

Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della *step child adoption* avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?

*Kellen Trilha Schappo**

THE ITALIAN BILL ON SAME-SEX PARTNERSHIPS AND INTERNATIONAL SURROGACY: WOULD THE ADMISSION OF STEP CHILD ADOPTION HAVE UNDERMINED THE ITALIAN BAN ON SURROGACY?

ABSTRACT: The Italian debate around the extension of the “step child adoption” provision for same-sex couples has been settled by the Senate, which approved a reduced version of the Cirinnà bill that has been confirmed by the Chamber of Deputies. The “step child adoption” provision was among the most disputed aspects of the bill, and has not been kept in the final version approved by the Senate. One of the arguments raised against this provision established a link between the possibility for a man to adopt his partner’s child and a hypothetical encouragement of international surrogacy. According to this view, a surrogate established in a country where the practice is admitted would carry the natural child of one of the men, and would abandon the newborn in order for this latter to be adopted by the other partner. The purpose of this short paper is to inquire, departing from the legal framework for surrogacy in Italy and abroad, whether the admission of the “step child adoption” provision within the Cirinnà bill would actually have an impact on the practice of international surrogacy. The perspective has been a qualitative one: the effects of the provision have been contemplated from the point of view of the surrogate and the child, main parties concerned by the practice, and those who shall be specifically contemplated by any effort of regulation in this matter.

KEYWORDS: Step child adoption; surrogacy; fundamental rights; regulation; recognition.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Step child adoption* e tutela dei diritti della donna straniera ingaggiata come madre surrogata – 3. *Step child adoption* e i diritti dei bambini nati all'estero da madre surrogata per conto di genitori committenti italiani – 4. Conclusione: l'insufficienza delle politiche locali per combattere la maternità surrogata come valore universale.

* *Assegnista di ricerca, Università Bocconi. Mail: kellen.trilha@unibocconi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Introduzione

Il lungo dibattito legislativo intorno al disegno di legge Cirinnà¹ si è provvisoriamente concluso con l'approvazione in Senato di una versione ridotta del testo originale, che dovrebbe essere confermata dalla Camera dei deputati nel mese di maggio del 2016. L'ammissione della *step child adoption* nelle unioni civili tra persone dello stesso sesso era uno degli aspetti più discussi del disegno di legge, e non è stata compresa nella versione approvata². Uno degli argomenti sollevati contro il disegno di legge collegava la *step child adoption* a un ipotetico incoraggiamento alle coppie di persone di sesso maschile a costituire una famiglia grazie all'intervento di una madre surrogata. Quest'ultima porterebbe in grembo il figlio biologico di uno degli uomini, e poi lo abbandonerebbe per farlo adottare dall'altro membro della coppia. L'obiettivo di questo breve articolo è di interrogarsi, partendo dal quadro legislativo in Italia e in altri paesi, sull'impatto reale dell'ammissione della *step child adoption* sulla pratica della surrogazione.

Questo dibattito può essere affrontato da due prospettive: dal punto di vista delle famiglie costruite da persone dello stesso sesso, oppure dal punto di vista specifico del ricorso alla maternità surrogata. Tali prospettive sono distinte nelle loro premesse. Se la questione delle famiglie non-tradizionali può stimolare una discussione intorno a valori tradizionali, religiosi e culturali, la maternità surrogata solleva un dibattito di tutt'altra natura, incentrato sull'inconciliabile opposizione tra la protezione della donna oggetto di un contratto e gli interessi del minore. Quest'articolo ha per solo scopo il secondo aspetto: l'impatto della *step child adoption* sulla pratica della gestazione per altri.

La surrogazione è una pratica per la quale una donna porta in grembo un bambino per il conto di un'altra persona. Nel modello tradizionale, la madre surrogata è inseminata dal padre committente (o da un donatore), ed è anche la madre biologica del bambino. Questo modello è meno sicuro, non solo per la madre surrogata, che sarà più legata affettivamente al neonato, ma anche per i genitori committenti, che in caso di litigio avranno meno probabilità di ottenere la custodia del bambino, anche in presenza di un contratto concluso tra le parti nei paesi in cui la pratica è lecita³. Il modello più praticato in questo momento è quello gestazionale, in cui un embrione formato dai gameti di entrambi i genitori committenti (o da donatori) è impiantato nell'utero della madre surrogata, che non ha nessun legame biologico con il bambino. Oltre il fatto che per la madre surrogata l'impatto psicologico della separazione da un bambino geneticamente "non suo" sarebbe minore, il modello gestazionale facilita il processo susseguente di riconoscimento del legame tra il bambino e i genitori committenti.

¹ La versione più recente è quella dell'atto del senato n. 2081, disp. su: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00965974.pdf (ultimo accesso: 01.05.2016).

² La legge Cirinnà originariamente affrontava la questione della *step child adoption* nel suo articolo 5 (che intendeva modificare l'articolo 44 l. b. della legge 184/83 sul diritto del minore a una famiglia), estendendo alle parti di un'unione civile la possibilità di adottare il figlio minore del partner.

³ Alcuni avvocati si rifiutano di prendere questi casi, come dimostrano le dichiarazioni raccolte da Mark Hansen nel suo articolo *And Baby Makes Litigation: As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate*, in *ABA Journal*, vol. 97, 2011, p. 52.

Il ddl Cirinnà non modifica il trattamento riservato in Italia alla gestazione per altri. La pratica rimane vietata, come conseguenza della legge n. 40/2004⁴. Uno sguardo al passato permette, tuttavia, di stabilire un legame tra *step child adoption* e surrogazione. In effetti, prima dell'adozione della legge n. 40/2004, l'articolo 44 l. b della legge 184/83 era stato invocato per chiedere l'adozione di un bambino nato da madre surrogata. Negli anni 90, la corte di appello di Salerno⁵ e il tribunale di Rimini⁶ non si sono opposti all'adozione del minore dal coniuge del padre naturale⁷. Una decisione del tribunale di Roma aveva perfino validato un contratto di gestazione per altri a titolo gratuito⁸. Dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004, però, l'interdizione della pratica ha posto fine questo tipo di decisione⁹.

Il divieto imposto da un ordinamento è, tuttavia, relativo. Se dal 2004 la surrogazione è vietata in Italia, la pratica rimane lecita in altri paesi, dove può essere semplicemente tollerata oppure disciplinata da una regolazione più mirata¹⁰. Le persone sono allora in grado di sfruttare la diversità tra le leggi per ottenere quel che cercano, anche se la volontà del legislatore del loro Stato di appartenenza era quella di imporre loro un divieto. In effetti, lo Stato non è in grado di impedire ai propri cittadini di ingaggiare una madre surrogata in uno Stato dove la pratica è ammessa, sottoponendosi volontariamente a un ordinamento più accogliente alle loro richieste¹¹. In questo caso, rimane alle autorità dello Stato di origine soltanto la possibilità di sanzionare gli effetti della gestazione per altri quando devono prendere delle decisioni riguardanti il ricevimento dei suoi effetti, in caso di rientro dei genitori committenti con il bambino.

⁴ Legge del 19 febbraio 2014, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», art. 12, comma 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». Il divieto era anche dedotto dall'articolo 4 della legge, che vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (con gameti che non appartengono ai genitori). Quest'articolo è tuttavia stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale in una sentenza del 9 aprile 2014 (n. 162) – decisione che non influisce sull'illegalità della maternità surrogata in Italia.

⁵ CA Salerno, 15 novembre 1991 e 25 febbraio 1992.

⁶ Trib. Rimini, 24 marzo 1995.

⁷ L. ORSINGHER, *Adozione in casi particolari*, in G. CASSANO (ed.), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali* vol. 4 (Filiazione e adozione), Milano, 2006, p. 494-495.

⁸ Trib. Roma, 17 febbraio 2000. V. anche T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, Milano, 2006, p. 149.

⁹ G. COLLURA, P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia* vol. 2, 2° ed., Milano, 2012, pp. 984-992.

¹⁰ Per un'analisi del regime applicabile alla surrogazione nei vari ordinamenti, v. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: Legal regulation at the international level*, Oxford, Portland, 2013.

¹¹ Degli interventi in questo senso sono stati provati nell'ambito del diritto dell'immigrazione, con iniziativa dell'India di sottoporre la concessione del visto ai genitori committenti alla dimostrazione della legalità della surrogazione nel loro Stato di origine: «The Ministry of Home Affairs has decided that Foreign nationals intending to visit India for the purpose of Commissioning Surrogacy shall be issued Medical Visa subject to the fulfillment of following conditions: [...] (ii) A letter from the Embassy of the foreign country in India or the Foreign Ministry of the country should be enclosed with the visa application stating clearly that (a) the country recognizes surrogacy and (b) the child/children to be born to the commissioning couple through the Indian surrogate mother will be permitted entry into their country as a biological child/children of the couple commissioning surrogacy». Sin dalla decisione di non ammettere più genitori committenti stranieri, tuttavia, questa regola non è più presente nel sito del Ministero degli Affari Esteri indiano, che ormai si limita a presentare il divieto: www.immigrationindia.nic.in/content/surrogacy (ultimo accesso: 01.05.2016).

Le questioni sopra citate vanno oltre lo scopo del ddl Cirinnà in materia di *step child adoption*. È tuttavia possibile interrogarsi sull'impatto concreto della norma a partire dalla pratica esistente e prospettica di contratti di gestazione per altri conclusi tra genitori e madri surrogate in altri Stati. Gli elementi del dibattito ci portano a condurre l'analisi dal punto di vista dei due aspetti centrali alla regolazione della gestazione per altri: la custodia dei diritti della madre surrogata e il trattamento riservato al bambino.

2. *Step child adoption* e tutela dei diritti della donna straniera ingaggiata come madre surrogata

In India, si stima che 25.000 bambini nascono ogni anno da madri surrogate¹²: lo stesso numero di bambini nati dalla stessa pratica negli Stati Uniti tra il 1976 e il 2007¹³. Nonostante l'esistenza di una domanda interna, almeno il 50% dei bambini sono destinati a genitori committenti stranieri¹⁴. Il rapporto tra genitori committenti e madre surrogata è organizzato da agenzie o cliniche specializzati nella procreazione assistita. Nel caso dell'India, queste cliniche mettono a disposizione delle parti uno spazio fisico nel quale le madri surrogate saranno accolte durante la gravidanza. Le agenzie, invece, possono delocalizzare sia la gravidanza che la ricerca dei gameti, permettendo ai genitori committenti di personalizzare all'estremo il servizio¹⁵. I contratti possono essere conclusi sia tra la clinica, i genitori committenti e la madre surrogata (esempio indiano) che direttamente tra aspiranti genitori e agenzia, lasciando a quest'ultima l'obbligo di ingaggiare la madre surrogata¹⁶.

I contratti conclusi con la madre surrogata possono rivestire diverse forme. Mentre i contratti americani sono più completi in ciò che riguarda la tutela dei diritti della donna, quelli indiani sono più limitati in questo senso¹⁷. Oltre alla remunerazione, i contratti prevedono, infatti, severe condizioni per

¹² K. DESAI, *India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection*, in *The Guardian*, 5 giugno 2012, disp. su: www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die (ultimo accesso: 01.05.2016).

¹³ Numero pubblicato in: J. KEEN, *Surrogate relishes unique role*, in *USA Today*, 23 gennaio 2007, disp. su: http://usatoday30.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogate-role_x.htm (ultimo accesso: 01.05.2016). Il numero di bambini nati ogni anno negli Stati Uniti da madri surrogate gira in torno ai 1400: *Surrogacy tourism "skyrockets" in US as wealthy international couples take advantage of lax American laws*, in *Daily Mail Online*, 14 aprile 2011, disp. su: www.dailymail.co.uk/news/article-1376911/Surrogacy-tourism-skyrockets-US-wealthy-international-couples-advantage-lax-American-laws.html (ultimo accesso: 01.05.2016).

¹⁴ K. DESAI, *op. cit.*

¹⁵ Una ricerca veloce su internet permette ad esempio di trovare l'offerta di agenzie rivolte a genitori committenti italiani (Surrogacy WorldWide, di struttura multinazionale, BioTexCom, con sede in Ucraina, Fertility Miracles, con sede negli Stati Uniti...), spiegando la sicurezza e la facilità di avere figli tramite una madre surrogata. I genitori possono scegliere il paese in cui la gravidanza sarà portata a termine, e sono previsti servizi aggiuntivi come la scelta del sesso del bambino. Questi intermediari annunciano la possibilità di "affittare un utero", come nell'annuncio della clinica indiana Delhi IVF: www.delhi-ivf.com/surrogacy.html (ultimo accesso: 01.05.2016).

¹⁶ Una bozza di contratto seguendo questo modello può essere trovata sul sito dell'agenzia ucraina BioTexCom: www.uteroinaffitto.com/wp-content/uploads/ms_new-pacchetto_economy.pdf (ultimo accesso: 01.05.2016).

¹⁷ D. KHARB, *Assisted Reproductive Techniques Ethical And Legal Concerns*, in *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, vol. 4, issue 2, 2007.

la madre surrogata, quali l'astinenza da rapporti sessuali durante il periodo di gravidanza¹⁸ e, in assenza di una regolazione specifica sul tema, la possibilità di impiantare un numero elevato di embrioni, con il conseguente aumento della probabilità di successo da una parte, ma purtroppo anche di complicazioni per la salute della donna dall'altra. Un altro tema controverso riguarda la possibilità di imporre il parto cesareo, che permetterebbe ai genitori committenti di conoscere la data precisa della nascita del bambino ed essere così presenti¹⁹. I contratti possono anche prevedere che in caso di complicazioni per la salute della madre nella fase finale della gravidanza, lei dia il consenso di essere tenuta in vita artificialmente, in modo di proteggere e, se possibile, far nascere il bambino²⁰.

Se la surrogata decide di abbandonare l'accordo, l'aborto è possibile, ma è anche sanzionato con il rimborso di tutte le spese mediche rese necessarie per la fecondazione e la gravidanza²¹, ciò che rende l'atto praticamente impossibile poiché troppo costoso per la madre surrogata. Dall'altra parte, i contratti possono prevedere la possibilità per i genitori committenti di imporre l'aborto, come nel caso americano recente di una surrogata incinta di trigemelli alla quale è stato richiesto di interrompere la gestazione per uno dei feti²². Questo caso, che oppone un padre committente della Georgia a una madre surrogata californiana, è stato portato davanti alla Corte suprema di Los Angeles, dov'è ora discusso²³. L'avvocato del padre committente ha avvertito la donna che il risarcimento nel caso in cui lei rifiutasse di abortire (e violasse così i termini del contratto) sarebbe « immenso » e includerebbe « la perdita di tutti i benefici legati al contratto, il rimborso dei costi legati alla cura del bambino nel futuro e le spese sanitarie associate a qualsiasi cura straordinaria di cui i bambini dovessero necessitare ». Questo caso solleva anche un altro elemento sensibile: il fatto che, conoscendo il rischio che tutti gli embrioni impiantati potessero portare alla nascita di un bambino sano, è comunque stato scelto di fecondare la madre surrogata con tre embrioni, riducendo il rischio di sterilità del processo, anche se il padre committente non avrebbe voluto avere tre bambini. Il problema dell'aborto nella gestazione per altri richiama tra l'altro le difficoltà legate ai feti dotati di malformazione. Un caso americano ha discusso la possibilità per i genitori committenti di richiedere l'aborto in queste circostanze²⁴. Oltre all'interruzione della gravidanza, un caso thailandese che opponeva la madre surrogata di gemelli (di cui uno affetto da sindrome di Down) ai genitori committenti ha messo in

¹⁸ V. un esempio di contratto con madre surrogata indiana su www.surrogacylawsindia.com/admin/userfiles/file/Chapter_4.pdf (ultimo accesso: 01.05.2016).

¹⁹ K. DESAI, *op. cit.* Sul pericolo legato all'impianto di più embrioni di quelli che il corpo della madre può sopportare, v. per es. D. KHARB, *op. cit.*

²⁰ K. DESAI, *op. cit.*

²¹ V. nel modello disponibile su: www.surrogacylawsindia.com/admin/userfiles/file/Chapter_4.pdf, p. 93.

²² C. CAMPANILE, *Surrogate carrying triplets sues to stop abortion*, in *New York Post*, 4 gennaio 2016, disp. su: <http://nypost.com/2016/01/04/surrogate-mom-carrying-triplets-sues-to-stop-forced-abortion/> (ultimo accesso: 01.05.2016); K. O'REILLY, *When parents and surrogates disagree about abortion*, in *The Atlantic*, 18 febbraio 2015, disp. su: www.theatlantic.com/health/archive/2016/02/surrogacy-contract-melissa-cook/463323 (ultimo accesso: 01.05.2016).

²³ L'oggetto del contenzioso riguarda la costituzionalità della legge californiana sulla maternità surrogata: K. O'REILLY, *op. cit.*

²⁴ D. L. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Family Law Quarterly*, vol. 49.1, 2015, pp. 29-53.

luce la difficile gestione di queste situazioni²⁵. In quest'ultimo esempio, i genitori sono rientrati in Australia (dove la maternità surrogata è vietata) soltanto con la bambina sana, abbandonando il bambino disabile alla nascita.

Le madri surrogate indiane ricevono una remunerazione intorno a £2.000²⁶, mentre quelle americane ricevono in media 20.000 US\$²⁷. Davanti alla differenza dei costi e delle condizioni della maternità surrogata nei vari paesi in cui la pratica è ammessa, risulta impossibile analizzare lo spostamento degli aspiranti genitori come esclusivamente interessati alla possibilità di ottenere qualcosa vietata nel loro Stato di origine. Oltre a considerazioni come la prossimità geografica della destinazione scelta, infatti, gli aspetti legati all'ambiente giuridico nel quale si svolgerà il rapporto di surrogazione hanno un impatto importante sulla scelta. Non si può escludere (e i casi osservabili nelle decisioni dei tribunali lo dimostrano) che delle coppie per le quali la sicurezza (del processo, della madre surrogata) è fondamentale preferiranno un quadro più consolidato come quello americano, anche se più costoso. Tuttavia, la differenza di costo può assumere un ruolo importante nella scelta di un paese dove la pratica, anche in funzione del costo del servizio proposto dalla madre surrogata, è più economica. L'impatto del prezzo e una possibile competitività tra i vari mercati sollevano questioni importanti, che vanno fino al punto di identificare nelle madri surrogate un "proletariato riproduttivo delocalizzato"²⁸, accostandolo all'immagine delle aziende che spostano parte della loro produzione in paesi nei quali la mano d'opera è meno cara. I rischi che possono essere identificati sono in questo caso molteplici, e includono la possibilità di *race to the bottom*²⁹ fomentata dalla competizione tra paesi che, nel desiderio di attrarre capitali, riducono il prezzo del prodotto sacrificando la tutela delle parti. Lo sviluppo recente delle regolazioni in materia di surrogazione non segue tuttavia questa predizione, e va piuttosto nel senso di prevedere condizioni più rigorose. Questi cambiamenti vanno da un divieto generale della pratica (caso del Nepal, dove la surrogazione era tollerata senza essere però

²⁵ *Australia gives citizenship to Down Syndrome baby left in Thailand*, in *Daily Mail Online*, 20 gennaio 2015, disp. su: www.dailymail.co.uk/wires/afp/article-2917899/Australia-gives-Down-Syndrome-baby-left-Thailand-citizenship.html (ultimo accesso: 01.05.2016); v. su questo problema B. RICHARDS, *Can I take the normal one? Unregulated commercial surrogacy and child abandonment*, in *Hofstra L. Rev.*, vol. 44, 2015, p. 201.

²⁶ A. RABINOWITZ, *Paying for Baby: The Trouble with Renting a Womb*, in *The Guardian*, 28 aprile 2016, disp. su: www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/28/paying-for-baby-trouble-with-renting-womb-india?CMP=fb_gu (ultimo accesso: 01.05.2016).

²⁷ V. i costi dettagliati proposti dalle cliniche che operano negli Stati Uniti (www.circlesurrogacy.com/costs/3, ultimo accesso: 01.05.2016) e l'estimazione fatta da un sito destinato all'informazione di aspiranti genitori: http://pregnancy.lovetoknow.com/wiki/Average_Cost_of_Surrogacy (ultimo accesso: 01.05.2016).

²⁸ L'espressione è stata utilizzata da Muriel Fabre-Magnan nel suo libro *La gestation pour autrui: Fictions et réalité*, Paris, 2013.

²⁹ R. WAI, *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown*, in *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 40, 2001-2002, p. 209, spec. p. 254-258. Sul dibattito intorno al problema della *race to the bottom*, l'autore cita D. CHAMY, *Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities*, in *Harv. Int'l L.J.* n° 32, 1991, p. 423; L. A. BEBEHUK, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in *Harv. L. Rev.* n° 105, 1983, p. 1437; W. L. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in *Yale L.J.* n° 88, 1978, p. 663 e W. W. BRATTON, *Corporate Law's Race to Nowhere in Particular*, in *Toronto L.J.*, 4, 1994, p. 401. Sul problema della competizione tra ordinamenti giuridici, v. anche H. MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions*, in *RCADI* vol. 307 (2004), pp. 25-383.

specificamente regolamentata) a una limitazione dello scopo della surrogazione legale, escludendo ad esempio coppie omosessuali e, più recentemente, coppie straniere (caso dell'India³⁰).

Al fine di arricchire gli elementi del dibattito, si può aggiungere che, nel caso delle madri indiane, anche se il valore assoluto della loro remunerazione risulta inferiore a quella delle madri americane, l'importo è proporzionalmente più elevato, considerati i redditi di queste donne, provenienti spesso dagli strati meno agiati della popolazione. La possibilità di portare in grembo il figlio di genitori stranieri permette loro, ad esempio, di comprare una casa per la loro famiglia, assicurare l'educazione dei loro figli e diminuire la predominanza del ruolo maschile nell'organizzazione familiare. Il rischio, tuttavia, è quello di essere davanti a donne che sono state forzate a lavorare per cliniche di riproduzione dai padri e dai mariti, rendendole ancora più vulnerabili in una scelta sensibile come la messa a disposizione del corpo umano.

In ogni modo, per quanto la maternità surrogata possa essere combattuta dal punto di vista bioetico, morale oppure sul fronte dei diritti delle donne, l'adozione del ddl Cirinnà con l'estensione della *step child adoption* alle coppie omosessuali non avrebbe un impatto diretto sulla situazione di queste donne. La maternità surrogata rimane vietata in Italia dalla legge n. 40/2004. Si potrebbe sostenere che i paragrafi precedenti dimostrano, appunto, che il carattere locale di un divieto non impedisce che i genitori committenti si rechino all'estero per avere un figlio da una madre surrogata, e che un'apertura alle coppie di persone di sesso maschile aumenterebbe il numero di casi di surrogazione internazionale. Il problema si pone, allora, in termini di effetti della surrogazione in Italia. Nel momento in cui la giustizia italiana dovrà affrontare gli effetti di quest'ultima, però, la situazione non sarà più limitata al rapporto tra committenti e surrogata, ma dovrà includere un nuovo elemento fondamentale: il bambino nato all'estero.

3. *Step child adoption* e i diritti dei bambini nati all'estero da madre surrogata per conto di genitori committenti italiani

Nonostante i casi in cui l'articolo 44 l. b. della legge n. 183/84 sia servito di base per permettere a una persona di adottare il figlio nato da madre surrogata del coniuge non si siano ripetuti dopo il divieto della pratica in Italia, non è da sottovalutare che, in realtà, molti casi non arrivano ai tribunali, e non è sempre facile dimostrare il ricorso alla surrogazione³¹. Da questo punto di vista, ancora una volta, gli effetti dell'estensione della *step child adoption* alle unioni civili sarebbe uno solo: un ipotetico aumento del numero di casi di adozione del figlio (nato da madre surrogata) del coniuge, aggiungendo le coppie unite da un'unione civile alle coppie eterosessuali che già ricorrono alla tecnica.

³⁰ Le coppie omosessuali sono state escluse dalla surrogazione in India, anche se la pratica più comune in questi casi è quella di registrare il bambino a nome del solo padre biologico (con o senza menzione della madre surrogata). L'esclusione delle coppie straniere, invece, riguarda il progetto di regolazione atteso da anni nel paese, di cui l'ultima versione prevede la limitazione della pratica alle coppie nazionali. Per un resoconto recente della pratica della gestazione per altri in India, v. A. RABINOWITZ, *op. cit.*

³¹ In un comunicato, la senatrice Anna Finocchiaro cita esperti che stimano più dell'80% delle domande di adozione sulla base dell'articolo 44 della legge n. 183/84 (quindi tra coppie eterosessuali) abbiano per oggetto un bambino nato da madre surrogata (www.senatoripd.it/giustizia/finocchiaro-mozione-su-maternita-surrogata-per-messa-al-bando-a-livello-internazionale, ultimo accesso: 01.05.2016).

Quando la maternità surrogata è scoperta, certi paesi in cui la pratica è vietata provano a reagire sanzionando l'atto dei genitori committenti. Questa sanzione può essere realizzata su diversi livelli. Un primo ostacolo può essere imposto dalle autorità consolari alle quali è presentata la domanda di trascrizione dell'atto di nascita del bambino. Il ricorso a una madre surrogata può allora essere sanzionato con il rifiuto di trascrizione, che ha per conseguenza l'impossibilità, per il bambino, di essere riconosciuto come cittadino del paese di origine dei genitori committenti. Se il bambino è nato in un paese che non riconosce lo *ius soli* come fondamento per la cittadinanza (come l'India o l'Ucraina), il bambino che risulta figlio di genitori stranieri non avrà accesso a nessun tipo di documento. È così ostacolato il viaggio verso il paese di origine dei genitori committenti, che devono considerare la possibilità di trasferirsi all'estero, affidare il bambino a persone locali nell'attesa di un ricorso alla decisione di rifiuto, oppure abbandonarlo agli organismi di adozione del paese in cui è nato³².

Se il bambino riesce ad ottenere i documenti che gli permettono di viaggiare, nuovi ostacoli possono aspettarlo nel paese di origine dei genitori committenti. Prima del 2014, in Francia, la maternità surrogata impediva (per contrarietà all'ordine pubblico o irregolarità dell'atto di nascita straniero³³) il riconoscimento della filiazione del bambino. La Corte di cassazione francese ha giustificato l'impatto della decisione sugli interessi del bambino, al quale deve essere data priorità nel senso della Convenzione di New York³⁴, e sul diritto delle parti al rispetto della vita familiare nel senso dell'articolo 8 CEDU³⁵, con il fatto che il rifiuto di riconoscimento non impediva che il bambino vivesse in Francia con i genitori committenti. La soluzione ammessa dalle autorità francesi per lottare contro la surrogazione consisteva quindi nel tollerare che il bambino vivesse in Francia, negandogli tuttavia la tutela e i diritti che deriverebbero dai rapporti di famiglia.

In Italia, la reazione delle autorità è stata più severa, punendo non soltanto il bambino, ma anche i genitori committenti, soggetti a sanzioni penali³⁶ e, soprattutto, all'allontanamento dal minore. No-

³² Davanti a questa situazione, in Francia venne emessa la circolare Taubira, secondo la quale i consolati devono fornire un certificato di nazionalità ai bambini che risultano figli di cittadini francesi secondo un atto straniero regolare: «Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger», NOR : JUSC1301528C (dite circolare Taubira), J.-R. BINET, *Circulaire Taubira – ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes*, in *JCP (G)* n° 7, 11 febbraio 2012, p. 161; N. MATHEY, *Circulaire Taubira – entre illusions et contradictions*, in *JCP (G)* n° 7, 11 febbraio 2012, p. 162.

³³ L'atto è considerato irregolare, nel senso dell'articolo 47 del Codice civile francese, nel caso in cui non corrisponda alla realtà. Secondo il concetto di verità ritenuto dalle autorità francesi, la paternità risulta dal legame genetico con il bambino, mentre la madre può soltanto essere la donna che l'ha portato in grembo.

³⁴ Convention on the rights of the child, art. 3-1: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

³⁵ Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 8: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

³⁶ T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2015, p. 418.

nostante l'intenzione di base sia la protezione di un bambino che risulterebbe « da un desiderio narcisistico della coppia o che fosse destinato a risolvere i problemi di coppia »³⁷, il fatto che l'adottabilità non possa essere immediatamente dichiarata lascia il bambino in un limbo che gli costerà i primi anni di infanzia³⁸.

In summa: tutte le misure prese per lottare contro la surrogazione internazionale sono state confrontate al *fait accompli* – un bambino sul quale ricadono i peggiori effetti di queste decisioni. Questa situazione è stata portata alla Corte europea dei diritti dell'uomo da tre coppie di genitori committenti, che hanno contestato la proporzionalità della reazione dei loro Stati di origine. Anche ammettendo che non c'è consenso sul tema della maternità surrogata, e che gli Stati rimangono liberi di combattere la pratica, la Corte di Strasburgo ha concluso che gli effetti delle decisioni sui bambini erano troppo gravi perché esse potessero essere giustificate da obiettivi di ordine pubblico. Nei casi *Menesson* e *Labassée*, contro la Francia, è stato sanzionato il rifiuto di riconoscimento della filiazione tra il bambino e il suo padre biologico³⁹. Nel caso *Paradiso Campanelli*, invece, è stata censurata la decisione italiana di allontanare il bambino nato da madre surrogata dai genitori committenti⁴⁰.

4. Conclusione: l'insufficienza delle politiche locali per combattere le ripercussioni negative della maternità surrogata

La maternità surrogata solleva questioni importanti dal punto di vista bioetico, oltre alla protezione di valori universali, come la dignità della persona umana e la salvaguardia dei diritti individuali di quelle donne vulnerabili disposte ad offrire il proprio corpo per alleviare uno stato di difficoltà economica. Il dibattito attorno al ddl Cirinnà mette a fuoco la difficile ammissione di una norma che potrebbe avere un impatto, anche se indiretto, nella facilitazione del ricorso a madri surrogate all'estero.

Il rischio nelle reazioni che rifiutano qualsiasi riconoscimento agli effetti della gestazione per altri è tuttavia quello di esporre il bambino nato suo malgrado alle peggiori conseguenze delle sanzioni imposte ai genitori committenti, senza al contempo avere un effettivo impatto sulla protezione delle madri surrogate straniere. Fino a quando resta possibile per un individuo recarsi all'estero per ottenere qualcosa di vietato nel suo Stato di origine, esso lo farà. Se lo Stato intende contrastare questa pratica anche quando realizzata fuori dal suo territorio, non può farlo senza tenere conto della situazione del bambino.

Il modo in cui la pratica è stata punita dallo Stato e la censura dalla parte della Corte di Strasburgo dimostrano i limiti di un approccio locale e frammentato alla questione. Diversamente da altre pratiche, nelle quali la proibizione ricopre un valore *effettivamente* universale (la pedofilia, il traffico di stupefacenti, la tratta di essere umani), il divieto di maternità surrogata è locale, e l'universalità del

³⁷ Motivi adottati dai giudici del Tribunale di Campobasso per giustificare la decisione di allontanamento nel caso *Paradiso Campanelli*: Trib. Campobasso, 20 novembre 2011.

³⁸ Nel caso *Paradiso Campanelli*, il bambino aveva più di 4 anni all'inizio del processo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso Campanelli c. Italia*, para. 100: una perizia del marzo 2013 calcola l'età del bambino intorno a 30 mesi. La decisione è del 27 gennaio 2015).

³⁹ CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. France e Labassée c. Francia*.

⁴⁰ CEDU, 25 gennaio 2015, *Paradiso Campanelli c. Italia*.

principio riflette soltanto la visione di un ordinamento su ciò che deve essere fondamentale⁴¹. È irrealistico per uno Stato influire sulle scelte regolamentari di un altro Stato attraverso la minaccia di sanzioni ai propri cittadini, ed è illegittimo farlo disconoscendo i diritti di un soggetto minore a cui non è imputabile il comportamento che si vuole sanzionare.

Che direzione potrebbe prendere, quindi, uno Stato che punti a combattere la maternità surrogata in modo efficace? Alcuni tentativi sono stati fatti nel senso di coordinare politiche a livello internazionale sulla maternità surrogata⁴². Questi sforzi rimangono comunque marginali, e sembrano ispirati da convinzioni culturali locali che conducono necessariamente a condannare la pratica in modo globale, senza distinzioni. Tale modo di imporre valori locali in documenti internazionali ha tuttavia poche possibilità di ottenere successo. La surrogazione è lecita in paesi culturalmente vicini a quelli che la vogliono vietare⁴³ e in questi Stati, indipendentemente dal giudizio che si può avere sulla pratica, la maternità surrogata è accolta come una politica progressista piuttosto che una minaccia ai diritti fondamentali.

Concretamente, una censura indiscriminata della surrogazione non è il modo più produttivo di combattere gli effetti nefasti di questa pratica, particolarmente per quanto riguarda lo sfruttamento del corpo di donne economicamente vulnerabili. Il ricorso alla maternità surrogata all'estero è non soltanto inevitabile, ma le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo impongono ormai agli Stati di riconoscere almeno parte dei suoi effetti. Agli Stati che desiderano combattere gli effetti perversi del turismo procreativo rimane la possibilità di assumere una posizione più pragmatica nel senso di incoraggiare una regolamentazione della pratica lì dove le parti si trovano più a rischio. Prendendo spunto dalle negoziazioni della Convenzione dell'Aia sull'adozione internazionale di minori⁴⁴, l'obiettivo da raggiungere è quello di favorire le pratiche "meno peggiori", distinguendo i casi in cui surrogata e bambini sono più tutelati da quelli in cui la gestazione per altri è lasciata agli accordi privati (tante volte squilibrati) tra le parti.

Tra l'altro, è fondamentale tenere conto del ruolo degli intermediari, e riflettere sul modo con cui controllare maggiormente l'attività di agenzie e cliniche. Questi intermediari sono spesso in diretto contatto con la madre surrogata, e impongono le condizioni della gravidanza e il compenso, ottenendo un profitto sul servizio prestato. La regolazione di queste attività è quindi strettamente collegata agli aspetti negativi del turismo procreativo spesso denunciati da giornalisti⁴⁵ e accademici⁴⁶.

⁴¹ La distinzione su questi due approcci è visibile nel confronto di due decisioni, in cui la prima (CA Bari, 13 febbraio 2013) accetta gli effetti della surrogazione basandosi sul fatto che il divieto non è universale, mentre in cassazione (Cass. 11 nov. 2014) si ritiene l'approccio locale, fondato sull'ordine pubblico internazionale.

⁴² La Conferenza dell'Aia di Diritto internazionale privato ha ricevuto un mandato per lavorare sulla questione della surrogazione internazionale, al fine di migliorare la situazione dei bambini nati al seguito di una gestazione per altri realizzata all'estero: www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (ultimo accesso: 01.05.2016).

⁴³ La gestazione per altri è ammessa in 7 tra i 35 paesi membri del Consiglio dell'Europa (Regno Unito, Paesi Bassi, Grecia, Georgia, Albania e i casi più noti della Russia e dell'Ucraina), sotto condizioni più o meno rigorose: v. lo studio di diritto comparato nella decisione *Menesson c. France* della CEDU, cit., para. 40-42.

⁴⁴ Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale.

⁴⁵ V. ad esempio K. DESAI, *India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection*, op. cit.

⁴⁶ V. ad esempio M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui: Fictions et réalité*, op. cit.

Un errore delle cliniche può inoltre creare ostacoli nel riconoscimento del legame tra genitori committenti e bambino, nei casi in cui un legame genetico tra loro sia richiesto dallo Stato di origine dei genitori. In questi casi, la fecondazione della surrogata con un embrione che non corrisponda geneticamente ai genitori committenti può impedire l'unione della famiglia. Un incidente di questo tipo ha dato origine al contenzioso opponendo i genitori allo Stato italiano nel caso *Paradiso Campanelli*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso, in quest'occasione, che l'allontanamento del bambino sarebbe contrario al suo diritto a una vita privata e familiare⁴⁷, ma le conseguenze di un assente legame genetico sul suo stato civile rimangono incerte.

In effetti, la soluzione nei casi *Menesson e Labassée* si limita a imporre il riconoscimento del legame tra bambino e padre *biologico*. Questa decisione è stata accolta in maniera restrittiva dai tribunali francesi, che si sono limitati a riconoscere i legami genetici attestati in un atto di nascita regolare – quel che esclude, quindi, gli atti in cui appare la madre committente, e potrebbe condurre a escludere il padre committente in caso di assenza di legame biologico.

Il mondo cambia, e in questo cambiamento le pratiche individuali precedono l'intervento legislativo⁴⁸. Il turismo procreativo è un fenomeno recente, al quale gli Stati stanno ancora cercando risposte. In questi casi in cui politiche fondamentali come l'ordine pubblico, la dignità della persona umana e l'interesse superiore del minore sono in collisione, è indispensabile riflettere sugli effetti concreti delle decisioni sulle parti, oltre agli orientamenti politici scelti. In materia di surrogazione internazionale, gli effetti più severi delle misure che contrastano la pratica ricadono finora sugli interessi del bambino. Anche l'esclusione della *step child adoption* dal ddl Cirinnà va in questo senso. Pur di non ammettere l'esistenza *legale* di famiglie che esistono già *de facto*, si priva il bambino della tutela di avere due genitori *legali* piuttosto che uno solo. Senza poter fare in modo che questi minori abbiano una madre, la decisione del Parlamento e del Senato nega i diritti dei bambini nei confronti di uno dei loro padri.

⁴⁷ Un caso recente ha tuttavia condotto all'allontanamento del bambino nato in Nepal per in conto di una coppia di Israele: S. SURKES, *Israeli gay couple discovers surrogate baby is not their child*, in *The Times of Israel*, 7 janv. 2016, disp. su: www.timesofisrael.com/gay-couple-discovers-surrogate-baby-is-not-their-child.

⁴⁸ V. in questo senso D. MCBARNET, *Law, Policy, and Legal Avoidance: Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies?*, in *Journal of Law and Society*, 15, 1988, p.113 spec. p. 114: «At the most general level of all is the notion of lag: law is just too slow to keep up with the pace of changing economic reality. But there is another problem which has been ignored in the analysis of why egalitarian regulation fails - not how the law makers make law, not how the regulators enforce it, but how those on the receiving end use and manipulate it».