

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

KELLEN TRILHA SCHAPPO

La maternità surrogata nel 2020:
evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2020-1

La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti

Sommario

1. Introduzione. - 2. La maternità surrogata in Italia. - 3. I problemi del passato: cittadinanza e *status filiationis*. - 4. I problemi del futuro: diritti delle surrogate e benessere del bambino. - 5. Conclusione.

Abstract

La maternità surrogata è una pratica vietata in Italia dalla legge del 19 febbraio 2004, n. 40¹. Dal momento, però, che anche gli aspiranti genitori che vivono in Italia possono accedere a un'offerta internazionale di servizi di maternità surrogata, questo divieto finisce per essere relativo. Negli ultimi vent'anni² questa pratica si è diffusa esponenzialmente, grazie ad abili professionisti e agli sviluppi tecnologici che hanno facilitato le tecniche di riproduzione assistita e ridotto le distanze geografiche. Questo fenomeno sociale ha spinto l'evoluzione del quadro giuridico in cui si svolgono gli accordi internazionali di maternità surrogata. In questo ambito il diritto internazionale privato, in prima linea nel recepire gli effetti di atti e norme stranieri, si trova immediatamente coinvolto. Questo articolo si pone come obiettivo quello di osservare in che modo il diritto si è adattato a tale cambiamento.

Surrogacy is a forbidden practice in Italy, but the possible access to an international offer of surrogacy services relativizes this prohibition. In the past twenty years, this practice spread exponentially, with the help of skilful entrepreneurs and technological developments that facilitated assisted reproduction and narrowed distances between States. This phenomenon also pushed for an evolution of the normative framework in which international surrogacy agreements take place. Within this context, private international law techniques are at the forefront, since they determine the conditions under which foreign acts and norms are welcomed within the legal system. This article aims at observing how legal solutions evolve in order to adapt to this challenging social context.

* Assegnista di ricerca, Università Bocconi; Ph.D., Sciences Po Law School. Desidero ringraziare per il supporto Paola Mariani, dell'Università Bocconi, e Mauro Catania, della Biblioteca Centrale Giuridica.

1 L. 19 febbraio 2004, n. 40, *Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita*, art. 12(6): "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."

2 Teniamo conto della nascita delle gemelle Mennesson, il cui caso ha illustrato le varie fasi del trattamento degli effetti di maternità surrogata in Europa.

1. Introduzione

L'oggetto di questo studio è la maternità surrogata, pratica che assume molteplici forme, difficilmente catalogabili tra "nazionali" o "internazionali". Il riferimento generale alla maternità surrogata internazionale può essere fuorviante in quanto riflette l'immagine di una realtà univoca ed omogenea. Il quadro che emerge dallo studio condotto alla conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato³ è invece tutt'altro. Non esiste, come si sa, un regime giuridico per la maternità surrogata internazionale. Esiste invece un mosaico di diverse risposte normative nazionali che ammettono, in misura più o meno ampia, la sostituzione di maternità. La pratica internazionale si innesta in soluzioni locali, sulle quali costruisce un network professionale. La maternità surrogata è così un fenomeno transnazionale, che sfrutta le pieghe di due o più ordinamenti nazionali per raggiungere i suoi scopi. In questo modo, degli aspiranti genitori in uno Stato dove la pratica è vietata potranno facilmente trovare su internet un intermediario stabilito in un secondo Stato che offrirà servizi di maternità surrogata da svolgere in un terzo Stato, eventualmente con gameti provenienti, o fertilizzati, in un quarto. Le modalità della pratica si sono evolute negli anni, così come l'offerta e il quadro giuridico, che passeremo ad analizzare in vista di sviluppi futuri.

2. La maternità surrogata in Italia

La maternità surrogata è una pratica vietata in Italia dalla legge del 19 febbraio 2004, n. 40⁴. In questi ultimi anni diversi aspiranti genitori italiani si sono tuttavia recati all'estero per avere figli grazie a questa pratica⁵. Il divieto a livello interno non implica inevitabilmente che gli effetti di una maternità surrogata realizzata all'estero non possano essere riconosciuti⁶. L'ordinamento italiano, tuttavia, ha mostrato una forte resistenza nel riconoscere questi effetti. Dalla decisione della Corte di Cassazione del 2014⁷ a quella del 2019⁸, la giurisprudenza è stata piuttosto orientata a sanzionare i progetti di genitorialità realizzati tramite una terza persona.

La prassi italiana è stata particolarmente severa nei confronti di genitori committenti nel senso che, diversamente da altri paesi, le decisioni italiane non si sono limitate a negare il riconoscimento dello *status filiationis* del bambino nato all'estero. In certi casi, come quello in discussione avanti la Corte di Cassazione del 2014⁹ e nel caso *Paradiso e Campanelli*¹⁰, il bambino è stato allontanato dai genitori committenti e ne è stata dichiarata l'adottabilità. L'originalità di questa soluzione in confron-

3 Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, Prel. Doc. No. 3C, 2014.

4 Cit. *supra* nota 1.

5 A. Figone, *Divieto di riconoscimento nello Stato italiano di ipotesi di maternità surrogata. Commento alla sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014 della Corte di Cassazione*, in *Minori e Giustizia*, 2015, pp. 221-225, spec. p. 222.

6 Per una visione generale della pratica dei diversi Stati dinanzi alla sostituzione di maternità, v. Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, cit. nota 3.

7 Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001.

8 Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193.

9 Cit. nota 7.

10 Le varie tappe della procedura italiana sono presentate nella decisione della Corte Edu del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (no. 25358/12).

to, ad esempio, con la prassi francese – discussa anch'essa a Strasburgo¹¹ – consiste nel fatto che la vita in famiglia non può realizzarsi per via dell'allontanamento del bambino. Questo ha due risvolti principali.

Primo, non è possibile qualificare (e, per conseguenza, nemmeno salvaguardare) una vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della convenzione Edu. Tale è la conclusione della Grande Camera sul caso *Paradiso e Campanelli*¹², tornando parzialmente sui passi della decisione precedente, che aveva invece condannato l'Italia¹³. Secondo la Corte di Strasburgo, la decisione presa dallo Stato italiano in questo caso non caratterizzava una violazione dell'articolo 8 dal momento che il bambino non era geneticamente legato a nessuno dei genitori committenti, e che il tempo trascorso con essi non era bastato per stabilire una vita familiare *de facto*. Così, la decisione di allontanare il bambino permette allo Stato italiano di intervenire in modo rigoroso contro la maternità surrogata senza invece nuocere ai diritti del bambino salvaguardati nell'ambito della convenzione. Come paragone, la decisione della Cour de cassation nel caso *Menesson* giustifica il diniego di riconoscimento dello *status filiationis* con il fatto che questa decisione non impedirebbe ai membri di questa famiglia di vivere insieme in Francia¹⁴, e per questa ragione l'interesse superiore del bambino non verrebbe scavalcato. Le autorità italiane che decidono, al contrario, di impedire la realizzazione della vita familiare mirano a proteggere il bambino da genitori considerati non idonei¹⁵. L'allontanamento non sarà però possibile qualora ci sia un legame biologico tra bambino e genitore committente, in virtù delle pronunce della stessa Corte Edu nei casi *Menesson* e *Labassée*¹⁶.

Secondo, i genitori che perdono la custodia del bambino non sono in grado di concludere il loro progetto familiare. Così, se l'obiettivo di queste decisioni è anche quello di dissuadere altri aspiranti genitori, si tratta di una soluzione sicuramente scoraggiante. Paragoniamola, ancora una volta, con le decisioni francesi, come quella presa nel caso *Menesson*. La Cour de cassation chiarisce che la sua decisione non priva le bambine nate in California della filiazione stabilita all'estero, e nemmeno le impedisce di vivere con i genitori committenti in Francia¹⁷. In questo modo, finalmente e non senza ostacoli, il loro progetto familiare potrà essere realizzato. Gli effetti più severi della decisione gravano,

-
- 11 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2014, *Menesson c. Francia* (no. 65192/11), e *Labassée c. Francia* (no. 65192/11). La principale differenza tra i casi francesi e il caso italiano discussi a Strasburgo riguarda il fatto che i genitori committenti italiani non hanno potuto rappresentare gli interessi del bambino, e sono le uniche parti richiedenti (sentenza del 27 gennaio 2015, para. 49). L'analisi della conformità delle decisioni italiane all'articolo 8, soprattutto in merito al diritto al rispetto della vita privata – aspetto essenziale in *Menesson* e *Labassée* – non ha quindi potuto essere portata avanti dalla Corte Edu in *Paradiso e Campanelli*. Nonostante questa differenza procedurale, “non risulta che l'interesse superiore del minore e il modo in cui tale interesse è stato valutato dai giudici nazionali non rivestano alcuna importanza”; per cui l'interesse del bambino è comunque oggetto del controllo della Corte Edu anche in *Paradiso e Campanelli*, sulla base dell'articolo 3 della Convenzione sui diritti del minore (sentenza del 24 gennaio 2017, para. 208).
- 12 Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (no. 25358/12).
- 13 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. nota 10.
- 14 Cour de cassation, première chambre civile, sentenza del 4 aprile 2011 (10-19.053): “Mais attendu [...] qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant”. L'atto di nascita straniero, anche se non riconosciuto in Francia, prova quindi il legame tra genitori e bambine e gli permette di vivere insieme e di adempiere gli atti quotidiani, come accedere a servizi sanitari, assicurativi e scolastici.
- 15 Sia nel caso 24001 del 2014 che nel caso *Paradiso e Campanelli* è presente un paragone con i requisiti per l'adozione; in entrambi i casi, i genitori committenti non avevano potuto adottare in Italia.
- 16 Cit. *supra*, n. 12.
- 17 Cour de cassation, première chambre civile, sentenza del 4 aprile 2011, cit. *supra* nota 14.

purtroppo, sui bambini, che dovranno confrontare le difficoltà amministrative, burocratiche e la perdita di diritti propri alla filiazione.

Nonostante questo approccio restrittivo nei confronti della maternità surrogata, l'ordinamento italiano dovrà, come gli altri membri del Consiglio d'Europa, adeguarsi alle nuove direttive provenienti da Strasburgo. Dalla lettura della decisione del 2019¹⁸ emerge che l'apertura sarà limitata al minimo indispensabile per non collidere con il parere della Corte Edu. L'evoluzione dello scenario nel quale si svolgono gli accordi internazionali di sostituzione di maternità non esaurisce, peraltro, le perplessità che questa attività solleva. I prossimi paragrafi avranno per scopo quello di fare il punto della situazione, identificando i problemi che ormai appartengono al passato e soffermandosi su quelli che invece presentano ancora delle sfide per legislatori e decisori nazionali e internazionali.

3. I problemi del passato: cittadinanza e *status filiationis*

Ai tempi dei primi casi di genitori committenti stranieri che si recavano in paesi terzi per avere un figlio da maternità surrogata, i problemi principali erano due, e riguardavano soprattutto il bambino: la sua cittadinanza¹⁹ e lo *status filiationis*²⁰. Entrambe le difficoltà hanno una radice comune – l'accoglienza da parte dello Stato di origine dei genitori committenti di questo nuovo rapporto familiare costituito all'estero. Le prime grandi difficoltà sono state ampiamente discusse nei casi dei bambini Manji Yamada²¹ e Nikolas e Leonard Balaz²², nati in India per conto di genitori rispettivamente giapponesi e tedeschi. Dopo la nascita dei bambini, i genitori committenti si sono confrontati con un rifiuto da parte delle autorità consolari dei loro Stati di origine di fornire ai neonati i documenti di identità che gli avrebbero consentito di viaggiare per raggiungere con i genitori gli Stati in questione. All'origine di questo rifiuto, il mancato riconoscimento dell'atto di nascita indiano come prova del rapporto di filiazione tra i bambini e i cittadini richiedenti. I committenti, da parte loro, avevano un diritto di soggiorno limitato sul territorio indiano, e non potevano rimanere con i bambini a lungo. L'India, da parte sua, stabilisce la cittadinanza locale sulla base dello *ius sanguinis* e non riconosceva come cittadini indiani i figli di cittadini stranieri. Senza un intervento che adattasse le soluzioni vigenti al fine di salvaguardare i loro interessi, questi bambini si ritrovavano senza identità e cittadinanza, costretti all'abbandono da parte dei loro genitori. Nonostante qualche autorità consolare abbia suggerito ai genitori committenti di abbandonare i bambini *in loco*²³, l'opinione pubblica dei paesi coinvolti ha denunciato la crudele sorte di questi bambini, e gli Stati hanno dovuto progettare soluzioni *ad hoc* che permettessero di sbloccare la situazione²⁴. Una soluzione è stata identificata nel ricorso

18 Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza dell'8 maggio 2019, cit. nota 8. Per un nostro commento, v. K. Trilha Schappo, M. Winkler, *A Tale of Two Fathers*, in *Italian Law Journal* 1, 2019.

19 Il problema non si è invece presentato nel caso *Menesson* perché le bambine, essendo nate in California, hanno potuto accedere alla cittadinanza degli Stati Uniti, basata sullo *ius soli*.

20 K. Trimmings, P. Beaumont, *General Report on Surrogacy*, in *International Surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, 2013, pp. 439 ss., spec. p. 502.

21 Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada vs. Union of India* [2008] (writ petition n. 379 of 2008).

22 *Balaz v. Anand Municipality*, LPA 2151/2009 (Gujarat H.C. 2009). Per un commento, v. Y. Ergas, *Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review* 27 (2013), p. 117, spec. pp. 122 ss.

23 Si tratta dell'esperienza di Dominique Menesson, il cui racconto può essere letto su <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/34.pdf>

24 Un rifiuto immediato di ogni tipo di riconoscimento eviterebbe invece la creazione di legami familiari troppo stretti, ridu-

all'adozione²⁵, anche se nel caso della bambina Yamada neanche questa pista è stata utile per via del divorzio tra i genitori committenti residenti in Giappone. Infatti, mentre la madre intenzionale non era più interessata ad accogliere la bambina nata in India, al padre è stata rifiutata l'adozione in quanto uomo single. Essendo il suo visto in scadenza, la nonna della bambina ha dovuto raggiungerla in India per custodirla mentre una soluzione definitiva non poteva essere raggiunta. Finalmente, lo Stato indiano ha rilasciato per la prima volta²⁶ un certificato di identità a Manji Yamada, che con un visto concesso per ragioni umanitarie²⁷ ha potuto volare in Giappone, dove aspettare lo svilupparsi dell'iter in compagnia della propria famiglia, senza rischiare così di essere abbandonata alla custodia dello Stato di nascita²⁸.

Queste possibili conseguenze per le sorti del minore nato da una maternità surrogata hanno innescato una reazione da parte degli Stati coinvolti, nell'intento di evitare che l'interesse superiore del bambino venisse infranto. In Francia, ad esempio, è interessante notare lo sviluppo parallelo ma in direzioni opposte della giurisprudenza amministrativa e giudiziaria in tema di riconoscimento degli effetti di maternità surrogata avvenuta all'estero. Mentre la Cour de cassation ha adottato una posizione di netto rifiuto nei confronti del riconoscimento²⁹, il giudice amministrativo, al quale giungevano le cause attinenti alle problematiche di acquisizione della cittadinanza, si è dimostrato più flessibile in nome dell'interesse superiore del minore³⁰. Quest'evoluzione è culminata nell'adozione di una circolare da parte del Ministero della giustizia francese indicando alle autorità consolari di rilasciare ai bambini nati da maternità surrogata un certificato di cittadinanza francese per permettere loro di raggiungere la Francia con i genitori committenti³¹. Poi, una volta in patria, la discussione in merito al ri-

cendo il rischio di trauma per il bambino in caso di allontanamento. Quest'immediatezza è stata indicata come auspicabile al fine di far prevalere la legalità, soprattutto all'indomani della prima decisione della Corte Edu sul caso *Paradiso e Campanelli*, che ha caratterizzato l'esistenza di una vita familiare tra bambino e genitori committenti anche in assenza di legame biologico, dopo meno un anno di convivenza (v. E. Crivelli, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 213-224, spec. p. 221). I casi appena discussi illustrano tuttavia che l'intervento delle autorità consolari nello Stato di nascita ha conseguenze ancora più drammatiche per i bambini nati da maternità surrogata, la cui identità e cittadinanza si trovano minacciati.

- 25 Y. Ergas, *Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, cit. nota 18, pp. 129-131. La soluzione basata sull'adozione è comunque stata eccezionale, e anche se ammessa per evitare che i gemelli Balaz fossero abbandonati in India, non era formalmente in conformità con il diritto tedesco, indiano e nemmeno con la Convenzione dell'Aia sulle adozioni internazionali.
- 26 R. F. Storrow, "The Phantom Children of the Republic": *International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law* vol. 20(3), 2012, p. 561, spec. p. 599.
- 27 Id.
- 28 Sul caso *Manji Yamada*, v. anche S. Mohapatra, *Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*, in *Berkeley Journal of International Law* vol. 30, 2012, p. 412, spec. pp. 417-420; Y. Margalit, *From Baby M. to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, in *Journal of Law and Policy* vol. 24, 2015, p. 41. Sul problema della cittadinanza dei bambini nati da maternità surrogata, v. anche T. Lin, *Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law* vol. 21, 2013, pp. 545 ss.
- 29 Cour de cassation, première chambre civile, sentenze del 17 dicembre 2008 (07-20468), del 4 aprile 2011 (09-17130 e 10-19053), del 19 settembre 2013 (12-30138 e 12-18315) e del 19 marzo 2014 (13-50005). L'ammissione del riconoscimento è soltanto avvenuta nel 2015, dopo le decisioni della Corte Edu in merito ai casi *Menesson* e *Labbassée*, e soltanto nei confronti del padre biologico: Cour de cassation, assemblée plénière, 3 luglio 2015 (15-50002 e 14-21323).
- 30 Conseil d'État, juge des référés, sentenza del 4 maggio 2011 (348778). Su questa giurisprudenza, K. Trilha Schappo, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène: Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé*, tesi di dottorato dell'Institut d'Études Politiques de Paris, 2016, pp. 57-61 (disponibile su: <https://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/6inlrgtibg98l8nnq1f63ipqln/resources/2016iepp0071-trilha-schappo-kellen.pdf>).
- 31 Circolare relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger del 25 gennaio 2013, NOR : JUSC1301528C (anche detta circolare Taubira).

conoscimento dello *status filiationis* sarebbe proseguita davanti alle giurisdizioni di diritto civile³².

La questione dello *status filiationis*, a sua volta, è stata ampiamente discussa nella letteratura di diritto internazionale privato³³, essendo questa una delle problematiche contemporanee più difficili da affrontare nell'ambito della nostra disciplina (e non solo³⁴). Anche se ci sarebbe spazio per una riflessione in termini di identificazione della legge applicabile³⁵ e di *fraude à la loi*³⁶, il punto cardine della questione riguarda la conformità della maternità surrogata con l'ordine pubblico internazionale del foro richiesto per il riconoscimento. Come l'Italia, diversi Stati europei si sono espressi in senso contrario a tale conformità³⁷. I fondamenti erano principalmente legati alla proibizione della maternità surrogata nel diritto interno³⁸, collegata alla centralità del sistema dell'adozione internazionale, da prediligere in casi simili³⁹, e all'indisponibilità dello stato personale⁴⁰; all'incompatibilità tra la pratica

- 32 È interessante notare che, malgrado questa conclusione, la pratica in Belgio è stata in senso opposto: v. Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, cit. nota 3, para. 164.
- 33 V. gen. K. Trimmings, P. Beaumont, *General Report on Surrogacy*, in *International Surrogacy Arrangements*, cit. nota 20; S. Bollée, *La gestation pour autrui en droit international privé*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, 2014, pp. 215 ss.; D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Clunet* vol. 142, 2015, pp. 424-509; S. Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 1070 ss.; C. Flenton-Glynn, *International Surrogacy before the European Court on Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 546 ss.; M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in questa *Rivista*, 2015, pp. 160 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 49 ss.; C. Thomale, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?*, in *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 463 ss.; V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in questa *Rivista*, 2019.
- 34 La maternità surrogata solleva in effetti sfide che coinvolgono diverse aree del diritto e delle scienze sociali, dagli aspetti di diritto di famiglia, diritto dei contratti, diritto costituzionale e diritto internazionale pubblico, alle difficili questioni che possono essere affrontate sotto le lenti della sociologia, degli studi di genere, della filosofia o della bioetica.
- 35 V. ad es. M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, cit. nota 33, pp. 165-167.
- 36 La *fraude à la loi* è stata uno dei motivi sollevati dalla Cour de cassation, v. sentenza del 19 settembre 2013, cit. *supra*, nota 29: "en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés".
- 37 La pratica dei vari paesi ostili alla maternità surrogata è descritta nel 2014 (quindi prima delle decisioni della Corte Edu nei casi *Menesson* e *Labassée*) nello studio condotto dalla conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato: Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, cit. nota 3, para. 164. Uno studio di diritto comparato è anche presentato nella decisione *Menesson* (cit. nota 11), al paragrafo 42.
- 38 Una proibizione di ordine pubblico, nella giurisprudenza italiana e in quella francese. Sulla pertinenza di questa qualificazione nell'ambito dell'eccezione di ordine pubblico internazionale, v. il nostro commento su K. Trilha Schappo, M. Winkler, *A Tale of Two Fathers*, cit. nota 18.
- 39 Katarina Trimmings e Paul Beaumont suggeriscono in effetti che un progetto di convenzione internazionale in materia di maternità surrogata dovrebbe imporre il legame genetico con almeno uno tra i committenti, lasciando l'adozione come unico mezzo per l'accesso alla genitorialità senza legame biologico: *General Report on Surrogacy*, cit. nota 20, p. 540 e *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law* vol. 7(3), 2011, p. 627 ss., spec. p. 641: "Not only should surrogacy be seen as the last resort, but it should be restricted to instances where at least one of the intended parents is genetically related to the child". La questione è anche stata discussa nel caso *Paradiso e Campanelli*, cit. note 11 e 13.

e il principio costituzionale della dignità della persona⁴¹ e a un obiettivo, più o meno dichiarato, di scoraggiare altri aspiranti genitori di recarsi all'estero per ricorrere alla sostituzione di maternità⁴². Gli effetti di questa non conformità variavano da uno Stato all'altro, con la posizione più severa adottata dai giudici italiani che, come menzionato anteriormente, sono giunti all'estrema conseguenza di allontanare il bambino dai genitori committenti, affidandolo all'adozione⁴³.

In generale, il risultato promosso dal rifiuto di riconoscimento (con l'eccezione dei casi di allontanamento) non escludeva che i figli della maternità surrogata potessero vivere con i genitori committenti come una famiglia *de facto*. Questa possibilità è in effetti stata presentata dalla Cour de cassation come baluardo della tutela del bambino, assicurando così che la decisione che respinge il riconoscimento non fosse troppo dannosa nei confronti dei suoi interessi⁴⁴. Come risultato concreto, questi bambini hanno dovuto affrontare una serie di difficoltà amministrative e burocratiche, in aggiunta alla privazione di diritti propri alla filiazione, come gli alimenti e la successione. D'altra parte, l'obiettivo deterrente è stato un fallimento globale. I dati raccolti nello studio condotto presso la conferenza di diritto internazionale privato dell'Aia dimostrano, al contrario, un aumento vertiginoso del numero di casi che coinvolgono la realizzazione di maternità surrogata all'estero⁴⁵. Forse una delle ragioni per tale fallimento può essere appunto collegata a questa risposta blanda da parte degli Stati di origine, che senza voler riconoscere formalmente la filiazione che risulta da maternità surrogata ne hanno tollerato gli effetti concreti – la vita di famiglia. Le persone che non possono avere un figlio naturalmente e non rientrano nei criteri per accedere all'adozione⁴⁶ (oppure sono, in questo caso con relativo successo, scoraggiate dalla lunghezza e delle difficoltà di questo processo) sanno che, malgrado gli ostacoli e le difficoltà, potranno accogliere in casa un bambino al quale saranno tra l'altro in molti casi legati geneticamente. I benefici in questo caso sovrastano le difficoltà, che per lo più gravano tristemente per la maggior parte sui bambini stessi.

Questo mancato adeguamento tra obiettivi e risultati è in parte dovuto ai limiti nei quali si trova il giudice chiamato a decidere sul riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero. A questo punto del processo, in effetti, il decisore si trova confrontato con una pratica repulsiva dal punto di vista del suo ordinamento, che ha però generato un *fait accompli* che non può essere ignorato. A differenza, quindi, di altre situazioni per le quali il diniego di riconoscimento potrebbe bastare per sanzionare e dissuadere, la nascita di un bambino impone un elemento di ribilanciamento che rende il compito del giudice molto più complesso. È impossibile infatti soddisfare al tempo stesso un obiettivo di lotta contro la maternità surrogata con la salvaguardia degli interessi del bambino.

Tali contraddizioni sono culminate con l'intervento della Corte di Strasburgo⁴⁷, che alla bilancia dei giudici interni ha aggiunto, con certo peso specifico, le esigenze dettate dalla convenzione Edu. La reazione ostile da parte di Stati contrari alla pratica della maternità surrogata non è stata di per sé

40 V. Cour de cassation, première chambre civile, sentenza del 6 aprile 2011, cit. nota 14: "en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui".

41 Dal quale si deduce il divieto di commercializzazione del corpo umano.

42 Questo obiettivo è considerato dalla Corte Edu come in grado di legittimare l'ingerenza dello Stato, v. *Paradiso e Campanelli*, cit. nota 12.

43 V. *supra*, para. 2.

44 Lo stato contraddittorio nel quale si trovavano le bambine ha invece caratterizzato la violazione del loro diritto a godere di una propria identità (v. la Corte Edu sul caso *Menesson*, cit. nota 11).

45 Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, cit. nota 3, para. 125-129.

46 Persone single e coppie omosessuali, ad esempio.

47 V. gen. C. Flenton-Glynn, *International Surrogacy before the European Court on Human Rights*, cit. nota 33.

condannata dalla Corte, che ha riconosciuto uno spazio nel quale legittimamente realizzare le proprie esigenze di ordine pubblico⁴⁸. Tra l'altro, nei casi esaminati i genitori committenti non hanno potuto avvalersi della violazione dei loro diritti sul rispetto della vita familiare⁴⁹. La Corte ha ritenuto tuttavia che l'impatto del diniego del riconoscimento sui bambini non era proporzionato laddove il loro diritto a godere di una propria identità non era stato preservato. Nel caso *Menesson*, tale violazione risultava dall'incertezza giuridica nella quale si trovavano le gemelle, dovuta particolarmente alla contraddizione tra il loro stato civile in California e in Francia e ai dubbi sull'accesso alla cittadinanza francese e ai diritti di successione⁵⁰. La Corte ha concluso infine "che l'analisi prende un particolare rilievo dal momento che uno dei genitori committenti è anche genitore biologico del bambino"⁵¹.

D'altra parte, la posizione più severa adottata dai tribunali italiani non è stata censurata dalla Corte di Strasburgo; anzi, essa ha pesato sull'esito del processo, una volta che i genitori committenti non sono stati ammessi a rappresentare gli interessi del bambino in virtù dell'assenza di un legame biologico o giuridico con il minore⁵². L'interruzione della convivenza tra bambino e genitori committenti ha inoltre ostacolato la caratterizzazione di una vita familiare ai sensi dell'articolo 8, il cui rispetto i richiedenti avrebbero potuto invocare⁵³. Una volta che nessuno dei due genitori era legato geneticamente al bambino⁵⁴, la decisione di allontanarlo non è stata giudicata sproporzionata tenendo conto dei diritti in causa⁵⁵ e dell'obiettivo di ordine pubblico da realizzare.

L'esistenza di un legame genetico apre una via verso una maggiore sicurezza giuridica per queste nuove famiglie, che possono essere certe di vivere insieme e, fino a un certo punto, riconosciute dallo Stato di origine. Un'ulteriore apertura è avvenuta nel recente parere consultivo richiesto dalla Francia nell'ambito del caso *Menesson*, riguardando la situazione del secondo genitore – quello che non poté

48 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, cit. nota 10, para. 79: "Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention."

49 Da una parte perché non hanno dovuto affrontare ostacoli insormontabili per stabilirsi e vivere in Francia con le gemelle nate in California (Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, cit. nota 10, para. 92-94), e dall'altra perché "la fine della loro relazione con il minore [...] è la conseguenza dell'incertezza giuridica che essi stessi hanno determinato rispetto ai legami in questione, adottando una condotta contraria all'ordinamento italiano e venendo a stabilirsi in Italia con il minore" (Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. nota 12, para. 156).

50 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, cit. nota 10, para. 96-101.

51 Id., para. 100.

52 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. nota 10, para. 49.

53 Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. nota 12, para. 151-158. La Corte distingue il caso da *Menesson* per l'assenza di legame genetico e per la decisione presa dallo Stato italiano di allontanare il bambino dai genitori committenti (para. 132). Rimane tuttavia il dubbio su quale sarebbe stata la decisione della corte se mai il bambino avesse vissuto più a lungo con i genitori committenti. Tale distinzione è in effetti discussa dalla Corte in confronto con casi precedenti, ammettendo che "Sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare de facto, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della 'qualità' del legame e delle circostanze di ciascun caso" (para. 153, traduzione in italiano resa disponibile dal Ministero della Giustizia). Per un nostro commento, v. K. Trilha Schappo, "Surrogacy in the Context of Private International Law? Cross-Border Effects of International Reproductive Agreements", in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernandez Arroyo, *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar, 2019, pp. 495 ss.

54 In tal caso rientrerebbe in gioco il diritto del bambino a godere di una propria identità, come risale dalla decisione della Corte in *Menesson* (cit. *supra* nota 10).

55 In questo caso, non potendo caratterizzare una vita familiare ai sensi dell'articolo 8, il diritto in causa era il rispetto alla vita privata di Paradiso e Campanelli, nel loro progetto di genitorialità.

stabilire un legame biologico con il neonato⁵⁶. Secondo la Corte, il legame dev'essere formalmente assicurato dal diritto, anche se non necessariamente tramite riconoscimento immediato del certificato di nascita straniero (vi è suggerito, ad esempio, che gli Stati potrebbero ricorrere a tal fine all'adozione in casi speciali⁵⁷). In pratica, il giudice francese in seguito al parere ha proceduto direttamente alla trascrizione dell'atto di nascita californiano, vent'anni dopo la prima richiesta⁵⁸.

Il quadro giuridico che risulta da questa prima fase dell'evoluzione delle soluzioni in materia di maternità surrogata può quindi essere riassunto in quattro fasi: 1) l'adattamento delle decisioni in materia di cittadinanza, al fine di rendere possibile che il bambino raggiunga lo Stato di origine dei genitori committenti; 2) il riconoscimento dello *status filiationis* tra il bambino nato da maternità surrogata e il genitore biologico⁵⁹; 3) l'estensione della genitorialità al partner non geneticamente legato al bambino, eventualmente tramite adozione⁶⁰; e 4) la trascrizione del certificato di nascita straniero tale e quale⁶¹. Questa evoluzione non ha però esaurito le problematiche relative alla maternità surrogata, che continueremo ad analizzare nel prossimo paragrafo.

4. I problemi del futuro: diritti delle surrogate e benessere del bambino

Le difficoltà relative alla cittadinanza e allo *status filiationis* sono state identificate come le problematiche più urgenti nel trattamento degli effetti internazionali degli accordi di maternità surrogata⁶². Almeno tra i membri del Consiglio d'Europa, l'interesse del bambino ha prevalso sulle misure nazionali ostili al riconoscimento. Rimangono però delle difficoltà che sfuggono all'analisi della Corte di

56 Corte Edu, avis consultatif del 10 aprile 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (n P16-2018-001).

57 V. S. Tonolo, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in questa *Rivista*, 2019-2, pp. 5 ss.

58 Cour de cassation, assemblée plénière, sentenza del 4 ottobre 2019 (10-19.053).

59 La prima conclusione che si può trarre dall'importanza data al legame genetico è che le madri intenzionali sono necessariamente escluse da quest'apertura dettata dalla giurisprudenza della Corte Edu. Un commento interessante relativizza però questa soluzione, anche se considerando dei casi che rimarranno in pratica molto meno numerosi rispetto ai soliti esempi in cui il padre committente partecipa alla formazione dell'embrione, mentre la madre è infertile. L'autore suggerisce che la centralità del legame genetico permetterebbe a una donna che non vuole affrontare la gravidanza per motivi futuri di usare i propri ovociti nella produzione dell'embrione che sarà ulteriormente portato in grembo da una madre surrogata, e di avere il suo legame con il bambino riconosciuto dallo Stato di origine (V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, cit. nota 33). È innegabile che un'interpretazione letterale della giurisprudenza della Corte ci permetterebbe di raggiungere tale conclusione, e che una soluzione in senso inverso creerebbe una discriminazione poco giustificata tra padre e madre committente. Tale ipotesi presenta tra l'altro la sfida di stabilire, nel caso concreto, come dovrebbe definirsi la maternità biologica: su base genetica o seguendo il principio *mater semper certa es?*

60 Soluzione che sussegue necessariamente il parere della Corte Edu richiesto dalla Francia nel caso *Mennesson* (cit. nota 58), e alla quale sembra allinearsi la Corte di Cassazione nella decisione del 2019 (cit. nota 8).

61 Soluzione recentemente adottata come opus finale della saga *Mennesson*, v. sentenza della Cour de cassation del 4 ottobre 2019, cit. nota 60.

62 K. Trimmings, P. Beaumont, *General Report on Surrogacy*, in *International Surrogacy Arrangements*, cit. nota 20, p. 502.

Strasburgo, incentrata sulla conformità ai principi della convenzione Edu⁶³.

La più immediata riguarda il benessere della madre surrogata. Si tratta in effetti di uno degli argomenti presentati dai tribunali nazionali per respingere il riconoscimento. Su questo punto, ci sono due possibili approcci da distinguere. Primo, lo Stato di origine può essere ostile alla maternità surrogata in quanto pratica in sé. Questo ragionamento può essere presentato quando la contrarietà all'ordine pubblico è dettata da principi costituzionali come la dignità della persona umana; la sola sostituzione di maternità costituirebbe, così, una pratica irrimediabilmente contraria ai principi nazionali. Il secondo approccio invece è qualitativo. Le criticità rispetto alla maternità surrogata variano secondo le condizioni in cui essa viene realizzata. Le pratiche commerciali possono, ad esempio, essere in contrasto con i principi del foro, mentre quelle altruistiche potrebbero essere tollerate. Una valutazione qualitativa può ugualmente considerare le condizioni imposte dall'accordo e l'autonomia della madre surrogata.

Le risposte giuridiche cambiano a seconda dell'approccio seguito. Ci si può quindi allineare su un posizionamento duro nei confronti della maternità surrogata, mantenendone il divieto a livello nazionale e rivendicando che la pratica sia ugualmente vietata a livello internazionale oppure, pur mantenendo illegale la pratica sul territorio, ammettere che quest'ultima comporta diverse realtà, e che la madre surrogata può essere più o meno tutelata secondo le specifiche circostanze del caso. Dal punto di vista del raggiungimento concreto degli obiettivi normativi, il primo approccio è destinato a scarsa effettività. Le decisioni della Corte Edu impongono agli Stati parti il riconoscimento di certi effetti della maternità surrogata, quindi un rifiuto completo non sarebbe in conformità con i vincoli di questi paesi. Tra l'altro, come menzionato sopra, i numeri di casi che discutono gli effetti di accordi di maternità surrogata sono in aumento, dimostrando che aspiranti genitori non sono scoraggiati da posizionamenti più severi adottati dai loro Stati di origine – anzi, la giurisprudenza Edu conferisce più sicurezza giuridica. Dal momento che lo Stato tratta tutti i tipi di maternità surrogata nello stesso modo, questi individui potranno scegliere la loro destinazione in base a criteri che poco riguardano i diritti delle surrogate, come il costo e il maggior controllo sul processo e sulle scelte di queste donne⁶⁴.

Al contrario, nessun deterrente sarebbe più efficace che un'alternativa regolamentata nello Stato di residenza degli aspiranti genitori⁶⁵. Malgrado l'idea che può trasparire da chi si oppone alla maternità surrogata, avere un bambino all'estero tramite questa pratica non è un processo semplice. Gli aspiranti genitori vanno incontro a costi elevati e a molte incertezze. La possibilità quindi di realizzare la sostituzione di maternità nel proprio Stato di residenza, sicuri del riconoscimento dei suoi effetti, porterà a scoraggiare tante persone tentate di partire all'estero. Se lo Stato invece non è pronto ad accogliere pienamente la maternità surrogata all'interno del proprio ordinamento, un'alternativa co-

⁶³ Si potrebbe dire che la Corte Edu decide partendo della propria razionalità, incentrata sui diritti dell'uomo. Questa lettura è ispirata dall'approccio di Gunther Teubner e Andreas Fisher Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 25/4, 2004, pp. 999 ss., spec. p. 1009.

⁶⁴ Una regolazione assente o più lassista lascia ampio spazio a genitori committenti, cliniche e agenzie per assicurarsi le migliori condizioni nell'accordo di maternità surrogata, ammettendo ad esempio che un numero più alto di embrioni sia impiantato sulla donna, che il parto avvenga per taglio cesareo, che un aborto possa essere imposto dai genitori committenti o che il bambino sia allontanato immediatamente dopo il parto, per evitare ripensamenti.

⁶⁵ V. sull'importanza del diritto nazionale nell'inquadramento della pratica internazionale di maternità surrogate, C. Flenton-Glynn, *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Agreements*, in *Medical Law Review* vol. 24, 2016, p. 59 e R. L. Lee, *New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation*, in *Hastings Womens' Law Journal*, 2009, pp. 275 ss. In Italia, due proposte sono stata presentate per regolamentare la maternità surrogata: v. M. Gattuso e A. Schillaci, *Il sasso nello stagno: uno schema di disegno di legge di Articolo29 per la regolamentazione della surrogazione di maternità*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2018 e la proposta dell'Associazione Luca Coscioni, <http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Stesura%20GPA%20con%20relazione.pdf> su

munque più efficace consisterebbe nel guidare aspiranti genitori verso destinazioni più virtuose, dove standard definiti dallo Stato stesso sarebbero rispettati. Quelli che aderiscono a queste linee guida potrebbero, ad esempio, beneficiare di vantaggi burocratici e di maggior celerità e sicurezza nel processo di riconoscimento.

Le risposte a livello nazionale sono in ogni modo limitate dagli strumenti che i decisori hanno a disposizione. Un accordo di cooperazione internazionale sarebbe un'alternativa più efficace per la tutela di tutti gli interessi coinvolti⁶⁶, e in questo senso sta lavorando la conferenza di diritto internazionale privato dell'Aia⁶⁷. L'obiettivo principale dovrebbe essere l'imposizione di condizioni *prima* della realizzazione del progetto familiare, ossia senza aspettare che la fecondazione abbia avuto inizio. In questo modo, si eviterebbero le vicende attuali che forzano i tribunali a decidere in urgenza e dovendo tener conto di un *fait accompli*.

La seconda problematica che il quadro giuridico attuale non è in grado di affrontare riguarda il benessere dei bambini nati da maternità surrogata. L'interesse del bambino non si limita al riconoscimento dello *status filiationis* – esso include le persone con chi questo legame è stabilito. Ci sono in effetti due modi di concepire la maternità surrogata: come soluzione ai problemi legati all'infertilità o come alternativa all'adozione. Nel primo caso, un controllo sull'idoneità dei genitori committenti potrebbe essere paragonato a un'ingerenza sulla loro facoltà di procreare – pratica di contraccezione forzata incompatibile con uno Stato democratico⁶⁸. Nel secondo, invece, un controllo sarebbe auspicabile per le stesse ragioni che giustificano la verifica dell'idoneità dei candidati all'adozione. Delle persone inadatte o addirittura malintenzionate⁶⁹ sono infatti libere di ingaggiare una madre surrogata per avere un figlio che in ogni caso non gli sarebbe mai stato affidato tramite adozione. La maternità di sostituzione diventa così un mezzo per aggirare le condizioni imposte dal regime vigente per l'accesso alla genitorialità.

Anche se la maternità surrogata presenta un'alternativa per le coppie infertili e rende possibile il concepimento di un bambino biologicamente legato (almeno) al padre committente, la finzione giuridica alla quale devono ricorrere gli ordinamenti per attestare gli effetti della maternità surrogata sullo *status filiationis* rende la pratica più prossima all'adozione rispetto ad altre modalità di PMA. Il diritto deve in effetti intervenire per rovesciare le presunzioni sulla maternità, che altrimenti ricadrebbero sulla madre surrogata. La partecipazione di una terza persona non soltanto per il dono di gameti (come in altre tecniche di riproduzione assistita) ma per portare avanti la gravidanza determina inoltre un minore coinvolgimento dei committenti nel processo riproduttivo, fattore che li allontana da una

⁶⁶ V. in questo senso Paul Beaumont and Katarina Trimmings in *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, cit. nota 39; E. Davis, *The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation*, in *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, 2012, pp. 120 ss.; S. Mortazavi, *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal* vol. 100/6, 2012, pp. 2249 ss.

⁶⁷ Il modello ritenuto per un futuro accordo è quello della convenzione sulle adozioni internazionali, che ha riscontrato un grande successo. Questo modello dà la priorità a soluzioni di cooperazione rispetto a norme sulla legge applicabile o la giurisdizione dei tribunali. L'obiettivo è assicurare la continuità dello *status filiationis* laddove questo sarebbe stato acquisito secondo le condizioni indicate nell'ambito della convenzione. Un protocollo dovrà fornire indicazioni precise sulla maternità surrogata.

⁶⁸ Negli Stati Uniti, malgrado le varie difficoltà riscontrate negli anni con genitori committenti inadatti, un controllo in questo senso sarebbe contrario al principio costituzionale di diritto di procreare: A. W. Vorzimer, *Egg Donors and Surrogacy Controversy: Legal Issues Surrounding Representation of the Parties to an Egg Donor and Surrogacy Contract*, in *Whittier Law Review* vol. 21(2), 1999, pp. 415-428, spec. p. 426.

⁶⁹ V. Permanent bureau, Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, cit. nota 3, para. 206, che cita il caso di genitori committenti condannati per abuso su minori oppure che hanno avuto ricorso alla maternità surrogata per ottenere un organo per il loro figlio.

procreazione naturale, alla quale un'ingerenza potrebbe essere discriminatoria, e li avvicina invece all'istituto dell'adozione. Delle condizioni sull'idoneità dei genitori potrebbero così essere legittimamente previste in modo da salvaguardare l'interesse superiore del bambino, senza tuttavia risultare in una discriminazione indovuta tra persone infertili che si sottopongono a tecniche di procreazione assistita.

Per evitare il rischio che un bambino sia generato per conto di una famiglia nel seno della quale il suo benessere non sarebbe assicurato, ogni Stato dove la pratica si svolge dovrebbe imporre dei controlli *prima* che gli aspiranti genitori siano autorizzati a dare il via al processo. In pratica, però, questi controlli a priori fissano piuttosto condizioni generali, come il sesso e lo stato civile dei committenti, senza soffermarsi su un esame concreto della loro adeguatezza. Un risultato più efficace potrebbe invece essere raggiunto nell'ambito di una cooperazione internazionale, tramite gli stessi strumenti analizzati nel caso della salvaguardia dei diritti delle surrogate. Una volta stabilita una rete di cooperazione tra Stati come quella in essere in materia di adozioni, con autorità centrali che verificano e autorizzano le pratiche individuali, un controllo non solo dell'integrità del consenso della surrogata, ma anche dell'adeguatezza dei genitori committenti sarebbe possibile prima ancora del concepimento del bambino.

Nell'attesa di tale soluzione, i genitori committenti dovrebbero essere comunque responsabili per i bambini commissionati, anche (e soprattutto) nei casi in cui per un cambio di situazione (come nel caso Yamada⁷⁰) oppure dovuto a caratteristiche impreviste del neonato (come un handicap⁷¹) il progetto non fosse più di interesse, con i bambini che finirebbero per essere abbandonati nello Stato di nascita. Tale responsabilità deve essere imposta dal quadro normativo nel quale la maternità surrogata si svolge oppure essere stabilita, a posteriori, nell'ambito della responsabilità civile.

5. Conclusione

La complessità delle discussioni intorno alla maternità surrogata sono soprattutto dovute al fatto che una soluzione giuridica non può rimanere neutrale nei confronti dell'oggetto, ma implica al contrario un necessario giudizio morale. Ogni Stato si posiziona con un atteggiamento ostile, tollerante oppure amichevole nei confronti di questa pratica⁷². Ogni Stato adotta altresì una narrativa a supporto dell'approccio intrapreso. Dalle surrogate disperatamente povere o disposte a noleggiare il proprio grembo per avidità consumistica alle donne autonome che rendono possibile il sogno di coppie fertili; dai genitori committenti egoisti e narcisisti alle coppie che inseguono un desiderio legittimo men-

70 V. *supra*, note 22 e 28.

71 Un caso noto è quello di baby Gammy, un bambino nato da una surrogata thailandese con una trisomia che non era stata diagnosticata in gravidanza. I genitori committenti australiani hanno portato con loro soltanto la sorella gemella, Pipah, e hanno abbandonato il piccolo Gammy in Thailandia. La surrogata l'ha tenuto e ha ulteriormente richiesto anche la custodia di Pipah, perché diffidava dell'integrità dei genitori committenti. La richiesta è tuttavia stata respinta dai giudici australiani: Family Court of Western Australia, sentenza del 14 aprile 2016, *Farnell & Anor and Chanbu*. Sul caso, v. anche B. Richards, *Can I take the normal one? Unregulated Commercial Surrogacy and Child Abandonment*, in *Hofstra Law Review*, 2015, pp. 201 ss. E S. Callaghan, A. Newson, *Surrogacy, Motherhood and baby Gammy*, in *BioNews*, www.bionews.org.uk, 2014.

72 Per un'analisi metodologica dell'approccio etico nelle decisioni di diritto internazionale privato, v. H. Muir Watt, *Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 389, 2018, pp. 9 ss.

tre sostengono famiglie in grave difficoltà economica⁷³.

Da un punto di vista giuridico, ognuno di questi racconti plasma la verità secondo una convinzione intima, un giudizio in erba che precede le caratteristiche del caso concreto – per poi riflettersi nel dispiegamento dell’eccezione di ordine pubblico internazionale. Tuttavia, oltre queste convinzioni, la maternità surrogata è ormai un dato di fatto, con il quale ogni Stato dovrà fare i conti. Le recenti evoluzioni della pratica internazionale dimostrano che ogni tentativo di lotta contro i suoi effetti, nell’intuito di scoraggiare il ricorso a madri surrogate in ordinamenti permissivi, si è rivelato infruttuoso. Malgrado il disagio che l’accoglienza degli effetti di questo esodo⁷⁴ possa suscitare, è fondamentale adottare una posizione che vada oltre una considerazione astratta del divieto nazionale per considerare le circostanze concrete del caso, mettendo in primo piano la salvaguardia degli interessi coinvolti, in particolar modo di quelli del minore⁷⁵. Dinanzi alla complessità degli elementi in gioco, ignorarne le sottili declinazioni implica comunque una scelta giuridica, le cui conseguenze gravano sulle parti coinvolte.

In conclusione, pur ammettendo i limiti del giurista nel gestire una problematica così complessa⁷⁶, è necessario prendere atto del ruolo di tecniche giuridiche che, anche se concepite per altre finalità, partecipano oggi all’inquadramento tutt’ora frammentario e rudimentale della maternità surrogata transnazionale. Questo ruolo deve essere svolto con la consapevolezza dei suoi obbiettivi e delle sue conseguenze. Cosicché, in attesa di un intervento più preciso del legislatore nazionale o internazionale, l’interesse immediato del bambino non deve mai essere perso di mira – perché il fallimento di un qualsiasi elemento della catena di strumenti giuridici coinvolti nella maternità surrogata può non essere bilanciato da un’altra fonte, in assenza di un regime coerente e strutturato in materia. L’ipotetica efficacia dei divieti di diritto interno o la tenuta dell’ordinamento⁷⁷ non giustificano, così, che l’interesse superiore del bambino non debba prevalere nel caso concreto, anche risultando in un aggiramento della legge la cui sanzione non dovrebbe finire per infrangere la sua vita familiare.

73 Amrita Pande espone una differenza interessante nella narrativa intorno alla maternità surrogata negli Stati Uniti ed in India in quanto riguarda la metafora degli “angeli”. Mentre negli Stati Uniti la surrogata è l’angelo a portare il dono, il bambino, in India gli angeli sono i genitori committenti, e il dono è poter prendere parte alla maternità surrogata e riceverne il compenso: “the angelic gift-giving surrogate in the Euro-American and Israeli contexts transforms into a needy gift receiver in India, blessed by different avatars of the divine”. A. Pande, *Wombs in Labor*, Columbia University Press, 2014, p. 91.

74 L’espressione è ripresa da E. Crivelli, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, supra nota 24, p. 215.

75 V. contra E. Crivelli, per chi l’affettività non dovrebbe a prescindere sovrastare la legalità, in particolar modo all’indomani della prima decisione della Corte Edu nel caso *Paradiso e Campanelli*. L’autore cita G. Zagrebelsky che, nei confronti del caso *Serena Cruz* (in cui una bambina adottata irregolarmente era stata allontanata dagli adottanti e affidata a una nuova famiglia), sosteneva che in tale decisione “per la protezione di tanti bimbi si è ammesso un pericolo per il bene di una bambina”: ead., p. 216. Si considera inoltre da questa prospettiva il benessere generale del bambino sul lungo termine: l’autore ritiene che “è dubbio che chi ha voluto essere genitore attraverso un accordo di questo tipo, in frode alla legge, sia automaticamente qualificato come genitore capace di assumersi le responsabilità che discendono da questo ruolo” (ead., p. 222). Riteniamo qui tuttavia che in assenza di gravi indizi sull’inadeguatezza dei committenti, un giudizio generale basato sulla scelta di ricorrere alla maternità surrogata comporti un alto rischio e si presenti come una scommessa ai danni del minore che dovrà affrontare una rottura e un periodo di incertezza senza dubbi traumatici. Siccome gli effetti generali per la protezione di tanti bimbi (e tante madri surrogate) non si possono verificare in concreto, l’allontanamento sistematico, anche se immediato, non dovrebbe essere la scelta da far prevalere.

76 B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in www.rivistaic.it, 1/2017, p. 2.

77 Ead, p. 4.