una donna, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, presta il proprio utero ad una coppia di persone, impossibilitata ad avere figli a causa della impossibilità fisica della partner di portare a termine una gravidanza, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme dell'uomo della coppia, o di un donatore, a condurre a termine la gravidanza, e a consegnare ai committenti il figlio, così concepito; con l'espressione "affitto dell'utero" (*gestational surrogacy*), invece, si fa riferimento all'ipotesi in cui la donna incaricata si limita a portare avanti la gravidanza. Il materiale genetico impiegato è, infatti, interamente proveniente dalla coppia committente², o eventualmente da altri donatori.

L'elemento discriminante tra le due pratiche è costituito, dunque, dalla differente estensione della partecipazione della donna estranea alla coppia, alla formazione biologica del minore.

Se nel primo caso, pertanto, la madre surrogata mette a disposizione della coppia sia il proprio utero che i propri ovociti, quindi, il bambino che nascerà avrà le caratteristiche genetiche sue e del marito della donna sterile o infertile, ovvero del donatore del gamete maschile; nel secondo caso, la donna si limita a portare avanti la gravidanza, e il materiale genetico impiegato appartiene ai soggetti committenti, o eventualmente, ad altri donatori.

Ciò comporta lo sdoppiamento dell'apporto naturalistico fornito, che risulterà essere a capo di due soggetti diversi: la donna cui appartiene l'ovocita fecondato è la "madre genetica", mentre la donna che provvede alla gestazione è la "madre uterina". Si pone, dunque, la necessità di compiere una

¹ BALDINI G., *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir famiglia* 1998, 02, p. 754.757

² CASSANO G., *Le nuove frontiere del diritto di famiglia: il diritto a nascere sani, la maternità surrogata, la fecondazione artificiale eterologa, la fecondazione artificiale post mortem*, Milano 2000

scelta tra due verità parziali: quella genetica e quella del parto, entrambe ugualmente importanti, in quanto, se la prima comporta la trasmissione al minore di un determinato patrimonio genetico, è la seconda che, giorno per giorno, “plasma” alla vita l’embrione altrui, determinando un intimo collegamento dello stesso alle funzioni vitali della donna che dovrà anche affrontare e sopportare tutti i rischi e i sacrifici connessi ad una gravidanza.³

Dunque, se da un lato, non mancano le polemiche nate a seguito della diffusione del concetto di madre surrogata, che finisce per essere vista come una mera “incubatrice” che, per ben nove mesi, porterà in grembo un bambino non suo; dall’altro, invece, spesso si parla dell’opportunità di sottoporre ad una chiara regolamentazione tale fenomeno che non si può considerare, del resto, come una assoluta novità.

Risulta possibile, infatti, ritrovare tracce della pratica di delegare ad un’altra donna la procreazione di un figlio, anche nell’esperienza storica e, in particolare, in quella biblica. Si racconta, ad esempio, di Sara che, ormai settantacinquenne, convinse Abramo ad avere un figlio dalla propria schiava Agar⁴, e di Giacobbe che ebbe due figli dalla schiava della propria moglie Rachele⁵; presso gli antichi romani, ancora, diffusa era la pratica del *ventrem locare*, mediante la quale un uomo cedeva la propria moglie ad un amico, che non aveva avuto la fortuna di sposare una donna fertile, per poi riprenderla subito dopo il parto.

In ogni caso, ancora e soprattutto al giorno d’oggi, si può notare come la surrogazione di maternità desti molto interesse e, rappresentando l’ultima possibilità per le coppie che non possono assicurarsi una discendenza in modo naturale, accresce e fortifica il fenomeno, ormai da tutti conosciuto, del cosiddetto turismo procreativo; lo stesso comporta un superamento dei confini territoriali seguito dall’ingresso in quei paesi dove vigono ordinamenti giuridici maggiormente flessibili, nei quali la maternità surrogata rappresenta una procedura espletata, quasi quotidianamente.

2. Italia

L’ordinamento italiano⁶, mostra un fermo atteggiamento di rifiuto verso la conclusione di tali accordi, desumibile, sia a livello giurisprudenziale, sia a livello normativo.

Invero, il fenomeno della maternità surrogata veniva considerato sin dalle prime proposte di legge Santosuosso del 1984 e Busnelli del 1995, avanzate al fine di regolare la materia della procreazione medicalmente assistita, come lesivo di principi fondamentali quali la dignità, la personalità e la integrità psico-fisica della donna, nonché degli interessi del minore.

³ FARAONI A. B., *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano 2002

⁴ Si veda Genesi 16.1 – 16.4

⁵ Si veda Genesi 30.1 – 30.6

⁶ MOLASCHI B., *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Famiglia, persone e successioni* N. 7/2010, p. 524-532

Successivamente, con le prime pronunce giurisprudenziali in materia di maternità surrogata, e in particolare la sentenza del Tribunale di Monza del 1989⁷, è stato, infatti, espressamente affermato il carattere di nullità di tali accordi, inseriti nella categoria dei contratti atipici.

I giudici della Corte monzese, in seguito ad una richiesta di esecuzione coattiva del contratto di maternità, a titolo oneroso, rilevavano la nullità dei seguenti accordi, intanto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., secondo comma, e dell'art. 1346 c.c., per mancanza nell'oggetto del contratto dei prescritti requisiti di possibilità e liceità⁸; per contrarietà dello stesso con i principi contenuti negli artt. 2, 30, e 31 della Costituzione, e, in particolare, con l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla potestà dei genitori cosiddetti di sangue, con il diritto del minore di crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità o inadeguatezza dei medesimi, e con il diritto di qualunque figlio, ad un unico e comune *status filiationis*.

A ciò venivano aggiunti il contrasto con il principio di indisponibilità degli status personali che non possono formare oggetto di contratto, e comunque è vietato costituirli, modificarli o estinguerli negozialmente; nonché la violazione dell'art. 5 c.c. diretto a vietare gli atti di disposizione del proprio corpo contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume⁹.

Dunque, punto di forza della motivazione risultava essere, in particolar modo, oltre che l'impossibilità di riscontrare un vero e proprio diritto alla procreazione nella Carta Costituzionale, alla luce della quale tali accordi non avrebbero potuto essere ritenuti validi e legittimi, anche l'inaffidabilità, da un punto di vista morale e sociale, della commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità, che ha portato la stessa ad essere, inevitabilmente, in aperto contrasto anche con le nozioni di buon costume ed ordine pubblico, determinando uno sconvolgimento della nitidezza dei rapporti sociali.

L'orientamento giurisprudenziale mutava successivamente rotta con alcune pronunce di apertura verso il riconoscimento della liceità di tali accordi, in particolare si ricorda l'ordinanza del Tribunale di Roma del 2000¹⁰, con la quale il giudice autorizzava un medico, attraverso la concessione di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ad effettuare l'impianto dell'embrione appartenente a due coniugi nell'utero di un'altra donna che, volontariamente, si era offerta di portare avanti la gravidanza per conto loro.

⁷ Tribunale di Monza 27 ottobre 1989, in Dir. di famiglia e delle persone N. 1/1990, p. 184-203, con nota di M. VENTURA; in Nuova Giur. Civ. Comm., vol. 1/1990, p. 361-366, con nota di A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*; in Il Foro italiano, vol 1/1990, p. 298-299, con nota di G. PONZANELLI; in Giur. Mer., fascicolo 2, 1990, p. 240-248, con nota di M.G. MAGLIO, *Spunti in tema di procreazione artificiale*.

⁸ TORINO R., op. cit., p. 79

⁹ CORTI I., op.cit., p. 82

¹⁰ Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000, in Giust. civ., fascicolo 4, 2000, p. 1157- 1163, con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto?*; in Il corriere giuridico N° 4/2000, p. 483-495, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*; in Nuova Giur. Civ. Comm., N° 3/2000, p. 317-321, con nota di A. ARGENTESI; in Fam. dir. 2000, p. 151-177, con commenti di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*

In quell'occasione, il giudice effettuando una valutazione degli interessi coinvolti, ritenne di concedere il provvedimento in quanto riscontrò l'esistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, rispettivamente identificandoli nel diritto alla procreazione, e nel rischio di una perdita dell'attività di proliferazione degli embrioni in questione.

In particolare, il Tribunale romano arrivò a ravvisare l'esistenza del diritto alla procreazione, in seguito ad una più generale analisi dell'art.1 della L. 194/1978 sulla tutela sociale della maternità e dell'interruzione volontaria di gravidanza, che riconosceva la garanzia accordata dallo Stato al diritto alla procreazione cosciente e responsabile, oltre a garantire la tutela della vita umana sin dal suo inizio; lo stesso sembrava essere direttamente collegato al diritto, tutelato dall'art. 2 della Costituzione, di manifestazione e svolgimento della personalità.

Attraverso un'operazione di "costituzionalizzazione dei nuovi diritti", il diritto alla procreazione veniva, dunque, inteso in senso lato come diritto a ricorrere a tutti i mezzi che il progresso scientifico poteva offrire al fine di soddisfarlo, per una piena "autorealizzazione individuale" e una libertà di determinare coscientemente la dimensione della propria famiglia.

Il Tribunale riteneva, inoltre, che tra tutte le parti in causa fosse intercorso un contratto atipico, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la cui meritevolezza della tutela avrebbe potuto essere individuata nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori, che veniva considerata, dunque, espressione del diritto alla procreazione, e, con riferimento alla vita dell'embrione¹¹ fecondato, nel principio che la vita umana va tutelata sin dall'inizio¹².

Un tale accordo, secondo il giudice romano, veniva ritenuto ammissibile, lecito e legittimo, e, dunque, neppure contrario all'art. 1344 c.c., cioè un contratto in frode alla legge, poiché l'accordo non era diretto ad eludere le norme in materia di adozione, in quanto si trattava di due procedimenti del tutto opposti e diversi.

Tale orientamento più aperto, veniva, però, successivamente stroncato a livello normativo: è, attualmente, la legge 40/2004 che, oltre a rappresentare la prima vera certezza normativa nel confuso panorama esistente fino a quel momento nell'ordinamento italiano, sancisce un espresso divieto, penalmente sanzionato, di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità.

¹¹ Il Tribunale fa riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale del 18 febbraio 1975 n. 27, con cui la Corte si pronunciò sulla controversa questione della responsabilità penale in tema di aborto, in particolare, sull'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., in quanto non differenziava, rispetto al reato di aborto, il c.d. aborto terapeutico. Una sentenza che apparve non priva di molte incongruenze e contraddizioni, date, da un lato, per avere ammesso una tutela costituzionale del concepito, senza alcuna discriminazione formale neppure in ordine al grado di sviluppo del feto, attraverso il richiamo degli artt. 2 e 31 della Costituzione, e, dall'altro, per aver sancito la non equivalenza tra il diritto, non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia del concepito, che persona ancora deve diventare. La tutela del concepito fu ritenuta subordinata al prevalere del bene rappresentato non solo dalla vita, ma anche dalle condizioni di salute della madre; così la Corte mosse dall'idea che la tutela del concepito non può prescindere dal contesto relazionale entro il quale quest'ultimo si colloca e che essenzialmente lo identifica, così da affermare il principio che i doveri giuridici nei suoi confronti non possono essere considerati assoluti. Nel nostro sistema giuridico, comunque, la protezione dell'embrione fuori del corpo della donna è totalmente inesistente, sia sotto il profilo penalistico, che civilistico, e, sebbene la legge 194/78, in materia di interruzione volontaria di gravidanza, escluda che la scelta abortiva sia una scelta soggettiva e discrezionale della donna, dalla prassi si può notare come, invece, la tutela della vita del nascituro sia subordinata all'interesse esclusivo della donna. D'AVACK L., *Nascere per contratto: un'ordinanza del tribunale civile di Roma da ignorare*, in Dir. Famiglia 2000, 2, p. 706-710

¹² PATRUNO F., *La vicenda sul c.d. utero in affitto. Profili giuridici*, in Dir. famiglia, fascicolo 4, 2001, p. 1642-1649

L'art. 12, in tema di divieti generali e sanzioni, prevede, dispone, al comma 6, che: *“Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni, o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”*¹³.

L'ulteriore sanzione della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale è, poi, prevista nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti succitati.

Il fatto di aver posto un divieto così drastico è prova dell'atteggiamento di prudenza del legislatore, diretto ad assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento procreativo, compreso il concepito¹⁴, ed evitare lo sfruttamento di un tale fenomeno in Italia.

Partendo dalla configurazione del fenomeno della maternità surrogata in termini di reato, così come previsto dalla legge n. 40 appena richiamata, si può altresì sottolineare che il fenomeno in oggetto può essere sottoposta ad un ulteriore giudizio di sanzionabilità penale in senso stretto, come del resto avevano statuito anche i giudici del Tribunale di Monza, nel 1989.

E', nello specifico, al reato di alterazione di stato, ex art. 567, comma 2 c.p., che si potrebbe ricondurre, infatti, l'attribuzione consapevole della maternità del neonato ad una determinata donna diversa da colei che lo ha partorito. In questa ipotesi, in ogni caso, l'art. 567, secondo comma, c.p., va letto in stretta connessione con l'art. 269 c.c.

Invero, partendo dall'analisi dell'art. 269, c. 3¹⁵, c.c., in base al quale la maternità viene imputata a favore della donna che ha partorito, il nostro ordinamento considera alterazione di stato, ogni atto diretto a far risultare come madre, una persona diversa da quella che ha partorito. Pertanto, posto che la madre surrogata, qualora adempia l'accordo, si presta a garantire la consegna del bambino e la rinuncia al riconoscimento del rapporto di filiazione, è possibile dedurre una illiceità penale del fenomeno secondo la lettura dell'art. 567 succitato.

Tuttavia si osserva come il severo atteggiamento manifestato dal nostro ordinamento, e la crescente diffusione al giorno d'oggi delle problematiche relative alla sterilità e all'infertilità, stiano causando un aumento notevole dei soggetti che cercano soluzioni alternative al fine di realizzare il loro sogno di creare una famiglia, e nello specifico, è proprio la diffusione in Italia del fenomeno della surrogazione materna a far riflettere su questi temi.

In particolare, se ciò induce da un lato le Autorità competenti ad emanare delle norme che possano in qualche modo limitare l'avvento del fenomeno de quo, dall'altro sono i giudici che, per mezzo dell'applicazione delle norme di legge, risolvono le controversie, fissando dei principi che

¹³ CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Diritto penale e processo* N. 4/2004, pag 411-422 legge 19 febbraio 40/2004.

¹⁴ SESTA M., *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Famiglia e Diritto* N. 8-9/2010, p. 839-847

¹⁵ Art. 269, c.3, c.c.: *“La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.”*

inevitabilmente seppur non vincolanti, rappresentano un punto di partenza importante per il sistema normativo Italiano.

In particolare, si rammenta una circolare, emanata dal Ministero degli Esteri nel 2011 e indirizzata a tutti i Consolati e le Ambasciate del mondo, nella quale vengono fornite le istruzioni che il funzionario consolare all'estero dovrà seguire in caso di presentazione di certificati di nascita e di richiesta di emissione di idonei documenti di viaggio per l'ingresso in Italia dei minori, avanzata da soggetti italiani.

Nello specifico, secondo quanto previsto dalla detta circolare, in presenza di atti di nascita formalmente validi, il funzionario consolare, sebbene a conoscenza del fatto che la nascita derivi da "maternità surrogata", dovrà accettare gli atti e inoltrarli al Comune competente, dando tuttavia nel contempo opportuna informazione delle particolari circostanze della nascita al Comune e alla Procura della Repubblica.

Per ciò che concerne, invece, l'atteggiamento che la giurisprudenza italiana degli ultimi anni ha manifestato, ancora non univoco appare l'atteggiamento dei giudici che se spesso hanno condannato la coppia che aveva concluso un accordo di maternità surrogata all'estero, altrettanto spesso l'hanno assolto.

Tra i casi più importanti si rammenta, innanzitutto, la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 2009. Soffermandosi, in particolar modo, sulla dibattuta questione se si possa dare o meno ingresso in Italia, tramite la trascrizione dei certificati di nascita stranieri, alla legge straniera che consente la maternità surrogata, la Corte¹⁶ dichiarava l'efficacia nel territorio della Repubblica Italiana dei provvedimenti giurisdizionali (cd. *parental orders*) emessi dall'Autorità giudiziaria britannica con i quali i genitori committenti venivano riconosciuti genitori legali dei nati, ordinandone la trascrizione nel registro di stato civile italiano, così da riconoscere, in via definitiva, lo status legale di madre alla donna della coppia committente. Invero, i minori risultavano essere figli di due donne diverse: la madre committente nel Regno Unito e la madre surrogata in Italia.

A guidare la Corte nell'assunzione di una tale decisione, pertanto, oltretutto il principio in virtù del quale l'accertamento del rapporto di filiazione avrebbe dovuto essere condotto in base alla legge britannica atteso che i minori erano cittadini inglesi, e l'impossibilità di riscontrare un eventuale contrasto della decisione straniera con l'ordine pubblico internazionale considerato come l'insieme dei valori supremi comuni ai sistemi giuridici di affine esperienza civile e culturale, diretti a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, era la necessità di assicurare il pieno e completo rispetto degli interessi dei minori stessi ad essere riconosciuti, anche in Italia, come figli della madre committente, che li ha cresciuti ed accuditi.

¹⁶ Corte d'Appello di Bari, sentenza 13 febbraio 2009, in *Famiglia e Diritto* N. 3/2010, pag. 257-279, con nota di DE TOMMASI M.C.; in *Il Sole 24 Ore - Guida al diritto*, N. 5/2009, p. 50-69, con nota di CASTELLANETA M.

E' in ogni caso rilevante sottolineare che nel caso de quo la madre biologica dei minori aveva rinunciato esplicitamente ad ogni diritto su di loro, consegnandoli, poche ore dopo la nascita, alla coppia committente, come previsto dall'accordo di surrogazione; si poteva, quindi, affermare che la maternità sociale, in questo caso, avrebbe dovuto prevalere su quella biologica, grazie alla stabilità della vita che ormai si andava evolvendo, in modo naturale, tra la madre che ha accudito i bambini, anche se biologicamente non suoi, e questi ultimi.

Ancora, un'altra e importante sentenza, con cui è stato, invece, manifestamente condannato il fenomeno della maternità surrogata, è stata quella emessa, nel 2014, dalla Corte di Cassazione¹⁷ con cui è stato dichiarato lo stato di adottabilità di un bambino nato in Ucraina da una madre surrogata con conseguente perdita della responsabilità genitoriale in capo alla coppia committente italiana. L'impossibilità di trascrivere il certificato all'anagrafe italiana per contrarietà del fenomeno della surrogazione materna all'ordine pubblico italiano, e la nullità del contratto ai sensi della stessa legge Ucraina in quanto concluso in violazione della stessa, sono state assunte come motivazioni alla base della decisione.

Infine, e di diverso avviso, è stato il Tribunale di Varese che, sempre nel 2014, a differenza della Suprema Corte, ha assolto una coppia di cittadini italiani che erano stati imputati del reato di false dichiarazioni idonee ad incidere sullo stato civile di una persona (art. 495, co. 2, c.p.) dopo aver fatto registrare in Italia il certificato di nascita dei figli, omettendo che questi fossero nati a seguito di surrogazione di maternità in Ucraina.

La perizia ordinata dal giudice aveva accertato l'assenza di legame genetico tra i bambini e la madre, ma i genitori si erano rifiutati di fornire informazioni in relazione alle circostanze che avevano portato alla nascita dei bambini in Ucraina precludendo al giudice ogni eventuale statuizione avente per oggetto l'illegittimità dell'atto di nascita per come materialmente formato dall'autorità straniera a ciò demandata.

Secondo il GUP l'attestazione della qualità di genitore innanzi al pubblico ufficiale rilasciata dai genitori committenti non ha comportato alcun nocumento per il bene giuridico tutelato dalla norma penale, ossia la veridicità della dichiarazione, in un sistema giuridico come quello attuale in cui è divenuto sostanzialmente ininfluenza, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, considerata altresì l'inerzia del legislatore nazionale che non ha previsto, né imposto che le parti interessate si esprimano in merito alle tecniche cui hanno fatto ricorso per la fecondazione.

¹⁷ Corte di Cassazione n. 24001/2014

Il giudice si soffermava, innanzitutto, sulla importanza delle sentenze pronunciate dalla Corte Europea dei diritti umani nei casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, alla luce delle quali risulta precluso allo Stato attribuire ai nati, a seguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa, uno status giuridico imperfetto che risulta essere lesivo del loro preminente interesse.

E dunque, il soggetto che ricorre a metodi di fecondazione diversi da quelli consentiti e disciplinati dalla legge nazionale non può vedersi disconoscere *sic et simpliciter* il proprio rapporto genitoriale, perché ciò costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del figlio, ma al contempo non può formalmente dichiarare le circostanze in cui è nato il discendente, perché non è stata introdotta alcuna legislazione in ambito interno destinata a disciplinare simili attestazioni.

In conclusione, a venire in rilievo secondo il giudice, era una sostanziale elisione dell'antigiuridicità del fatto, che comporta la trasformazione del reato da falso punibile a falso innocuo, con tutte le conseguenze che evidentemente ne derivano in punto di assoluzione degli imputati.

3. California

L'ordinamento californiano, a differenza di quello italiano, mostra invece un atteggiamento di totale apertura nei confronti del fenomeno de quo, soprattutto grazie ad una giurisprudenza favorevole allo stesso, che favorisce la conclusione di un numero di accordi di maternità surrogata che, di anno in anno, risulta essere sempre crescente. In particolare, ad essere maggiormente diffusa e utilizzata come pratica, risulta essere quella dell'"affitto dell'utero" (*gestational surrogacy*): la ragione di quanto detto, sembra doversi ricercare nella totale assenza di collegamento biologico tra la surrogata (*gestational carrier*) e il nato che, invece se sussistente, potrebbe creare un legame più profondo tra di loro e, difficilmente rescindibile.

Numerose sono le coppie, eterosessuali ovvero omosessuali, e le persone single, che si rivolgono a cliniche, agenzie e studi legali, per ricevere assistenza e consulenza al fine di esaudire il loro desiderio di diventare genitori; le strutture californiane, inoltre, offrono standard clinici elevati ed un'accurata selezione delle gestanti, che vengono sottoposte a rigidi controlli sanitari e si obbligano a mantenere una condotta di vita confacente allo stato di gravidanza.

Inizialmente, i soggetti interessati vengono messi in contatto, tramite le apposite agenzie, con una donatrice di ovuli e con le apposite banche del seme, ove necessario, e una madre surrogata; la suddetta procedura è seguita poi da un incontro tra gli stessi e la madre su commissione, e dall'inizio delle necessarie pratiche legali. Le stesse che, in ogni caso, è indispensabile vengano avviate prima delle susseguenti procedure scientifiche, e constano di alcune fasi fondamentali tra le quali la redazione iniziale dei contratti, nei quali vengono attentamente indicati i diritti e i doveri

esistenti in capo ai diversi soggetti; l'udienza al termine della quale il giudice attribuisce la genitorialità in capo ai genitori committenti che vengono riconosciuti gli unici genitori legali del bambino; l'emissione del certificato di nascita sul quale, al momento del parto, verranno indicati, nello spazio riservato all'indicazione dei genitori legali, i nomi dei genitori committenti.

Sotto il profilo giuridico, poi, nello Stato della California, non è mai stata codificata una legge ad hoc in tema di surrogazione di maternità, nonostante numerosi siano stati i tentativi di introdurre una regolamentazione relativa a tale questione, risultati però fino ad oggi, vani¹⁸. Dunque, è stata la giurisprudenza delle Corti Californiane, ad assumere, negli anni, un ruolo fondamentale per la fissazione di alcuni principi cardine in materia, tramite un'interpretazione estensiva delle nozioni di madre e padre contenute nell'*Uniform Parentage Act*.¹⁹

Come vedremo successivamente, i giudici si sono soffermati sul concetto di volontà di procreare, manifestata dalla coppia committente 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 minore.

E' stato solo da ultimo un regolamento introdotto dall'Assemblea dello Stato della California, nel recentissimo 2012, ad aver codificato, per la prima volta, le migliori pratiche legali, in relazione agli accordi di maternità surrogata, già seguite fino ad ora dagli avvocati operanti nel campo del diritto della riproduzione assistita, nonostante l'assenza di un dettato legislativo. Da tutti gli esperti in materia, il cosiddetto AB 1217 (*Assembly Bill No. 1217*) è stato, dunque, salutato con grande favore in quanto ha rappresentato il primo punto fermo nel panorama fino allora esistente, e da qualcuno definito "Wild West".

Il regolamento su richiamato, che costituisce un importante emendamento alla *section 7690* del *Family Code*, e aggiunge la *section 7692* allo stesso, innanzitutto chiarisce, nella *section 7690*²⁰, il significato di alcuni termini che risultano spesso ricorrere quando si parla di "surrogacy". Tra questi, meritano particolare attenzione i seguenti: "Intended parent", si tratta di un individuo, che potrà essere o meno sposato, il quale manifesta la sua intenzione di volersi vincolare, legalmente, come genitore del bambino che nascerà, a seguito della conclusione dell'accordo di riproduzione

¹⁸ THOMPSON C., *And Baby Makes Four: Surrogacy and the law*, in California Lawyer, January 2013

¹⁹ *Uniform Parentage Act*

²⁰ *Section 7690 "For purposes of this part, the following terms have the following meanings: 7960. For purposes of this part, the following terms have the following meanings:(a) "Assisted reproduction agreement" has the same meaning as defined in subdivision (b) of Section 7606.(b) "Fund management agreement" means the agreement between the intended parents and the surrogacy facilitator relating to the fee or other valuable consideration for services rendered or that will be rendered by the surrogacy facilitator.(c) "Intended parent" means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction. (d) "Non attorney surrogacy facilitator" means a surrogacy practitioner who is not an attorney in good standing licensed to practice law in this state. (e) "Surrogacy facilitator" means a person or organization that engages in either of the following activities: (1) Advertising for the purpose of soliciting parties to an assisted reproduction agreement or acting as an intermediary between the parties to an assisted reproduction agreement. (2) Charging a fee or other valuable consideration for services rendered relating to an assisted reproduction agreement. (f) "Surrogate" means a woman who bears and carries a child for another through medically assisted reproduction and pursuant to a written agreement, as set forth in Sections 7606 and 7962. Within the definition of surrogate are two different and distinct types:(1) "Traditional surrogate" means a woman who agrees to gestate an embryo, in which the woman is the gamete donor and the embryo was created using the sperm of the intended father or a donor arranged by the intended parent or parents.(2) "Gestational carrier" means a woman who is not an intended parent and who agrees to gestate an embryo that is genetically unrelated to her pursuant to an assisted reproduction agreement.*

assistita; “*Surrogate*”, è la donna che porta avanti la gravidanza e dà alla luce un bambino per conto altrui, tramite l’aiuto delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita e, a seguito della conclusione di un accordo scritto; “*Surrogacy facilitator*” è un individuo ovvero un’organizzazione impegnato nell’attività di pubblicizzazione di tali accordi, diretta a sollecitare le parti a concluderli, o di intermediazione tra soggetti che li abbiano già conclusi, si può, infine, trattare anche di un soggetto che addebiti una tassa o qualsiasi altro corrispettivo per i servizi prestati in relazione all’accordo di riproduzione assistita; “*Fund management agreement*”, si tratta dell’intesa raggiunta tra gli *intended parents* e il *surrogacy facilitator* con riguardo alla tassa o altro corrispettivo a quest’ultimo corrisposto per i servizi già prestati o che, in futuro, verranno prestati.

La *section 7692*²¹, invece, sancisce la necessità che la *surrogate* e gli *intended parents* siano rappresentati da consulenti legali differenti, da loro scelti prima di concludere un contratto di maternità surrogata, proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse.

Il regolamento de quo, riconosce, poi, la possibilità agli *intended parents* di ottenere il riconoscimento dei loro diritti parentali sul nato, ancor prima della nascita di quest’ultimo, attraverso la concessione, da parte dell’autorità giudiziaria, di un provvedimento che riconosce gli stessi come genitori legali del minore, eliminando qualsiasi responsabilità genitoriale in capo alla madre surrogata e, eventualmente a suo marito.

Concludendo, va dunque senz’altro riconosciuto il ruolo preminente che la California assume sulla scena internazionale in materia di accordi di maternità surrogata, atteso che se da un lato a far da protagonisti sono professionisti di grande competenza, serietà e preparazione, dall’altro le normative vigenti in materia e i principi che nel tempo si sono consolidati sono quelli che di più, rispetto a quelli seguiti nel resto del mondo, accordano un sistema di garanzie reali e di tutela effettiva nei confronti di tutti i soggetti coinvolti nella conclusione di tali accordi, e soprattutto, a prescindere dal fatto che siano cittadini americani o stranieri.

²¹ *Section 7962*” (a) An assisted reproduction agreement for gestational carriers shall contain, but shall not be limited to, all of the following information:(1) The date on which the assisted reproduction agreement for gestational carriers was executed. (2) The persons from which the gametes originated, unless anonymously donated. (3) The identity of the intended parent or parents. (b) Prior to executing the written assisted reproduction agreement for gestational carriers, a surrogate and the intended parent or intended parents shall be represented by separate independent licensed attorneys of their choosing. (c) The assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be executed by the parties and the signatures on the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be notarized or witnessed by an equivalent method of affirmation as required in the jurisdiction where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed. (d) The parties to an assisted reproduction agreement for gestational carriers shall not undergo an embryo transfer procedure, or commence injectable medication in preparation for an embryo transfer for assisted reproduction purposes, until the assisted reproduction agreement for gestational carriers has been fully executed as required by subdivisions (b) and (c) of this section. (e) An action to establish the parent-child relationship between the intended parent or parents and the child as to a child conceived pursuant to an assisted reproduction agreement for gestational carriers may be filed before the child's birth and may be filed in the county where the child is anticipated to be born, the county where the intended parent or intended parents reside, the county where the surrogate resides, the county where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed, or the county where medical procedures pursuant to the agreement are to be performed(...).

4. Inghilterra

L'Inghilterra si può considerare il primo paese ad aver battezzato il fenomeno delle nascite avvenute a seguito di concepimenti in provetta, primo tra i quali ha determinato, nel 1978, la nascita di Louise Brown; alla luce di ciò è facile immaginare come in questo paese si sia sempre cercato di disciplinare in qualche modo le su richiamare tecniche, affinché lo svolgimento delle stesse non avvenisse in un panorama normativo di totale confusione.

In particolare, in questo sistema, il fenomeno della maternità surrogata, suscita attenzione a partire dalla nascita di Kim Cotton, nata a seguito della conclusione di un accordo di maternità surrogata a titolo oneroso; il “panico morale” che tale caso ha destato, insieme agli studi e alle raccomandazioni contenute nel celebre *Warnock Report* del 1984, con le quali si suggeriva di introdurre una normativa che rendesse illegali tutti gli accordi di maternità sostitutiva, hanno fatto crescere la necessità dell'emanazione di un'apposita legge, il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, che disciplinasse tale fenomeno. La stessa, fonte di regolamentazione principale per la materia, disciplina gli accordi succitati, con grande severità: se da un lato, infatti, gli stessi vengono espressamente considerati legittimi, dall'altro lato, al contempo, sono oggetto di una severa disciplina penalistica.

In particolare, costituisce reato la stipulazione di accordi di surrogazione *on commercial basis*, ossia per fini di lucro, e ogni forma di commercializzazione del fenomeno della maternità surrogata, dalla pubblicità, all'intermediazione, alla retribuzione, salvo le eccezioni tra cui la possibilità per la madre surrogata di ottenere un compenso per le spese necessariamente sostenute durante la gravidanza, e la legittima esistenza di organizzazioni che, agendo senza scopo di lucro, forniscono alla coppia la consulenza necessaria e un aiuto nella ricerca della madre surrogata.

E' proprio l'esistenza di questa normativa, per alcuni eccessivamente rigida, che spesso porta alcune coppie a concludere tali accordi all'estero, costringendoli a sopportare, poi, le dovute conseguenze e i problemi che possono scaturire in merito all'attribuzione dello status genitoriale e della cittadinanza.

Le uniche tipologie di accordi ritenute ammissibili nel Regno Unito, sono quelle per cui gli stessi vengono conclusi tra i genitori committenti e la madre surrogata, che può essere un'amica, una parente, ovvero un'altra donna che decide di mettere a disposizione il suo utero e i suoi gameti, per puro spirito di liberalità e solidarietà.

Un'altra caratteristica fondamentale degli stessi è il loro carattere di accordi non giuridicamente vincolanti: non sarà, dunque, ammissibile, in caso di inadempimento ad opera di una delle parti, l'esecuzione coattiva delle prestazioni promesse dalle stesse, né un loro diritto ad una tutela risarcitoria.

Alla luce di ciò si può desumere la natura ibrida di tali accordi, che se per un verso sono considerati legittimi, dall'altro non sono giuridicamente vincolanti; potrebbe, dunque, sorgere il dubbio relativamente all'utilità di una loro regolamentazione, ovvero quello relativo all'esistenza di una qualsivoglia forma di tutela delle parti che li concludono. Con riguardo a quest'ultima questione, comunque, non è esclusa una seppur minima forma di tutela delle parti che, per la madre surrogata, coincide con l'attribuzione alla stessa della maternità, e per la coppia committente, invece, si identifica nella possibilità che la stessa ha, alla nascita del bambino, di attivare una procedura giudiziaria attraverso la quale si compie una convalida successiva dell'accordo da parte del giudice che, dopo aver accertato il carattere volontario e non commerciale dell'accordo e l'avvenuta consegna del bambino ai committenti, concede un provvedimento, il cd. *parental order*, al fine di rendere legittimo lo status genitoriale della coppia committente, che diventa dal punto di vista legale e sociale quella dei genitori.

5. India

L'India rappresenta certamente una delle mete preferite, a livello internazionale, scelte dalle coppie e dagli individui infertili o sterili per realizzare il loro sogno di diventare genitori. Viene scelta soprattutto in quanto paese meno costoso²² rispetto agli altri dove la maternità surrogata viene praticata, e con un gran numero di donne disposte ad essere madri surrogate, partorendo quindi al posto della donna della coppia.

Da sempre oggetto di critiche e di valutazioni negative, l'affermazione e l'utilizzo di queste procedure in un paese come l'India, sono sempre state considerate come una delle cause principali del fenomeno dello sfruttamento delle donne indiane, che pur di acquistare una casa, assicurare l'educazione ai loro figli, ovvero limitare la situazione di estrema povertà nella quale sono costrette a vivere con la propria famiglia, decidono di iniziare questo percorso. Le stesse, quindi, con il loro atto creano un legame tra poveri e benestanti.

Così come già esaminato per gli altri Stati, anche in India esiste un sistema organizzato di cliniche che, nel tempo, sono diventate sempre più competitive, sia con riferimento ai prezzi relativi ai trattamenti, offrono infatti pacchetti "tutto compreso", che con riguardo al numero di madri surrogate che offrono.

La commercial surrogacy è praticata dal 2002, anno in cui venivano, di concerto dal Ministero della Sanità e del Family Welfare e dall'Indian Council of Medical Research, emanate le prime Linee guida, che venivano successivamente aggiornate nel 2005.

²² Gupta R., Gupta S., *Commercial surrogacy in India: assessment of legal scenario*, in Indian Journal of Legal Philosophy 2014, 2(1), 124-144.

Ad essere individuati nelle stesse, sono alcuni principi fondamentali in materia di maternità surrogata tra cui in particolare la possibilità di accedere al processo solo per le coppie o i soggetti che per problemi medici non possono avere figli naturalmente²³; l'età della surrogata, che non dovrà mai superare i 45 anni e può anche essere una persona conosciuta dalla coppia.

Nel 2010, il Ministero della Sanità e del Family Welfare di concerto con l'Indian Council of Medical Research ha emesso un regolamento denominato "*Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill*"²⁴, nel quale è stato fatto confluire il contenuto delle linee guida del 2005, ma che ancora risulta non essere stata presentata in Parlamento, che oltre a regolamentare l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e conseguentemente i protocolli che le cliniche ove si svolgono i trattamenti devono seguire, pone una serie di regole con le quali viene disciplinata l'industria crescente della surrogazione di maternità. Tutto ciò al fine di tutelare i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, incluse le madri surrogate, i genitori committenti e il bambino.

Il suddetto Regolamento, oltre a fornire nella sua parte preliminare, le definizioni di "*surrogacy*"²⁵ e "*surrogate mother*"²⁶, e ad indicare come unica forma di maternità surrogata ammessa, la gestational surrogacy, individua i requisiti soggettivi che devono sussistere in capo ai soggetti che decidono di iniziare un percorso di surrogazione materna, i diritti e i doveri dei pazienti, della surrogata e del bambino.

Nello specifico, possono diventare²⁷ madri surrogate esclusivamente le donne indiane con un'età compresa tra i 21 e i 35 anni e che siano state sottoposte ad accurate screening medici. E' poi previsto che le stesse non possano agire come madri surrogate per più di cinque volte, computando in questo termine esclusivamente le gravidanze che si sono concluse con la nascita di un bambino vivo, inclusi i loro stessi bambini²⁸, e non si possano sottoporre ad un trasferimento di embrioni per più di tre volte per la stessa coppia o lo stesso individuo committente. Ancora, è richiesto il consenso del marito²⁹, se sposate.

²³ Indian Council of Medical Research Guidelines, 2002, Art. 3.10.2: "*Surrogacy by assisted conception should normally be considered only for patients for whom it would be physically or medically impossible/undesirable to carry a baby to term*".

²⁴ Indian Council of Medical Research. *The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft*. New Delhi, Ministry of Health and Family Welfare, India 2010.

²⁵ The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft, Chapter 1, Preliminary, article 2: "*Definitions — In this Act, and in any rules and regulations framed hereunder, unless the context otherwise requires – ... aa) "surrogacy", means an arrangement in which a woman agrees to a pregnancy, achieved through assisted reproductive technology, in which neither of the gametes belong to her or her husband, with the intention to carry it and hand over the child to the person or persons for whom she is acting as a surrogate...*"

²⁶ The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft, Chapter 1, Preliminary, article 2: "*Definitions — In this Act, and in any rules and regulations framed hereunder, unless the context otherwise requires... bb) "surrogate mother", means a woman who is a citizen of India and is resident in India, who agrees to have an embryo generated from the sperm of a man who is not her husband and the oocyte of another woman, implanted in her to carry the pregnancy to viability and deliver the child to the couple / individual that had asked for surrogacy...*"

²⁷ Indian Council of Medical Research (ICMR), Ministry of Health & Family Welfare, Govt. of India, *The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill*, 2010.

²⁸ Saxena P., Mishra A., Malik S., *Surrogacy: Ethical and Legal Issues*, in *Indian J Community Med*, 2012, 37(4), 211-213.

²⁹ Svitnev K., *Legal control of surrogacy – international perspectives*, in Schenker J., *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, Jerusalem, 2011.

Per ciò che concerne, invece le caratteristiche della coppia committente, è richiesto che le tecniche di procreazione medicalmente assistita, inclusa la maternità surrogata, siano accessibili alle coppie sposate e non sposate, straniere e non, ma anche ai single.

In particolare, per gli stranieri, è previsto l'obbligo in capo agli stessi di nominare un *local guardian* che avrà la responsabilità di prendersi cura della madre surrogata durante la gravidanza e subito dopo la stessa, fino al momento in cui il bambino verrà consegnato alla coppia; gli stessi dovranno altresì fornire alla clinica, presso la quale inizieranno il trattamento, una documentazione idonea e completa che comprenda anche una lettera rilasciata o dall'ambasciata del paese della coppia in India o dal Ministero degli Esteri del suo paese di provenienza, con la quale si riconosca la legalità del processo di surrogazione materna e si garantisca il ritorno del bambino nel paese di residenza dei genitori committenti, in qualità di figlio biologico degli stessi.

In India tali accordi sono coercibili e legalmente vincolanti, dunque, se da un lato vi è l'obbligo della madre surrogata di rinunciare ai suoi diritti genitoriali sul bambino, dall'altro, vi è quello della coppia di genitori committenti, ovvero del singolo di accettare la custodia del bambino a prescindere da eventuali anomalie o malattie dello stesso.

Infatti al termine del processo³⁰, il bambino verrà riconosciuto come figlio a tutti gli effetti della soggetti committenti che saranno considerati come i suoi genitori legali, proprio come se lo stesso fosse nato in modo naturale, e compariranno come tali sul certificato di nascita, a prescindere dal fatto che siano sposati o no, ovvero single, e il bambino potrà³¹, al raggiungimento dei 18 anni in via autonoma, chiedere di conoscere alcune informazioni relative al donatore di gameti e alla surrogata, tranne quelle idonee a rivelarne l'identità, rivelate solo in caso di esigenze mediche.

Nel 2012, in India sono cambiate le regole per gli stranieri che vogliono iniziare un percorso di maternità surrogata, e in particolare ad essere state oggetto di modifica, sono state quelle relative ai visti da richiedere prima di accedere ad un simile percorso.

Oltre ad essere vietato l'accesso a coppie dello stesso sesso, single e coppie sposate da meno di due anni, si richiede che il visto turistico, non più sufficiente, si sostituisca con un *Medical Visa*, rilasciato in presenza di determinate condizioni, tra le quali la necessità che l'uomo e la donna della coppia straniera siano sposati da almeno due anni e la presentazione di un documento, da parte della coppia, nel quale la stessa dichiara che si impegna a prendere cura del bambino che nascerà.

³⁰ The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft, Chapter 7, article 35: “*Determination of status of the child - A child born to a couple through the use of assisted reproductive technology shall be presumed to be the legitimate child of the couple, having been born in wedlock and with the consent of both spouses, and shall have identical legal rights as a legitimate child born through sexual intercourse...*”

³¹ The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft, Chapter 7, article 36: “*Right of the child to information about donors or surrogates – A child may, upon reaching the age of 18, ask for any information, excluding personal identification, relating to the donor or surrogate mother...*”.

E' facile osservare come, a seguito dell'introduzione nel 2012, della nuova normativa, il numero degli stranieri che ormai si rivolgono all'India per realizzare il loro desiderio di creare una famiglia, si sia notevolmente ridotto a causa degli ostacoli reali che non possono essere ignorati o evitati.

Dunque, la conseguenza più naturale di questo cambiamento normativo, si rinviene nel naturale incremento del numero di coppie che invece decidono di avviare il percorso di surrogazione in paesi come il Messico, il Nepal ovvero i paesi dell'Est Europa che, a prezzi ugualmente ridotti rispetto agli Stati Uniti, ma certamente con garanzie minori, soprattutto a livello legale, offrono servizi simili.

6. La Corte Edu e la maternità surrogata

Assai importante è stato il ruolo assunto dalla Corte Edu che soprattutto recentemente ha con le sue pronunce innovative focalizzato l'attenzione su un tema molto importante dotato di una rilevanza mondiale, accordando piena tutela a quei diritti umani che spesso dai governi nazionali venivano ignorati, o più gravemente calpestati.

In riferimento ai casi *Mennesson c/ Francia*³² e *Labassee c/ Francia*³³, i giudici della Corte EDU hanno ritenuto che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati mediante procedimenti di maternità surrogata all'estero ecceda il margine di apprezzamento statale.

I giudici, nello specifico, sostenevano l'avvenuta violazione dell'art. 8³⁴ della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ritenendo che ad essere leso risultava, in particolar modo, il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata che impediva a questi ultimi, nel caso specifico, di godere del rapporto di filiazione con il partner delle coppie che, in entrambi i casi in esame era altresì il padre biologico dei minori.

Ancora, il caso *Paradiso e Campanelli c/ Italia*³⁵, in riferimento al quale l'Italia ha ricevuto una condanna dalla Corte di Strasburgo per aver sottratto alla coppia committente un bambino nato da una madre surrogata in Russia, a causa dell'inesistenza di un legame biologico con i coniugi, e quindi per aver violato l'art. 8 CEDU.

La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una famiglia di fatto tra la coppia e il bambino. Nonostante i ricorrenti avessero passato solo sei mesi con il bambino, infatti, questo pur breve periodo aveva consentito l'instaurarsi di una relazione tra i coniugi e il minore e poi non vi è alcun motivo, da un lato, per ritenere che l'assenza di un legame genetico possa influire negativamente sull'esistenza del

³² AFFAIRE MENNESSON c. FRANCE, Requête no 65192/11

³³ AFFAIRE LABASSEE c. FRANCE, Requête no 65941/11

³⁴ Art. 8, CEDU: "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."

³⁵ AFFAIRE CAMPANELLI c. ITALIA, Requête no 25358/12

legame familiare, e, dall'altro, per impedire di considerare l'accertamento di tali legami genetici come rilevante sotto il profilo del diritto del singolo a sviluppare legami con i propri simili.

Le misure adottate dalle autorità italiane nei confronti del bambino, la sua sottrazione ai ricorrenti e l'affido costituiscono, secondo la Corte, un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare. Invero, l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può essere utilizzata in modo automatico, senza prendere in considerazione il miglior interesse del minore.

La Corte Edu ha condannato, così, l'Italia a risarcire la coppia della somma di Euro 20.000 per il danno non patrimoniale subito, e 10.000 Euro per i costi e le spese sostenute.

7. Casi pratici e giurisprudenza degli altri Stati

In materia di maternità surrogata, significativo è il ruolo assunto dalla giurisprudenza che ha sempre cercato, nei diversi casi, di attuare una risoluzione delle controversie in esame che potesse garantire il rispetto della legge, della realtà e della sua continua evoluzione, e tutelare soprattutto i soggetti che nell'ambito di questi accordi sono poi i più deboli: i nati ed i neonati.

E' proprio con riferimento a questi ultimi e alla rilevanza attribuita al principio dell'interesse del minore, che molti giudici delle Corti nazionali ed europee, anche in stati ove la surrogazione di maternità è vietata, hanno, nel pieno rispetto del suddetto principio, adottato pronunce favorevoli alla stessa, pur di rispondere alla necessità di tutelare il nato e i suoi diritti.

Il principio di prevalenza dell'interesse superiore del minore è oggi vincolante anche a livello internazionale, in virtù della Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre del 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. n. 176/1991. La stessa sottolinea, all'art. 3, la necessità che l'interesse superiore del fanciullo sia oggetto di una considerazione preminente, in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche, che private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi.

• California

Nel caso *Jhonson v. Calvert*³⁶ - 1993, una coppia di genitori committenti decideva di concludere un accordo di maternità surrogata con una donna che si limitava a portare avanti la gravidanza, instauratasi successivamente all'impianto di un embrione ottenuto con i gameti della coppia; la stessa, che inizialmente aveva promesso che avrebbe, alla nascita del bambino, consegnato lo stesso ai genitori committenti rinunciando a qualsiasi diritto su di lui, cambiava successivamente idea e minacciava di tenerlo con sé. La coppia adiva, dunque, l'autorità giudiziaria chiedendo che il loro

³⁶ *Johnson v. Calvert*, 1993, 5 Cal.4th 84

diritto alla genitorialità sul minore nato, a seguito della conclusione del contratto di maternità surrogata, venisse espressamente riconosciuto.

La Corte Suprema Californiana, oltre a sancire la validità del contratto e la sua non contrarietà rispetto all'ordine pubblico, affermava che, nonostante ai sensi della *section 7000 del Civil Code*, il ruolo di madre naturale veniva attribuito alla donna che fosse risultata geneticamente legata al nato e che avesse dato alla luce lo stesso, 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 minore.

Successivamente, la Corte di Appello della California, affermava lo stesso principio di diritto nel caso *In Re Marriage of Buzzanca*³⁷ - 1998: una coppia decideva di concludere un accordo di maternità surrogata con una donna, nell'utero della quale sarebbe stato impiantato un embrione creato a seguito di una donazione di gameti. La questione affrontata dalla Corte riguardava, dunque, la determinazione della genitorialità in un caso in cui entrambi i genitori committenti risultavano essere geneticamente estranei al bambino; l'autorità giudiziaria decise di interpretare estensivamente la *section 7613 del Family Code*³⁸, secondo la quale l'uomo che ha prestato il suo consenso alla fecondazione assistita della moglie con un seme a lui non appartenente, va considerato il padre naturale e legale del minore che nascerà.

Nel caso in esame, dunque, l'autorità giudiziaria decise di porre a fondamento del suo ragionamento l'importanza della volontà della coppia, manifestata tramite il consenso, di procreare e di accedere alle procedure mediche di fecondazione assistita necessarie, sebbene usando gameti non appartenenti alla stessa, e riconobbe, dunque, in capo ai genitori ricorrenti, rispettivamente, il diritto alla maternità e alla paternità.

- **Regno Unito**

Il caso *Baby Cotton - 1985* si può considerare come il primo caso di conclusione di un accordo di maternità surrogata commerciale nel Regno Unito, concluso tra Kim Cotton, cittadina inglese e madre surrogata, e una coppia committente di cittadini americani sposati.

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

³⁷ *Buzzanca v. Buzzanca*, 1998, 61 Cal. App.4th 1410

³⁸ *Family Code, Section 7613*: "If, under the supervision of a licensed physician and surgeon and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived(...)"

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.

Nel caso *Re TT (A Minor) – 2009*, invece, una coppia di aspiranti genitori, navigando tra siti Internet che si occupavano di maternità surrogata, contattava una donna inglese disposta a diventare la loro madre surrogata; il concepimento avveniva con l'utilizzo degli ovociti della stessa e del seme dell'aspirante padre; durante la gravidanza, però, la donna cambiava idea decidendo di tenere il bambino con sé, e le veniva concesso la custodia del bambino dal giudice, che allo stesso tempo rigettava la richiesta avanzata dal padre committente relativa alla possibilità di ottenere la stessa custodia.

Nella motivazione della sua sentenza il giudice soffermandosi sulla importanza del contatto e dell'attaccamento naturale che si crea tra il bambino e la donna che lo porta in grembo prima, e poi lo dà alla luce, sottolineava anche l'esistenza dei molteplici rischi che possono derivare da un accordo di maternità surrogata, tra i quali, l'incapacità della madre surrogata di rinunciare al bambino una volta nato, proprio come era accaduto nel caso in analisi; esprimeva, inoltre, la preoccupazione circa la capacità degli aspiranti genitori di soddisfare i bisogni soprattutto emotivi del bambino e la possibilità che il distacco di quest'ultimo dalla madre surrogata potesse arrecargli dei danni emotivi.

- **Ucraina**

Il caso *Re X and Y - 2005* riguarda la conclusione di un accordo commerciale di maternità surrogata tra una coppia inglese e una donna ucraina che veniva remunerata al di là delle spese sostenute durante la gravidanza, e, alla nascita del bambino lo consegnava alla coppia committente, così come indicato nell'accordo.

I problemi iniziavano successivamente alla nascita; in applicazione della legge ucraina, infatti, i genitori surrogati non avevano né diritti né doveri nei confronti dei bambini nati, e la coppia committente veniva indicata come coppia di genitori legali sul certificato di nascita. Questo conflitto tra sistemi giuridici diversi, aveva come effetto quello di rendere i gemelli orfani e apolidi, visto che da un lato, non essendo figli degli aspiranti genitori inglesi non potevano da loro ottenere la cittadinanza britannica e dunque, essere portati nel Regno Unito; dall'altro, secondo la legge ucraina i bambini erano figli della coppia committente che essendo, però, a disposizione di un visto

di durata limitata che autorizzava la loro permanenza in Ucraina, prima o poi avrebbe dovuto lasciare lo Stato.

Pertanto, solo a seguito della prova positiva dell'esame del DNA con cui l'aspirante padre dimostrava di essere il padre biologico dei gemelli, le Autorità d'Immigrazione concedevano a questi ultimi, eccezionalmente, una sorta di autorizzazione provvisoria ad entrare nel Regno Unito per permettere alla coppia committente, una volta rientrati in patria, di richiedere un *parental order* per farsi dichiarare legalmente definitivamente i genitori.

- **Thailandia**

Da ultimo va fatto un accenno allo sviluppo del fenomeno della maternità surrogata in paesi come la Thailandia e il Messico, che se da un lato rientrano tra le mete meno costose, e che quindi attirano maggiormente i soggetti desiderosi di realizzare il loro sogno; dall'altro, sono però certamente sconsigliate, in quanto non forniscono le stesse garanzie di tipo medico e legale che certamente, accompagnano la procedura in Paesi come la California.

La Thailandia, ad esempio, è stata spesso oggetto delle cronache nel 2013, con riferimento ad episodi relativi all'abbandono di minori nati da madri surrogate, da parte delle coppie (*Baby Gammy - 2013*) e all'aumento di fenomeni quali il commercio di bambini e lo sfruttamento di minori alimentati anche dall'estrema condizione di povertà che caratterizza quei luoghi (*Baby Factory – 2014*).

- **Messico**

Anche il Messico, è stato alcuni mesi fa protagonista di tristi storie relative alla maternità surrogata (*Haseeb and Christy Amireh case – 2015*). In particolare, due coniugi californiani che si erano rivolta ad un'agenzia messicana, specializzata in maternità surrogata, per iniziare questo percorso, erano stati costretti a prolungare la loro permanenza in Messico per le tre settimane successive alla nascita, aspettando che venisse loro consegnato il certificato, senza il quale non avrebbero potuto ottenere il passaporto per portare a casa il loro bambino, in quanto le Autorità Messicane adducevano come motivazione un improvviso mutamento della legge in materia di maternità surrogata.

8. Conclusioni

In conclusione, alla luce dell'analisi fin qui condotta delle normative e delle pronunce giurisprudenziali dei vari paesi ove il fenomeno della surrogazione di maternità è praticato, non si può non osservare come sia un melting pot di normative a fissare nei diversi stati, i principi

fondamentali da rispettare in relazione allo stesso, e i presupposti in presenza dei quali risulta possibile accedervi nelle diverse parti del mondo.

E spesso, risultano essere fattori come la cultura, i casi precedenti, il numero di anni che ha visto tale processo diffondersi in quel determinato stato, a rappresentare i punti cardine sulla base dei quali viene adottata una normativa che può apparire più o meno completa, ma in ogni caso diversa da paese a paese.

E aumenta così il turismo riproduttivo, un fenomeno nel quale gli attori protagonisti sono le coppie ovvero tutti gli individui affetti da infertilità o sterilità, le madri surrogate, le donatrici e i donatori di gameti, oltre ad un universo parallelo composta da esperti legali, medici, agenzie e associazioni che hanno il compito di guidare gli attori in questo complesso procedimento, fatto di paure ed emozioni forti.

E' stata proprio la diffusione a livello internazionale di tali accordi e la diversità delle normative che regolano la maternità surrogata a rendere forte la necessità di confrontarsi, invece, con delle leggi uniformi. Attualmente, invero, è la Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja³⁹, che, impegnata su questo fronte, ha avviato, nel 2010, una ricerca sugli sviluppi comparati della disciplina della maternità surrogata, nell'ambito del diritto interno e del diritto internazionale privato, che ancora oggi si sta svolgendo, diretta all'ideazione di una normativa internazionale, comune a tutti gli Stati, che contenga previsioni in materia di tutela del minore e attribuzione della genitorialità, e possa costituire il punto di riferimento in caso di contrasti normativi.

26 Maggio 2015

Riproduzione Riservata al solo utilizzo del Sito www.associazionelucacoscioni.it

Avv. Ida Parisi

³⁹ *Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No. 10 of March 2011 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference*