

Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale

Ludovica Poli*

SURROGACY AND HUMAN RIGHTS: A CONTROVERSIAL PRACTICE THAT NEEDS AN INTERNATIONAL REGULATION

ABSTRACT: The paper considers the critical nature of surrogacy, assessing risks connected to the practice in the absence of an international regulation and identifying fundamental rights in need of protection. It also evaluates the compatibility of surrogacy with existing international law instruments and analyses the relevant case-law of the European Court of Human Rights. Despite the compatibility of surrogacy with some treaty provisions is strongly controversial, the Author argues the need for an international instrument on the practice.

KEYWORDS: Surrogacy; Filiation; Sale of children; Inter-country adoption; European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Precisazioni terminologiche; la dimensione internazionale della maternità surrogata e le sue principali conseguenze. – 3. Interessi e diritti dei soggetti coinvolti. – 4. Possibile contrasto con strumenti normativi vigenti della maternità surrogata a titolo oneroso. – 5. Il contributo della Corte europea: la necessità di garantire (comunque) una tutela effettiva ai minori. – 6. La necessità di una regolamentazione internazionale: ma quali sono le prospettive concrete? – 7. Conclusioni.

«Global surrogacy is a complex issue that includes questions related to morality, parentage, the natural mother-infant bond, and the complexities of inequalities in a globalized world that interface with a multi-million dollar industry.»

N.F. Bromfield e K. Smith Rotabi (2014)

1. Introduzione

Negli ultimi anni si è registrata una crescita impressionante del ricorso al cosiddetto “utero in affitto”¹, ossia alla gestazione portata avanti, per conto di un genitore o di una coppia di genitori committenti, da una donna che sia o meno anche donatrice dell’ovocita. An-

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco.

¹ Non rientra nelle finalità di questo scritto una riflessione, che pur sarebbe interessante compiere, sul linguaggio usato dagli autori per indicare i diversi soggetti coinvolti e su quanto questo sia contaminato da considerazioni di natura etica. Per alcuni spunti: S. ALLAN, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, Working Paper - May 30, 2014, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2431142> (ultima visita 24 luglio 2015), 2, n. 1 e Y. ERGAS, *Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory International Law Review*, vol. 27, 2013, 124-125.

cor più di altre tecniche di fecondazione artificiale, la surrogazione di maternità ha una portata dirompente sui tradizionali costrutti culturali e sociali². Se infatti la fecondazione *in vitro* ha definitivamente sancito la separazione della riproduzione dall'atto sessuale, la surrogazione rimette in discussione il ruolo della donna e il significato della maternità, toccando un aspetto estremamente intimo e proprio di tutte le culture: il legame primigenio tra chi viene al mondo e chi dà alla luce.

Da un punto di vista squisitamente giuridico, essa impone il superamento del principio *mater semper certa est* ed apre a una potenziale molteplicità di soluzioni per il riconoscimento del legame familiare tra bambino e una delle diverse donne coinvolte nel procedimento, a seconda che si dia precedenza al dato genetico, alla gestazione in sé o, ancora, al desiderio di genitorialità.

La situazione è poi ovviamente complicata dalla dimensione internazionale che tale pratica sempre più spesso assume: non è un caso, infatti, che la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato stia valutando la predisposizione di uno strumento normativo che consideri nel dettaglio le problematiche sollevate dalla maternità surrogata, soprattutto in materia di filiazione. La diffusione della pratica rende però necessaria un'analisi di più ampio respiro, che, partendo dalla considerazione delle criticità che essa comporta, inclusa la sua controversa compatibilità con taluni strumenti di tutela dei diritti umani, consideri l'opportunità di una regolamentazione a livello internazionale.

2. Precisazioni terminologiche; la dimensione internazionale della maternità surrogata e le sue principali conseguenze

Si è soliti distinguere tra *traditional surrogacy*, o «surrogazione per concepimento e gestazione», nel caso in cui la donna che porta a termine la gravidanza sia anche donatrice del gamete femminile, e *gestational surrogacy*, o «surrogazione per sola gestazione» (o, ancora, «surrogazione in senso stretto»), nelle ipotesi in cui l'ovulo sia donato da una terza donna. È questa – di fatto – la tecnica maggiormente utilizzata³: dunque, in genere, la gestante non è geneticamente legata al bambino.

Poiché anche il seme può provenire da un donatore, è possibile che il bambino nato attraverso tale tecnica non abbia alcun legame biologico con i genitori committenti.

La pratica che si descrive può essere di natura altruistica, cioè non retribuita (con la sola eccezione, in genere, del rimborso delle spese mediche sostenute dalla madre surrogata in ragione della gravidanza); in tale forma, è spesso portata avanti da una sorella, una parente o un'amica dell'aspirante madre⁴. Più sovente, tuttavia, è pattuito tra le parti il pagamento di un corrispettivo economico alla madre surrogata, oltre che ai vari intermediari che possano essere coinvolti⁵: si parla a tal proposito di *commercial o for-profit surrogacy*.

² Y. ERGAS (*op. cit.*, 120-121) osserva come ogni accordo di surrogazione consideri la filiazione «as a matter of contract rather than status», laddove, tradizionalmente «the regulation of reproduction and familial relations bears the imprints of nation-building and social policies and as such is not simply a matter subject to individual negotiation». Inoltre, «family relations, filiation, and their nexus to nationality and citizenship lie at the heart of what has traditionally been understood as the domestic jurisdiction of states».

³ N.F. BROMFIELD, K. SMITH ROTABI, *Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations*, in *Global Social Welfare*, 1, 2014, 124.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Secondo la ricostruzione del *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato tali intermediari possono includere «surrogacy agencies, fertility clinics (or other health institutions) and, more rarely,

Nonostante le difficoltà concrete nella raccolta dei dati, il *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja ha rilevato nel 2014 la crescita esponenziale del ricorso a tale pratica, evidenziando come le stime non possano che essere sottodimensionate rispetto alla realtà⁶. È dunque indiscusso che la surrogazione di maternità, pur di biblica memoria⁷, sia recentemente divenuta un *booming global business*, che contribuisce in modo sensibile all'economia di alcuni paesi⁸, primi fra tutto l'India, in cui i *surrogacy agreements* sono stati legalizzati del 2002⁹.

La rilevanza della questione dal punto di vista dei diritti umani può allora correttamente intendersi solo considerando che il ricorso alla surrogazione di maternità è sempre più spesso operato in un paese diverso e, nella maggior parte dei casi, più povero di quello di provenienza dei genitori committenti (si parla a tal proposito di *international* o *global surrogacy*). Sebbene le ragioni che sono alla base di questa forma di "turismo riproduttivo"¹⁰ siano di certo molteplici, la maternità surrogata è per lo più realizzata all'estero perché operata in condizioni economiche più vantaggiose¹¹ e/o perché ciò consente di aggirare eventuali impedimenti di natura legale, previsti dall'ordinamento interno del paese di provenienza degli aspiranti genitori. Tali impedimenti possono consistere nel divieto generalizzato di ricorrere alla pratica, o in varie forme di restrizione legate all'orientamento sessuale o all'età degli *intended parents*.

medical tourism companies», ma il ruolo svolto da tali soggetti varia da paese a paese: *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 3C, mar. 2014, par. 139, 143.

⁶ *Ivi*, 125-129.

⁷ «Rachele vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, [disse]: "Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io la mia prole per mezzo di lei"» (Genesi, 30, 1-3).

⁸ Oltre che in India, la pratica è diffusa in Ucraina, Tailandia, Georgia, Russia e Uganda: *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 10, marzo 2012, 16, n. 94. Negli USA, la pratica è consentita in 18 Stati, con regole diverse: B.A. PATTON, *Buying a newborn: globalization and the lack of federal regulation of commercial surrogacy contracts*, in *UMKC Law Review*, vol. 79, 2010-2011, 513-522.

⁹ «[A]pproximately 400 million US dollars a year of India's medical tourism industry (...) is attributable to the reproductive segment of the market»: *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 11, 2011, par. 11.

Sul mercato riproduttivo indiano: N.F. BROMFIELD, K. SMITH ROTABI, *op. cit.*, 126, U.R. SMERDON, *Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India*, in *Cumberland Law Review*, vol. 39, 2008, 15-85; C. VINCENT, A.D. AFTANDILIAN, *Liberation or exploitation: commercial surrogacy and the Indian surrogate*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, 671 ss. Secondo S. MOHAPATRA, (*Achieving Reproductive Justice in the International Surrogacy Market*, in *Annals of Health Law - ASLME Special Edition 2012*, 195), l'assenza di un organo chiamato a tracciare il ricorso alla surrogazione di maternità rende sostanzialmente impossibile accertare quanti accordi siano conclusi ogni anno nel paese.

¹⁰ Sul tema, vedi R.F. STORROW, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, in *Hastings Law Journal*, vol. 57, 2005-2006, 295 ss.; G. PENNING, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, 2002, 337 ss.; G.K.D. CROZIER, D. MARTIN, *How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches*, in *Developing World Bioethics*, vol. 12, 2012, 45 ss. Per M.M. WINKLER (*Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genius*, 1, 2015, 245) sarebbe preferibile l'utilizzo del termine "esilio riproduttivo".

¹¹ Secondo talune stime, il costo di una surrogazione realizzata in India sarebbe incluso tra 10,000 e 35,000 dollari USA, mentre negli Stati Uniti il prezzo della medesima pratica sarebbe compreso tra 59,000 e 80,000 dollari: U.R. SMERDON, *op. cit.*, 32.

Se alcuni dilemmi etici, sociali e normativi sono in un certo senso insiti nella pratica stessa della surrogazione di maternità¹², la dimensione internazionale non può che esacerbarne gli aspetti critici: primo fra tutti, il potenziale sfruttamento delle condizioni di disagio economico delle madri surrogate¹³. Sono in effetti diverse le voci che sottolineano come a rendere possibile il turismo riproduttivo siano, di fatto, «the underlying global inequalities between geographic regions and their residents and local inequalities among residents based on gender, class, race, and ethnic hierarchies»¹⁴. Altri insistono sull'impatto che la pratica stessa avrebbe sulle disuguaglianze, sostenendo che «the global surrogacy trade has made racial, cultural and social disparities more salient»¹⁵. E persino chi sostiene con convinzione che la pratica, quando realizzata in ambito nazionale, sia da salutare con favore e produca risultati soddisfacenti per tutte le persone coinvolte, evidenzia come la situazione sia estremamente diversa a livello internazionale, tanto che la *global surrogacy* dovrebbe essere il più possibile disincentivata¹⁶.

3. Interessi e diritti dei soggetti coinvolti

Com'è facile immaginare, la molteplicità dei soggetti coinvolti (uno o due genitori committenti, sino a due "donatori" di gameti, una madre surrogata, il bambino o i bambini nati attraverso il ricorso alla pratica, nonché tutti gli intermediari coinvolti) e le notevoli differenze sussistenti tra le legislazioni nazionali¹⁷, oltre all'assenza di norme a livello internazionale volte a regolare il ricorso alla *global sur-*

¹² Y. MARGALIT, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 20, 2014, 423 ss.

¹³ G. LABADIE-JACKSON, *The Reproductive Rights of Latinas and Commercial Surrogacy Contracts*, in *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, vol. 14, 2008, 49 ss.

¹⁴ L.C. IKEMOTO, *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services*, in *Law & Inequality*, vol. 27, 2009, 277. L'Autrice fornisce alcuni dati sul mercato con particolare riferimento ai diversi entità commerciali che vi prendono parte (285-293), distingue il turismo riproduttivo da altre forme di turismo sanitario (insistendo, in particolare, sulla specifica condizione delle donne che si assumono i maggiori rischi medici e sociali) e definisce le tecniche di procreazione assistita come *gendered technology*, 294. Sull'impatto del turismo riproduttivo su questioni di genere, vedi anche A. DONCHIN, *Reproductive tourism and the quest for global gender justice*, in *Bioethics*, Vol. 24, 2010, 323-332.

¹⁵ S. ALLAN, *op. cit.*, 3. In termini sostanzialmente analoghi, J. RIMM, *Booming baby business: regulating commercial surrogacy in India*, in *U. Pa. J. Int'l L.*, vol 30, 2008-2009, 1445.

¹⁶ In particolare, «the balance that (...) can be achieved in domestic surrogacy between stimulating markets and recognizing intimacy cannot be obtained in international surrogacy. The intimacy is lost in the geographical and cultural distance. Thus, international surrogacy is not just another form of the same surrogate process; it is constitutively different and morally and practically more problematic»: P. LAUFER-UKES, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption*, in *Indiana Law Journal*, vol. 88, 2013, 1279.

¹⁷ Secondo il *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja (*A preliminary report*, cit., par. 9-28) è possibile distinguere tra quattro categorie: 1) ordinamenti che vietano ogni forma di maternità surrogata, spesso accompagnando il divieto con la previsione di sanzioni penali per chi vi faccia ricorso, inclusi gli intermediari e le strutture sanitarie. Gli eventuali contratti di surrogazione sono nulli e la madre surrogata è in genere considerata madre legale del bambino; 2) ordinamenti in cui la materia è priva di regolamentazione specifica. In tali contesti, pur in assenza di divieto esplicito, un contratto di maternità surrogata sarebbe comunque considerato nullo. Inoltre, in alcune giurisdizioni la maternità surrogata di natura commerciale è vietata esplicitamente o attraverso disposizioni in materie affini (es. il traffico di minori), sebbene alcune istituzioni sanitarie realizzino la pratica su base altruistica; 3) ordinamenti che regolano espressamente la pratica, in particolare nella versione "altruistica", spesso prevenendo sanzioni penali per la pratica commerciale. La maggior parte di tali stati, tuttavia, consente il rimborso spese alla gestante. Vi sarebbe poi la tendenza a permettere solo accordi di maternità

rogacy, sollevano importanti questioni giuridiche e altri profili etico-politici¹⁸, che ben possono essere descritti a partire dai diversi protagonisti.

Naturalmente i soggetti che versano in condizioni di maggiore vulnerabilità sono il bambino (o i bambini) e la donna che si presta ad essere madre surrogata: è innanzitutto con riferimento alla posizione di costoro che una normativa internazionale sarebbe più che mai auspicabile. Tuttavia, al fine di compiere un'analisi che identifichi le criticità del ricorso alla pratica di cui si dice e, in particolare, valuti gli interessi e i diritti di tutte le parti coinvolte, ci sembra più opportuno partire dalla posizione degli aspiranti genitori, dal momento che è da loro (e dal loro desiderio di genitorialità) che ogni storia di maternità surrogata prende avvio.

3.1. I genitori committenti

Sebbene la posizione degli *intended parents* non sia paragonabile a quella della madri surrogate, né a quella dei bambini, non può negarsi che essi versino in una certa condizione di vulnerabilità, derivante dal desiderio che essi nutrono di divenire genitori e che risulta frustrato da particolari condizioni fisiche, sanitarie, o dal loro orientamento sessuale. Né si può ignorare, parimenti, che il coinvolgimento di intermediari nella gestione della maternità surrogata porta con sé il rischio di uno sfruttamento di tale vulnerabilità. L'aspetto su cui tuttavia occorre soffermarsi si pone *a priori* e concerne la possibilità di ricondurre l'accesso a tecniche di maternità surrogata ai diritti riproduttivi.

Com'è noto, i diritti riproduttivi hanno trovato una prima formulazione nella Conferenza di Teheran del 1968 – allorché si è chiarita la natura di diritto fondamentale della libertà di scelta in materia di pianificazione familiare¹⁹ – e hanno poi ricevuto ulteriore e definitiva consacrazione sia nel *Programme of action*, adottato nel corso della quinta conferenza sulla popolazione mondiale tenutasi nel 1994 al Cairo, sia nella *Platform for action*, formulata all'esito della quarta conferenza sulle donne di Pechino, nel 1995. In entrambi i documenti la libertà riproduttiva era posta in relazione alla salute riproduttiva e sessuale prima ancora che alle esigenze di sviluppo²⁰ e, per la prima volta, tra i trattamenti sanitari a fini riproduttivi venivano inclusi la prevenzione ed la cura dell'infertilità²¹.

surrogata in cui almeno un genitore committente sia legato geneticamente al bambino. In diverse giurisdizioni, infine, sono stabiliti criteri molto stringenti per le aspiranti madri surrogate; 4) ordinamenti che manifestano un approccio particolarmente permissivo rispetto alla maternità surrogata, inclusa la versione commerciale. In tali contesti normativi in genere sono previste procedure per il riconoscimento dei committenti quali genitori legali del bambino e non vi sono restrizioni di domicilio e residenza abituale per accedere al servizio.

¹⁸ Per un riassunto dei vari aspetti etico-politici, Parlamento europeo, Direzione generale per le politiche interne, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, 22-36.

¹⁹ *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Teheran, 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, art. 16.

²⁰ «Reproductive health care is defined as the constellation of methods, techniques and services that contribute to reproductive health and well-being through preventing and solving reproductive health problems»: International Conference on Population and Development, *Programme of action*, Cairo, 5-13 settembre 1994, par. 7.2. Nella *Platform for Action* (Fourth World Conference on Women, settembre 1995) si ribadiva la medesima definizione di salute riproduttiva, aggiungendo la prospettiva di genere: «the right of women to control all aspects of their health, in particular their own fertility, is basic to their empowerment», par. 94.

²¹ La salute riproduttiva include «the right of men and women to have access (...) to methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law», *Programme of action*, par. 7.2; *Beijing Platform for Action*, par. 97.

In dottrina è stato sostenuto che un divieto assoluto di surrogazione di maternità potrebbe essere considerato contrario ai citati principi²² e che, d'altro canto, anche altri diritti riconosciuti a livello internazionale (in particolare, il diritto di fondare un famiglia, il diritto all'autodeterminazione e il diritto ad accedere ai progressi scientifici) indicherebbero l'opportunità di consentire il più possibile l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita²³.

È tuttavia da considerare che i diritti riproduttivi sono tradizionalmente intesi come implicanti il divieto per lo Stato di interferire nelle scelte di programmazione familiare, piuttosto che il dovere di prevenire e combattere le cause di sterilità, consentendo l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Ci pare in tal senso significativo che, in entrambi i documenti citati, il passaggio relativo alla prevenzione e al trattamento dell'infertilità limiti l'accesso ai metodi che non siano contrari alla legge, riconoscendo, evidentemente, uno spazio per le scelte etico-politiche di ciascuno Stato.

Infine, anche volendo adottare un approccio più elastico, volto ad ammettere la tendenza evolutiva verso il riconoscimento di un diritto di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, resterebbe comunque da capire se la maternità surrogata possa essere pacificamente equiparata ad altri metodi, considerando che in questo caso si prevede la collaborazione di un terzo soggetto – la madre surrogata – che presta molto di più al progetto di familiarità altrui di quanto non avvenga nel caso di una semplice donazione di gameti.

3.2. La madre surrogata

Per quanto riguarda la posizione della madre surrogata, i profili critici attengono ad una dimensione di etica e politica di genere, prima ancora che a quella giuridica. Da questo punto di vista, la maternità surrogata palesa le sue criticità se intesa come misura che porta alla mercificazione del corpo della donna e dunque al suo sfruttamento.

Una parte della letteratura femminista non a caso ha equiparato la *surrogacy* alla prostituzione, ritenendo che attraverso un contratto di questo tipo la madre surrogata venda il proprio ventre, e dunque il proprio corpo, rinunciando al controllo su di esso²⁴. È stato altresì messo in evidenza come la pratica possa, in taluni contesti socio-culturali, rafforzare le disuguaglianze di genere²⁵. Questo elemento si inserisce più in generale nella considerazione, cui si è già fatto cenno, della maternità surrogata come strumento che promuove e rafforza le disparità, dal momento che essa si basa sulla possibilità di fare ricorso alle sezioni della popolazione che vivono in condizioni più disagiate. Se dunque è vero che per alcune madri surrogate prestare questo servizio conduce a vantaggi economici, è altresì

²² B. STARK, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 18, 2011-2012, 378.

²³ I.R. PAVONE, *Medically assisted procreation and international human rights law*, in *Italian YB IL*, vol. 22, 2013, 158-159.

²⁴ J. DAMELIO, K. SORENSEN, *Enhancing autonomy in paid surrogacy*, in *Bioethics*, vol. 22, 2008, 269-277; G. COREA, *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York, 1985.

²⁵ K. BRUGGER (*International law in the gestational surrogacy debate*, in *Fordham Int'l L.J.* vol. 35, 2011-2012, 671) nota come possano essere le stesse madri surrogate ad agire inconsapevolmente in tal senso, nel tentativo di rispondere allo stigma.

vero che una soluzione apparentemente *win-win* non supera l'ineguaglianza di fondo tra le parti contraenti e pone in ogni caso un serio dilemma etico²⁶.

Deve tuttavia ricordarsi che non mancano sul punto voci contrarie, secondo cui la surrogazione di maternità dovrebbe correttamente intendersi come una manifestazione del diritto al lavoro della donna. In tal senso, ogni tentativo di limitarne il ricorso sarebbe un «paternalistic attempts to curtail women's economy agency»²⁷.

Un aspetto di particolare rilievo riguarda il consenso prestato alla *surrogacy*, non solo per quanto riguarda l'effettiva possibilità che esso sia realmente informato, e cioè prestato alla luce di una corretta comprensione delle possibili conseguenze mediche della pratica, ma anche per quanto riguarda le ragioni profonde della scelta, quando essa sia compiuta in condizioni socio-economiche che sono di ostacolo a trovare valide alternative occupazionali²⁸, o sia addirittura condizionata da pressioni da parte di mariti e/o altri familiari²⁹. Il tema del consenso informato si presta poi a considerazioni ancora più complesse, se si accoglie la prospettiva di chi ritiene che una donna che acconsenta a portare avanti una gravidanza per altri «can never truly give informed consent because there is no way that [she] can know before conceiving the child how [she] will feel about giving up the child once the time comes»³⁰. Altri ancora sottolineano come non necessariamente l'idea di consenso e autonomia di scelta, tipica di una costruzione concettuale occidentale, ben si possa applicare a contesti culturali differenti³¹.

3.3. Il nato da surrogazione di maternità

È senza dubbio la condizione di vulnerabilità in cui versano i minori nati da surrogazione a suggerire l'opportunità di una regolamentazione a livello internazionale.

Occorre in proposito tenere in considerazione che, tra tutti i soggetti coinvolti nella pratica di cui si discute, il bambino nato a seguito di surrogazione di gestazione si trova in una posizione per certi versi "terza" rispetto all'accordo intercorso tra i genitori committenti e la gestante, pur essendo la sua venuta al mondo il motore dell'intero meccanismo. In altri termini, i suoi diritti sussistono a prescindere dalla pratica che ha reso possibile la sua nascita, sebbene da questa (o meglio, dal modo cui tale pratica è regolata nei diversi ordinamenti) possono derivare importanti conseguenze. Per questa ragione il principio del *best interest of the child*, comunemente applicato nei casi in cui la posizione di un minore sia da tutelare, sebbene non aiuti a decidere se la pratica della surrogazione di maternità sia lecita o meno, resta fondamentale per regolarne le conseguenze.

²⁶ N.F. BROMFIELD, K. SMITH ROTABI, *op. cit.*, 128.

²⁷ J.H. MUNYON, *Protectionism and Freedom of Contract: The Erosion of Female Autonomy in Surrogacy Decisions*, in *Suffolk U. L. Rev.*, vol. 36, 2003, 717 ss.; J. RIMM, *op. cit.*, 1452.

²⁸ N.F. BROMFIELD, K. SMITH ROTABI, *op. cit.*, 128; K. BRUGGER, *op. cit.*, 671-672.

²⁹ J. RIMM, *op. cit.*, 1445.

³⁰ M.J., WALKER WILSON, *Precommitment in free-market procreation: surrogacy, commissioned adoption, and limits on human decision making capacity*, in *Journal of Legislation*, vol. 31, 2005, 330.

³¹ In questi termini, con riferimento alle disposizioni dell'*Assisted Reproductive Technology Bill* adottato in India nel 2010, si esprime M. UNNITHAN, *Thinking through Surrogacy Legislation in India: Reflections on Relational Consent and the Rights of Infertile Women*, in *Journal of Legal Anthropology*, vol. 1, 2013, 289.

Uno dei profili più spinosi, che è all'origine di due delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo di cui si dirà più avanti, riguarda il riconoscimento giuridico del legame di parentela tra bambini nati attraverso questa pratica e i genitori committenti. I problemi derivano, ovviamente, dal contrasto tra le scelte normative operate in materia, nello Stato di nascita e in quello di destinazione dei bambini³². Il livello di criticità dei casi concreti è molto variabile: si va da situazioni in cui il legame di parentela dei bambini è ricostruito in modo diverso nei due ordinamenti nazionali, a casi estremi in cui i bambini nati attraverso maternità surrogata risultano apolidi nello stato di nascita e talvolta addirittura privi non solo della possibilità di lasciarne il territorio, ma anche del permesso di rimanere³³. Un'altra questione che presenta profili di criticità concerne il diritto dei bambini di conoscere le proprie origini (genetiche e "gestazionali")³⁴, diritto che evidentemente deve essere bilanciato con il rispetto dell'anonimato di cui spesso intendono avvalersi non solo i donatori di gameti, ma anche le madri surrogate.

Dallo studio condotto dal *Permanent Bureau* emergono poi ulteriori profili più in generale attinenti alla sorte ed al benessere del bambino, una volta che sia venuto al mondo, in tutti quei casi in cui i genitori committenti decidano di non dare seguito all'accordo di maternità surrogata. I casi segnalati riguardano bambini nati a seguito di fecondazione artificiale realizzata usando per errore il seme di una persona diversa dal padre committente (e che dunque non presentino alcun legame genetico con la coppia di aspiranti genitori) o, ancora, di bambini affetti da *handicap*³⁵.

4. Possibile contrasto con strumenti normativi vigenti della maternità surrogata a titolo oneroso

La maternità surrogata non è, allo stato attuale, oggetto di normativa internazionale.

L'unico riferimento esplicito a tale pratica è contenuto in un documento, non vincolante, adottato nel 1989 dall'*ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences*, istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa. In tale rapporto, dedicato alla procreazione artificiale, trovava formulazione il divieto di ricorrere a tecniche di maternità surrogata, nonché l'inapplicabilità di eventuali accordi conclusi tra i committenti e la gestante, così come il divieto di qualunque attività di intermediazione e di ogni forma di pubblicità della pratica³⁶. Il Comitato di esperti consentiva, tuttavia, agli Stati di formulare eccezioni per via legislativa, pur confermando la necessità di rendere non esecutivo un eventuale contratto tra le parti e precisando che la madre surrogata avrebbe dovuto sem-

³² Tale contrasto di fatto «hides a myriad of different State approaches which may vary even further depending upon the particular factual matrix of the case being considered»: *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, *A study of legal parentage*, cit., par. 148.

³³ *Ivi*, par. 147.

³⁴ *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, *The Parentage/surrogacy project: an updating note*, Prel. Doc. n. 3°, 2015 Annex II, par. 3; J. TOBIN, *To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?*, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 689, disponibile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2476751> (ultimo accesso 24 luglio 2015), 12-14.

³⁵ *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, *A study of legal parentage*, cit., par. 189, 191.

³⁶ Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, 1989, n. 15, par.1.

pre avere la possibilità di tenere il bambino e che, in nessun caso, avrebbe potuto ottenere un compenso³⁷.

Pur non essendo il rapporto un documento vincolante, la previsione citata rappresenta un interessante tentativo di regolamentazione, sebbene ormai datato e comunque soltanto abbozzato. Come si vede, l'accento è posto, oltre che sul legame tra la gestante e il bambino, sulla natura commerciale dell'accordo che rappresenta l'elemento centrale rispetto al quale va valutata la conformità alle norme di diritto internazionale della surrogazione di maternità.

Un primo profilo di possibile incompatibilità sembra potersi ravvisare con la norma di cui all'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, che riconosce la funzione sociale della maternità, la quale certamente mal si concilia con la sua mercificazione, che invece deriva dalla *commercial surrogacy*³⁸. Ancor più rilevante, tuttavia, appare il potenziale contrasto con il divieto di vendita di bambini e la normativa in materia di adozione internazionale, nonché con le norme e i principi che prevedono un generale divieto di commercializzare il corpo umano o sue parti in quanto tali. Su tali profili conviene ora soffermarsi.

4.1. Il divieto di vendita di bambini e la normativa in materia di adozione internazionale

Considerando la natura commerciale che caratterizza la maggior parte degli accordi di *global surrogacy*, sono innanzitutto ravvisabili profili di incompatibilità rispetto al divieto di vendita di minori e alla normativa in materia di adozione internazionale.

In effetti, la pratica in oggetto sembrerebbe rappresentare una violazione dell'art. 35 della Convenzione sui diritti del fanciullo³⁹, integrando la fattispecie di cui all'art. 2 lettera (a) del Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini del 2000⁴⁰. Essa è infatti qualificabile come transazione attraverso cui un bambino è trasferito da una persona o da un gruppo di persone⁴¹ ad un'altra o più persone, dietro il pagamento di un corrispettivo. In Australia, non a caso, la surrogazione di maternità è vietata proprio perché ritenuta in contrasto con la normativa citata⁴².

In questo senso sembra muoversi anche il Comitato dei diritti del fanciullo che, nel 2014, nelle *concluding observations* relative al rapporto presentato dall'India, ha sottolineato come il «widespread commercial use of surrogacy, including international surrogacy», possa rappresentare una violazione di «various rights of children and can lead to the sale of children»⁴³. A simili conclusioni il Comitato era giunto anche nel 2013, nella risposta al secondo rapporto periodico degli Stati Uniti, in cui se-

³⁷ *Ivi*, Principio 15, par. 4.

³⁸ B. STARK, *op. cit.*, 380.

³⁹ L'articolo recita come segue: «States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form».

⁴⁰ È interessante notare come durante i negoziati sul testo del Protocollo la maternità surrogata non sia stata presa in considerazione: ciò sembrerebbe dovuto alla sua scarsa diffusione all'epoca: J. TOBIN, *op. cit.*, 20.

⁴¹ Non solo la madre surrogata, ma anche la clinica e altri ulteriori intermediari.

⁴² Y. MARGALIT, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, disponibile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2586651> (ultimo accesso 24 luglio 2015), 23; S. ALLAN, *op. cit.*, 4.

⁴³ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the report submitted by India under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography* (CRC/C/OPSC/IND/CO/1), 7 luglio 2014, par. 23, lett. (f).

gnalava la propria preoccupazione con riferimento a «the fact that payments before birth and other expenses to birth mothers, including surrogate mothers, continue to be allowed, thus impeding effective elimination of the sale of children for adoption; [and] the absence of federal legislation with regard to surrogacy, which if not clearly regulated, amounts to sale of children»⁴⁴.

Parimenti, nella medesima prospettiva, la surrogazione di maternità a titolo oneroso sembra porsi in contrasto con l'art. 4(c)3 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ai sensi del quale il consenso all'adozione da parte del genitore biologico non deve essere indotto «by payment or compensation of any kind». La stessa Convenzione sui diritti del fanciullo auspicava all'art. 21 lett. (d) una regolamentazione dell'istituto dell'adozione volta ad escludere ogni «improper financial gain for those involved in it».

Sono tuttavia diversi gli argomenti elaborati in dottrina atti a distinguere la maternità surrogata dalla vendita di bambini. Un primo argomento muove dal considerare il bambino che non sia geneticamente legato alla madre surrogata come “qualcosa” che non le appartiene e che dunque ella non può “vendere”⁴⁵. Naturalmente questa obiezione si applicherebbe esclusivamente alla surrogazione per sola gestazione. Anche in questi casi, tuttavia, essa si scontra con la constatazione che, a prescindere dal legame genetico, la madre surrogata fornisce risorse biologiche essenziali allo sviluppo del bambino, a cui peraltro è fisicamente collegata da un organo – la placenta – composto in parte da cellule di origine materna e in parte da cellule di origine fetale⁴⁶, segno tangibile del legame naturale tra chi partorisce e chi viene partorito. L'impossibilità di stabilire una preminenza, nel processo di sviluppo dell'embrione e del feto, tra patrimonio genetico, da una parte, e contributo biologico, dall'altra, già di per sé rivela i limiti dell'argomento descritto, che peraltro non affronta il cuore del problema, rappresentato dal versamento di un corrispettivo a favore della *mère porteuse*. Inoltre, la lettera della norma di cui all'art. 2 (a) del Protocollo appare molto chiara nel riferirsi al trasferimento operato da *any person*: in effetti, allorché questo sia compiuto a fine lucrativo, è assolutamente irrilevante che chi trasferisce (ma anche chi riceve) abbia o meno un legame genetico con il bambino. Un secondo argomento è quello di chi sottolinea come il contratto tra i genitori committenti e la madre surrogata sia in realtà finalizzato allo svolgimento di un servizio (la gestazione) e non all'acquisto di un bambino⁴⁷. Per assicurare che la compensazione sia versata per il servizio e non come prezzo d'acquisto del neonato, sarebbe per alcuni sufficiente prevedere che il corrispettivo venga pagato a prescindere dal buon esito della gravidanza, dunque, per esempio, anche nel caso di aborto⁴⁸. Per altri sarebbe addirittura sufficiente stabilire un importo massimo per il corrispettivo⁴⁹.

⁴⁴ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography*, (CRC/C/OPSC/USA/CO/2), 2 luglio 2013, par. 29, lett. (a) e (b).

⁴⁵ A.M. LARKEY, *Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Contracts*, in *Drake Law Review*, vol. 51, 2003, 614.

⁴⁶ S. ALLAN, *op. cit.*, 7.

⁴⁷ J. TOBIN, *op. cit.*, 21.

⁴⁸ C. MCLEOD, A. BOTTEREL, *A Hague Convention on contract pregnancy (or 'surrogacy'): avoiding ethical inconsistencies with the Convention on adoption*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 7, 2014, 226.

⁴⁹ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level*, in *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, 644.

Pare tuttavia evidente a chi scrive che nel rapporto contrattuale stabilito da un accordo di surrogazione una parte (i genitori committenti) richiede all'altra (la gestante) di rinunciare ai diritti sul bambino che partorerà: questo evidentemente significa che «the intended parents have little interest in the surrogate's services without this relinquishment. It is clear, therefore, that what is at stake in a surrogacy contract is right to a child, and not merely the performance of a service»⁵⁰.

4.2. Il divieto di commercializzare il corpo umano o sue parti in quanto tali

La natura economica dell'accordo chiama poi in causa quelle disposizioni che riconoscono una violazione della dignità umana nella riduzione a merce di scambio di beni e valori che non hanno di per sé natura commerciale.

In questo senso hanno rilievo la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sanciscono, rispettivamente all'art. 21 e all'art. 3, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Tale principio ha conosciuto varie declinazioni più precise: con riferimento per esempio alla donazione di tessuti e cellule, la Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio impone agli Stati membri di adoperarsi «per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule» e «che l'approvvigionamento di tessuti e cellule in quanto tali avvenga su base non lucrativa»⁵¹. Ancora, con una Risoluzione del 2005, il Parlamento europeo ha precisato che la vendita di gameti femminili dovrebbe essere sempre vietata, riconoscendo che la raccolta di ovociti costituisce un rischio medico elevato per la vita e la salute delle donne e che, nonostante tali rischi, la prospettiva di guadagno incoraggia la fornitura degli stessi, anche considerata la relativa scarsità di donatrici⁵². Il traffico di organi è poi vietato dall'art. 22 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo sul trapianto di organi e tessuti di origine umana del 2002 ed è oggetto specifico della *Convention against trafficking in human organs* recentemente aperta alla firma degli Stati membri (e non) del Consiglio d'Europa.

Queste normative, o meglio, i principi che ne sono ispirazione, offrono un'ulteriore risposta a chi ritiene che lo scambio, che si realizza attraverso l'accordo di surrogazione, riguardi il servizio e non la consegna dietro corrispettivo di un minore. Se anche fosse vero tale assunto, non sarebbe comunque esclusa la contrarietà della pratica rispetto alle vigenti norme di diritto internazionale. Ancora, non sembra possa essere rilevante constatare che, di per sé, la surrogazione di maternità non sia paragonabile alla vendita di un organo, non comportando una menomazione irreversibile del corpo della donna. Le norme vincolanti e di *soft law* citate, riferendosi anche al prelievo di cellule, tessuti e gameti (che, in quanto tale, non comporta una menomazione permanente) dimostrano che la *ratio* sottostante è diversa e consiste nell'impedire la mercificazione di beni non commerciali e, implicitamente, lo sfruttamento delle sezioni più povere della popolazione.

⁵⁰ M.J. WALKER WILSON, *op. cit.*, 332.

⁵¹ Parlamento europeo e Consiglio, Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, art. 12.

⁵² Parlamento europeo, *Resolution on the trade in human egg cells*, P6_TA(2005)0074, 10 marzo 2005.

4.3. Potenziali collegamenti con altre violazioni

Non deve poi dimenticarsi che, almeno in alcune circostanze, la diffusione di pratiche di *surrogacy* può esser associata a serie violazioni di diritti fondamentali, inclusa la violenza sulle donne e il traffico di esseri umani⁵³.

La questione è oggetto dell'attenzione delle istituzioni internazionali da tempo.

In una risoluzione del 2011, per esempio, il Parlamento Europeo chiedeva agli Stati membri di riconoscere «the serious problem of surrogacy which constitutes an exploitation of the female body and her reproductive organs»⁵⁴ e sottolineava non solo che tali pratiche «augment the trafficking of women and children and illegal adoption across national borders», ma anche che «women and children are subject to the same forms of exploitation and both can be regarded as commodities on the international reproductive market»⁵⁵.

Ancora, nel rapporto dello *Special Rapporteur* sul traffico di persone del 2 agosto 2013, veniva esplicitamente sottolineato che «the exploitation of human beings for purposes of organ transplantation is also linked to other commodification practices, such as transnational commercial surrogacy»⁵⁶.

5. Il contributo della Corte europea: la necessità di garantire (comunque) una tutela effettiva ai minori

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha recentemente adottato quattro sentenze relative a casi di maternità surrogata portati all'attenzione dei giudici rispettivamente da due coppie francesi⁵⁷, una coppia belga⁵⁸ e una italiana⁵⁹. In tutte le decisioni la Corte non ha mai considerato nel dettaglio la pratica di maternità surrogata, limitandosi piuttosto a valutare l'impatto delle scelte legislative operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica, in particolare, in tre ambiti specifici: in materia del rifiuto di trascrizione di atti di nascita in Francia, con riferimento alle tempistiche per il rilascio del documento di viaggio per il minore da parte delle autorità belghe e rispetto all'allontanamento del bambino dalla coppia disposto dal giudice italiano.

L'analisi delle sentenze induce a ritenere che, nonostante la possibilità di considerare la pratica - almeno nella sua versione *profit* - non conforme al diritto internazionale attualmente in vigore, la dif-

⁵³ Diversi i casi menzionati da S. ALLAN, *op. cit.*, 11-12.

⁵⁴ Parlamento europeo, *Resolution on priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women* (2010/2209(INI)), 5 aprile 2011, par. 20.

⁵⁵ *Ibidem*, par. 21.

⁵⁶ *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 2 agosto 2013, UN Doc. A/68/256, par. 21.

⁵⁷ Corte europea, quinta sezione, ricorso n. 65192/11, *Mennesson c. Francia* e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, sentenze 26 luglio 2014. Questioni analoghe sono tutt'ora al vaglio della Corte, a seguito di tre ricorsi presentati contro la Francia: *Laborie*, ricorso n. 44024/13; *Foulon*, ricorso n. 9063/14 e *Bouvet*, ricorso n. 10410/14.

⁵⁸ Corte europea, seconda sezione, ricorso n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*, sentenza 8 luglio 2014.

⁵⁹ Corte europea, seconda sezione, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza 25 gennaio 2015. Per un commento: A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 834-840; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genlus*, 1, 2015, 160-173.

fusione della maternità surrogata impone di addivenire ad una regolamentazione internazionale, soprattutto alla luce della necessità di offrire piena tutela a quegli individui che ne sono il risultato ultimo, i bambini.

5.1. I casi *Menesson e Labassee c. Francia*

Le decisioni riguardano due casi del tutto analoghi. Due coppie di cittadini francesi, nonché i rispettivi figli nati da maternità surrogata (effettuata negli Stati Uniti e, almeno in un caso, a titolo gratuito⁶⁰), lamentavano innanzi alla Corte una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), in ragione del rifiuto delle autorità francesi di trascrivere i certificati di nascita dei bambini e dunque di riconoscere il rapporto di filiazione attestato negli USA. In entrambi casi, i bambini risultavano avere un legame genetico con il padre.

Nell'esaminare la doglianza, applicando principi ormai ampiamente consolidati nella sua giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha rilevato innanzitutto come l'ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti, rappresentata dal rifiuto di trascrivere gli atti di nascita, fosse prevista dalla legge e perseguisse scopi legittimi, ovvero la tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui⁶¹. Nel verificare poi la necessità della misura (ovvero il suo essere fondata «sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi»⁶²), la Corte si è soffermata a valutare l'estensione del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia.

Sebbene l'assenza di un consenso sulla maternità surrogata tra i paesi membri, che ben rivela l'estrema delicatezza della questione, suggerirebbe di riconoscere ampia discrezionalità agli ordinamenti interni per quanto riguarda la decisione di consentire o meno tale tecnica e di riconoscere o meno il rapporto di filiazione tra genitori committenti e il bambino, per i giudici di Strasburgo, il margine di apprezzamento è ristretto, poiché il legame di parentela rappresenta un aspetto fondamentale dell'identità (e dunque della vita privata) degli individui⁶³. Peraltro – si precisa in sentenza – anche le scelte operate dagli Stati entro i limiti del proprio margine di apprezzamento non sono esenti dal vaglio della Corte, che è comunque chiamata a verificare se esse realizzino un buon equilibrio tra gli interessi degli Stati e quelli degli individui coinvolti, in particolare alla luce del principio del *best interest of the child*, allorquando questo debba trovare applicazione⁶⁴.

Nei casi di specie, poi, la Corte ha affermato di non voler entrare nel merito dell'eccezione di ordine pubblico⁶⁵ e ha considerato nel dettaglio, da una parte, la posizione delle due coppie e, dall'altra, quella dei figli.

Con riferimento ai genitori, la Corte ha negato la sussistenza di una violazione del diritto alla vita familiare, ritenendo in particolare che le difficoltà pratiche derivanti dalla mancata trascrizione degli atti di nascita non potessero considerarsi insormontabili e che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli

⁶⁰ *Menesson*, cit., par. 8.

⁶¹ *Menesson*, cit., par. 57-62, *Labassee*, cit., 52-54.

⁶² *Menesson*, cit., par. 50 *Labassee*, cit., 51.

⁶³ *Menesson*, cit., par. 79-80, *Labassee*, cit., 58-59.

⁶⁴ *Menesson*, cit., par. 81, *Labassee*, cit., 60.

⁶⁵ La Corte non ha però mancato di rammentare che, secondo le autorità francesi, il rifiuto di trascrivere gli atti di nascita, da una parte, traduce la scelta etica operata dall'ordinamento interno e, dall'altra, garantisce coerenza normativa rispetto al divieto di maternità surrogata: *Menesson*, cit., par. 83-84, *Labassee*, cit., 62-63.

interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti⁶⁶.

Diverse sono invece le conclusioni cui la Corte è pervenuta con riferimento alla posizione dei figli delle due coppie, rispetto ai quali ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata. Gli aspetti attorno cui ruota l'argomentazione della Corte (identica nelle due sentenze) sono di fatto tre.

Il primo è un accertamento di fatto: la Corte ha ritenuto che, in ragione della mancata trascrizione, i minori si trovassero in uno stato di incertezza giuridica atta a minarne l'identità, situazione che avrebbe peraltro potuto avere importanti ripercussioni negative rispetto alla possibilità di ottenere la cittadinanza francese e di far valere diritti di successione⁶⁷.

Il secondo profilo rivela implicitamente come la Corte tenga in debita considerazione l'incolpevole posizione dei minori rispetto alla violazione della legge francese commessa dai genitori. I giudici sono stati infatti molto chiari nel sottolineare che, se la scelta di non riconoscere il rapporto di filiazione è legittimamente volta a mantenere la coerenza con il divieto formulato nell'ordinamento interno, essa ha un'importante conseguenza non solo sui genitori (i quali, insiste la Corte, hanno scelto di ricorrere a tecniche vietate), ma anche sui bambini, rispetto ai quali il diritto alla vita privata risulta sensibilmente compromesso⁶⁸.

Infine, la Corte ha dimostrato di dare particolare peso al legame genetico sussistente tra i figli e il padre: considerata l'importanza di tale legame quale aspetto essenziale dell'identità personale, i giudici hanno ritenuto che dovesse certamente considerarsi contraria all'interesse del bambino una misura che impedisca il riconoscimento giuridico di una realtà biologica⁶⁹.

5.2. Il caso *D. e altri c. Belgio*

Il caso riguarda una coppia belga, che aveva fatto ricorso a tecniche di maternità surrogata in Ucraina. Alla nascita del bambino, nel febbraio 2013, i coniugi richiedevano all'ambasciata belga di Kiev il passaporto per il minore, il cui rilascio veniva però rifiutato stante l'impossibilità per i ricorrenti di produrre un certificato di gravidanza o di ospedalizzazione della madre committente. Il tribunale di primo grado belga rifiutava di ordinare alle autorità consolari la concessione del titolo di viaggio per il bambino, considerando, da una parte, che per il diritto interno è madre la donna che partorisce e, dall'altra, che i test del DNA effettuati su internet dal primo ricorrente non costituivano una prova sufficiente ad attestarne la paternità. Nel frattempo, a fine aprile, scaduto il permesso di soggiorno, la coppia aveva dovuto lasciare il Paese ed era stata così costretta ad affidare il piccolo alle cure di una nutrice. I coniugi presentavano ricorso alla Corte, lamentando di aver subito una violazione degli articoli 3 e 8 CEDU, in ragione del rifiuto delle autorità di emanare il documento di viaggio per il neonato e della conseguente separazione dal bambino cui erano stati costretti.

Nel frattempo, tuttavia, la Corte d'appello competente aveva ordinato il rilascio di un passaporto per il minore, che rientrava in Belgio con i genitori nell'agosto del 2013. La Corte di Strasburgo ha ritenuto di pronunciarsi dunque solo sul periodo di separazione che bambino e genitori avevano dovuto trascorrere prima del rilascio del documento.

⁶⁶ *Menesson*, cit., par. 87-94, *Labassee*, cit., 66-73.

⁶⁷ *Menesson*, cit., par. 96-98, *Labassee*, cit., 75-77.

⁶⁸ *Menesson*, cit., par. 99, *Labassee*, cit., 78.

⁶⁹ *Menesson*, cit., par. 100, *Labassee*, cit., 79.

A tal proposito, il collegio giudicante ha innanzitutto riconosciuto che l'interferenza con il diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare risultava imposta dalla legge e finalizzata alla tutela di scopi legittimi, quali la prevenzione del crimine (in particolare, la tratta degli esseri umani) e la protezione dei diritti della madre surrogata e del bambino⁷⁰. Nel valutare la necessità di tale misura, la Corte ha ritenuto che lo Stato belga avesse agito entro i limiti del proprio margine di apprezzamento⁷¹, precisando che la Convenzione non può intendersi nel senso di imporre agli Stati l'autorizzazione dell'ingresso nel territorio nazionale di bambini nati da maternità surrogata, senza la possibilità per le autorità nazionali di compiere i dovuti accertamenti⁷².

Due elementi sembrano aver contribuito ad orientare la posizione della Corte nel caso di specie.

Da una parte, i giudici hanno evidentemente ritenuto che la durata della separazione non fosse stata eccessiva, sebbene la stessa avesse determinato una situazione difficile per i ricorrenti e certamente non ottimale per il bambino⁷³. Dall'altra, per la Corte, i ricorrenti (che si erano rivolti a legali sia in Belgio che in Ucraina) dovevano sapere che il procedimento per ottenere i documenti necessari avrebbe comportato un certo ritardo, che peraltro, nel caso di specie, era almeno in parte imputabile a loro stessi, i quali non avevano prodotto subito la documentazione idonea a provare il legame genetico con il bambino⁷⁴.

5.3. Il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Anche in questo caso i ricorrenti avevano fatto ricorso ad una surrogazione di maternità in Russia. Una volta rientrati in Italia, avevano chiesto la trascrizione del certificato di nascita del figlio⁷⁵, ma il

⁷⁰ *D. e altri*, cit., par. 51-53.

⁷¹ *Ivi*, par. 63.

⁷² *Ivi*, par. 59.

⁷³ *Ivi*, par. 57-58.

⁷⁴ *Ivi*, par. 60-62.

⁷⁵ Sulle diverse posizioni emerse nella giurisprudenza italiana in materia di trascrivibilità degli atti di nascita e ordine pubblico, vedi S. TONOLO, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 81-104. Appaiono particolarmente interessanti tre decisioni, adottate rispettivamente dalla Corte di Appello di Bari nel 2009, e dai Tribunali di Napoli e Forlì nel 2011. Con la decisione del 3 febbraio 2009, il giudice barese stabiliva che dovesse essere trascritto nei registri dello stato civile italiano il *parental order*, adottato in Inghilterra, che attribuiva la maternità alla madre committente, fondandosi essenzialmente sull'applicazione del principio dell'interesse superiore del minore, considerato parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale. La decisione prendeva così nettamente le distanze dalla sentenza del Tribunale di Monza del 27 ottobre 1989, che peraltro si riferiva ad un caso diverso, in cui vi era la rivendicazione di maternità da parte di entrambe le madri (committente e biologica). Anche il Tribunale di Napoli, con decreto del 1 luglio 2011, negava che fosse contraria all'ordine pubblico internazionale la trascrizione in Italia di un atto di nascita di un bambino venuto al mondo attraverso una surrogazione di maternità, rilevando, in particolare, come «il principio di responsabilità procreativa» – previsto dalla L. 40/2004 con riferimento alla fecondazione eterologa, secondo cui chi faccia ricorso a pratiche vietate non può rinnegare in seguito il rapporto di procreazione con il nato – «comport[i] la preminenza del dato volitivo – espressione del *favor affectionis* – rispetto a quello biologico». Pur insistendo sul medesimo principio di responsabilità genitoriale, decideva invece in modo diverso il Tribunale di Forlì in merito all'opposizione al rifiuto di trascrizione degli atti di nascita di due gemelli (sentenza 25 ottobre 2011). Il giudice, in particolare, distingueva la posizione del padre biologico dei bambini nati da maternità surrogata (per il quale ordinava la trascrizione degli atti di nascita), da quella della madre committente, che non aveva alcun legame genetico con i bambini.

consolato italiano a Mosca aveva informato il Tribunale dei minori competente che il documento russo conteneva false attestazioni. I coniugi venivano indagati per il reato di alterazione di stato, ex art. 567 c.p., e violazione dell'art. 72 della L. 183/1984 in materia di adozione⁷⁶. Contestualmente, il Tribunale dei minori apriva un procedimento per la dichiarazione di adottabilità del bambino, nel corso del quale il minore veniva dichiarato in stato di abbandono e posto in affidamento, perché, a seguito di un'analisi del DNA, il sig. Campanelli non risultava esserne il padre biologico. Dopo un periodo trascorso in una struttura dei servizi sociali, il minore veniva affidato ad una famiglia e riceveva una nuova identità.

I ricorrenti lamentavano, in nome del bambino, la violazione degli articoli 6, 8 e 14 della Convenzione europea, ma la Corte ha ritenuto che il minore non potesse essere rappresentato dai due coniugi per l'assenza di un legame biologico con gli stessi e la presenza, in sede nazionale, di un tutore⁷⁷. I ricorrenti sostenevano, inoltre, di aver subito una violazione dell'art. 8 CEDU a causa del rifiuto da parte delle autorità italiane di riconoscere la relazione genitoriale con il bambino (rappresentata dalla mancata trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero) e, soprattutto, della sottrazione del minore alle loro cure, operata attraverso una misura ex art. 10 L. 184/1983.

La Corte ha dichiarato inammissibile la prima questione, dal momento che il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni non risultava soddisfatto e ha esaminato nel merito la doglianza relativa all'allontanamento del minore, precisando innanzitutto che l'art. 8 CEDU dovesse trovare applicazione dal momento che esisteva una vita familiare di fatto tra i ricorrenti e il bambino⁷⁸. Per la Corte, l'interferenza rappresentata dalla decisione di dichiarare lo stato di adottabilità e di allontanare il minore dai ricorrenti risultava prevista dalla legge e finalizzata a scopi legittimi: in particolare, la difesa dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti e delle libertà del bambino⁷⁹. Come di consueto, poi, nel valutare la necessità della misura in una società democratica, la Corte si è riferita al margine di

Per il giudice il principio di tutela della maternità prevista dall'art. 31.2 della Costituzione non potrebbe prescindere «da un legame di tipo naturale fra madre e figlio dato dalla gestazione» e rappresenterebbe un vero e proprio principio di diritto naturale la circostanza per cui «la madre debba essere individuata nella donna che ha permesso, tramite la gestazione, che l'iniziale fecondazione progredisce fino al punto di consentire la nascita di un essere umano». Sulla maternità surrogata si è anche espressa la Corte di Cassazione con sentenza n. 24001/2014 (su cui v. M. DISTEFANO, *op. cit.*, pp. 164-171), ribadendo le conclusioni della Corte d'Appello bresciana in merito allo stato di adottabilità di un minore nato da *surrogacy* e allontanato dalla coppia di committenti e alla non trascrivibilità dell'atto di nascita di bambini nati da maternità surrogata. Per la Corte di Cassazione, il divieto di pratiche di surrogazione di maternità (la cui valenza è stata peraltro confermata anche dalla decisione della Corte Costituzionale n. 162/2014, in materia di fecondazione eterologa) sarebbe «certamente di ordine pubblico», ponendosi in stretta relazione con la tutela della «dignità umana costituzionalmente tutelata della gestante» e con l'adozione, unico istituto cui «l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

⁷⁶ Il procedimento era ancora in corso quando la decisione della Corte di Strasburgo veniva resa: *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 61.

⁷⁷ *Ivi*, par. 45-50.

⁷⁸ *Ivi*, par. 69. La Corte precisava che il rispetto della vita familiare non tutela il desiderio di fondare una famiglia, ma presuppone l'esistenza quanto meno di «au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage, d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie, ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive»: par. 67.

⁷⁹ *Ivi*, par. 71-72.

apprezzamento, ribadendone la portata relativa, quando vi siano in gioco interessi particolarmente importanti⁸⁰.

Scendendo nel dettaglio dell'analisi del caso di specie, i giudici hanno dapprima ritenuto che non potesse considerarsi irragionevole la decisione di applicare il diritto nazionale nel dichiarare lo stato di abbandono del minore, considerata l'assenza di un legame genetico tra quest'ultimo ed i ricorrenti⁸¹. Poi, però, hanno ribadito che l'allontanamento è una misura estrema, da adottarsi solo in casi molto circoscritti, in cui vi sia la necessità di tutelare il minore da un pericolo imminente⁸². Per la Corte, infatti, il riferimento all'ordine pubblico, non dovrebbe essere considerato una *carte blanche* in grado di giustificare qualunque misura e l'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore incombe sullo Stato «indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre»⁸³. La Corte si è pertanto detta non convinta dell'adeguatezza degli elementi sulla base dei quali le autorità italiane avevano deciso di affidare il bambino alle cure dei servizi sociali, ritenendo che esse non avessero preservato un corretto equilibrio tra i diversi interessi in gioco⁸⁴. In particolare, i giudici hanno considerato ingiustificata, in assenza di una decisione definitiva in sede penale⁸⁵, l'opinione espressa dalle autorità interne che, senza alcun accertamento tecnico, avevano stabilito che i coniugi (già riconosciuti idonei all'adozione nel 2006) non fossero in grado di educare e amare il bambino perché avevano violato la legge sull'adozione⁸⁶. Questo è certamente il passaggio in cui più chiaramente emerge «l'idea, che percorre sotterraneamente tutta la sentenza, (...) che [il bambino] avrebbe dovuto essere dato in adozione proprio alla coppia committente»⁸⁷.

Nel pronunciare una condanna al risarcimento a carico dello Stato italiano, la Corte aveva infine cura di precisare come la constatazione della violazione non dovesse intendersi nel senso di imporre allo Stato la restituzione del minore ai ricorrenti, dal momento che il bambino aveva nel frattempo sviluppato legami affettivi con la nuova famiglia affidataria.

Alla sentenza è allegata l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, sui cui contenuti conviene soffermarsi.

Il primo punto su cui i due giudici hanno sollevato alcune perplessità concerne il riconoscimento nel caso di specie della sussistenza di una vita familiare di fatto. Pur confermando l'opportunità di valutare la vicenda sotto il profilo del diritto tutelato dall'art. 8 CEDU, i giudici sottolineano come tale disposizione non possa essere interpretata nel senso di fondare una vita familiare tra un bambino e persone che non abbiano alcun legame biologico con lo stesso, quando sia sufficientemente provato che l'affidamento del minore alle loro cure si basi su un atto contrario all'ordine pubblico⁸⁸.

In secondo luogo, i giudici dissenzienti criticano le obiezioni sollevate dalla maggioranza rispetto agli argomenti formulati dalle autorità italiane, ritenendo che in tal modo la Corte abbia finito per sosti-

⁸⁰ *Ivi*, par. 74.

⁸¹ E' interessante notare che sul punto la Corte ritorna a più riprese: in particolare, ai par. 72 e 76.

⁸² *Ivi*, par. 80.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, par. 86.

⁸⁵ *Ivi*, par. 83.

⁸⁶ *Ivi*, par. 84.

⁸⁷ L. LENTI, Paradiso e Campanelli c. Italia: *interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 473.

⁸⁸ *Paradiso e Campanelli*, cit., Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 3.

tuire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, ponendosi così in conflitto con il principio di sussidiarietà⁸⁹. In casi tanto delicati come il presente, in cui sia necessaria la ricerca di un equilibrio tra gli interessi di un bambino e le esigenze di ordine pubblico, la Corte dovrebbe, secondo i dissensi, limitarsi a verificare che la valutazione dei giudici interni non sia stata del tutto arbitraria⁹⁰. Infine, per Raimondi e Spano, la decisione della maggioranza non è condivisibile perchè finisce con il negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla pratica della maternità surrogata: «s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une 'vie familiale', il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour»⁹¹.

Sulla vicenda tornerà a pronunciarsi la Grande Camera, cui il caso è stato deferito con decisione del 1° giugno 2015 in accoglimento della richiesta di rinvio formulata del governo italiano⁹².

5.4. I punti chiave della giurisprudenza europea

Un primo aspetto della giurisprudenza della Corte europea che merita attenzione consiste nella tendenza (talvolta esplicita, talaltra no) a distinguere tra la posizione dei genitori – la cui scelta di muoversi contro i dettami normativi nazionali è spesso sottolineata nelle decisioni⁹³ – e quella dei figli. Di fatto è la posizione di costoro, la cui stessa esistenza dipende dalla violazione della normativa nazionale, che la Corte tutela, confermando peraltro che l'interesse superiore del minore funziona quale contro-limite all'ordine pubblico⁹⁴.

La posizione del minore guida la *ratio decidendi* dei giudici di Strasburgo persino nel caso *Paradiso e Campanelli*, sebbene essi apparentemente escludano la possibilità di esprimersi in merito alle violazioni subite dal bambino e omettano qualunque riferimento alla violazione della normativa nazionale (in materia di fecondazione assistita e adozione) da parte dei genitori. Di fatto, proprio stante l'impossibilità di esprimersi con riferimento alla posizione del bambino, i giudici hanno riconosciuto la violazione ai danni dei genitori, quasi essi fossero veicolo degli interessi del piccolo.

Questo è confermato innanzitutto dalla determinazione con cui i giudici fanno affidamento al principio dell'interesse superiore del minore pur nel valutare sostanzialmente solo la posizione dei genitori. Se è

⁸⁹ *Ivi*, par. 13.

⁹⁰ *Ivi*, par. 14.

⁹¹ *Ivi*, par. 15.

⁹² *Press release* ECHR 179 (2015) del 03.06.2015. Secondo quanto riportato nella relazione annuale al Parlamento predisposta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la richiesta di riesame del caso da parte della Grande Camera sarebbe fondata, da una parte, sul «rischio dell'introduzione nell'ordinamento di un terzo criterio di filiazione, diverso da quello basato sul legame genetico con almeno uno dei due genitori e [dall'altra, sulla] forte compressione (...) del principio del margine di apprezzamento in combinato con il principio di sussidiarietà, entrambi a presidio delle prerogative sovrane degli Stati come recentemente proclamati con il Protocollo n. 15»: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Relazione al Parlamento sull'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, anno 2014, p. 34, disponibile all'indirizzo: www.governo.it/backoffice/allegati/79042-10260.pdf (ultimo accesso 28 luglio 2015).

⁹³ Si veda in particolare il passaggio di cui ai par. 99 in *Menesson*, cit. e 79 in *Labassee*, cit.

⁹⁴ S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 9, 2015, 207.

certamente vero che, in genere, «l'interesse del minore alla conservazione [di un] rapporto [famigliare] si iscrive (...) all'interno dell'identico interesse, che accomuna tutti i componenti della famiglia»⁹⁵, è altrettanto vero che manca nell'analisi della Corte una riflessione critica sull'opportunità di applicare tale principio quale esclusivo fondamento del diritto di altri, i ricorrenti, in un caso che trova origine da una situazione di fatto illecita per il diritto interno, che essi stessi hanno volontariamente generato.

In secondo luogo, ciò traspare anche dall'accento che la Corte pone su di una questione che nulla ha a che vedere con la posizione dei genitori, ovvero la circostanza per cui la nuova identità al bambino è stata attribuita solo dopo due anni dalla separazione dai ricorrenti. In merito la Corte, richiamando la disposizione dell'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, sottolinea: «il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale»⁹⁶.

Un secondo profilo che merita attenzione è l'importanza che la Corte attribuisce al legame genetico nel valutare la potenziale interferenza con il diritto alla vita privata (che include quello all'identità personale), mentre risulta del tutto irrilevante con riferimento alla vita familiare⁹⁷. Nonostante l'obiezione formulata da un autore⁹⁸, ci sembra che ciò emerga chiaramente non solo nei casi *Menesson* e *Labassee*, in cui la Corte riconosce che il rifiuto di trascrivere gli atti di nascita viola il diritto dei minori al riconoscimento giuridico del legame con il proprio padre genetico⁹⁹, ma anche *a contrario* in *Paradiso e Campanelli* in cui la Corte esclude, proprio in ragione dell'assenza di un legame biologico, una violazione dell'art. 8 CEDU nel mancato riconoscimento del legame di filiazione¹⁰⁰. Per qualcuno ciò indurrebbe a ritenere che la Corte sposi il rifiuto di una surrogazione completamente "eterologa" (ovvero in cui non sussista alcun legame genetico con gli *intended parents*)¹⁰¹: se questo sembra ammissibile con riferimento alla vita privata, è certamente da negarsi per quanto concerne il

⁹⁵ L. LENTI, *op. cit.*, 474.

⁹⁶ *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 85.

⁹⁷ A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i 'pregiudizi' dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015, disponibile all'indirizzo <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1294> (ultimo accesso 24 luglio 2015).

⁹⁸ Secondo N. HERVIEU, (*La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société*, in *La Revue des droits de l'homme*, 14 ottobre 2014, disponibile all'indirizzo <http://revdh.revues.org/870> – ultimo accesso 24/07/2015 – par. 72.) «les juges strasbourgeois ont regrettamment manqué de préciser si cet argument n'était que confortatif voire surabondant, ou s'il s'agit d'une véritable clef de la condamnation». Le conseguenze per l'Autore sarebbero molto importanti: «une interprétation a minima et restrictive de ces arrêts signifierait que les Etats parties – et en particulier la France – pourraient respecter l'article 8 de la Convention dès lors qu'ils se bornent à reconnaître le lien juridique de filiation entre le père biologique et les enfants nés par gestation pour autrui, Mais ce faisant, la mère d'intention, par hypothèse aussi impliquée que le père dans le projet parental et l'éducation des enfants, pourrait être littéralement laissée à l'écart».

⁹⁹ *Menesson*, cit., par. 100, *Labassee*, cit., par. 79.

¹⁰⁰ *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 77: «L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. (...) Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable».

¹⁰¹ G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Menesson v France and Labassee v France cases*, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2500075>, (ultimo accesso 24/07/2015), 6.

rispetto alla vita familiare che rimane (correttamente) ancorato alla necessità di tutelare ogni legame affettivo che si sia di fatto stabilito.

Infine, l'aspetto più rilevante delle decisioni riguarda le conseguenze pratiche che esse hanno rispetto alle scelte di natura etica che i singoli ordinamenti compiono in materia di maternità surrogata. Il profilo, sollevato dai giudici Raimondi e Spano nella loro opinione dissenziente, trova eco in letteratura.

Di fatto le decisioni citate, pur non assumendo alcuna posizione sulla surrogazione di maternità e riconoscendo che solo gli effetti delle scelte degli Stati rappresentano «the (...) concrete and objective reality accessible to the Court's rational judgement»¹⁰², finiscono per imporre agli ordinamenti interni di riconoscere effetti legali ai risultati di tale pratica realizzata all'estero¹⁰³, limitando così sensibilmente gli strumenti di dissuasione del turismo riproduttivo in mano alle autorità nazionali.

Più in generale, occorre riconoscere che la diffusione su scala internazionale della maternità surrogata e l'esigenza di tutela dei diritti umani di chi ne è parte coinvolta sembrano spingere verso un'apertura rispetto alla pratica, nonostante la stessa presenti diversi profili problematici, producendo così una necessaria compressione del margine di apprezzamento degli Stati, anche in un ambito tanto delicato, in cui esso dovrebbe in linea teorica rimanere estremamente ampio.

6. La necessità di una regolamentazione internazionale: ma quali sono le prospettive concrete?

La crescita esponenziale del ricorso alle tecniche di maternità surrogata, che prelude al moltiplicarsi di casi come quelli già portati all'attenzione della Corte europea, suggerisce la necessità di una normativa internazionale che non solo contribuisca a risolvere questioni di diritto internazionale privato (regolando in particolare il riconoscimento del legame di filiazione e l'attribuzione della nazionalità al bambino), ma intenda anche fornire risposte all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali di tutte le altre persone coinvolte.

Alcuni ritengono che a regolare il ricorso alla *international surrogacy* possa essere uno strumento adottato sotto gli auspici dell'Organizzazione mondiale del lavoro¹⁰⁴. Una regolamentazione costruita «*through the lens of labor rights*»¹⁰⁵, avrebbe il vantaggio di non forzare i legislatori a scegliere una delle due posizioni agli antipodi: riconoscere massima libertà contrattuale in materia o imporre un divieto assoluto per il timore di abusi¹⁰⁶. I limiti di una simile soluzione sono evidenti però se si considera che essa, focalizzandosi esclusivamente sulla necessità di tutela della madre surrogata, non sarebbe in grado di tenere in debita considerazione altre posizioni giuridiche soggettive rilevanti, *in primis* quelle del bambino.

Da molte parti si suggerisce l'opportunità di una regolamentazione simile a quella in materia di adozione internazionale e dunque di uno strumento che stabilisca un quadro di cooperazione internazio-

¹⁰² *Ivi*, 4.

¹⁰³ Per L. LENTI (*op. cit.*, 475) la decisione permetterebbe «di legittimare una sorta di *usucapione dei bambini*, con la conseguenza, inaccettabile, di conferire, benché in modo indiretto, un'aura di legittimazione a condotte di impossessamento di bambini da parte di adulti».

¹⁰⁴ K. BRUGGER, *op. cit.*, 693-696.

¹⁰⁵ Sulla possibilità di una regolamentazione di tale tipo, vedi anche C.A. CHOUDHURY, *The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor*, in *Vanderbilt J. Of Trans. L.*, vol. 48, 2015, 1-65.

¹⁰⁶ J. RIMM, *op. cit.*, 1453.

nale¹⁰⁷, ponendo in particolare l'accento sulla necessità di garanzie sostanziali e procedurali, e che lasci alla diplomazia bilaterale il compito di stabilire una normativa dettagliata¹⁰⁸. Per assicurare un'uniformità nelle due materie, sarebbe in particolare indispensabile che un trattato sulla maternità surrogata sia, al pari della Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale, neutro rispetto a tale pratica, ovvero non ne imponga necessariamente il riconoscimento da parte degli Stati, ma si limiti ad esigere che «before a contract pregnancy arrangement occurs, the two states involved in the arrangement agree to it and the receiving state allows any resulting child to cross its borders and be or become the legal child of the commissioning couple»¹⁰⁹.

Certamente, però, la diversa prospettiva all'origine dei due istituti non può che permeare il dibattito. Non è un caso, infatti, che l'adozione di minori senza famiglia non sia mai stato in sé un istituto controverso, essendo peraltro espressamente previsto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo all'art. 21. In effetti, l'istituto dell'adozione internazionale è concepito per perseguire uno scopo di natura "umanitaria" e da tale logica rimane fuori l'esistenza di una transazione commerciale.

È ancora una volta evidente, allora, che il nodo centrale della questione è la natura *profit* della maggior parte degli accordi di surrogazione: è questo il profilo che, si è visto, solleva problemi di incompatibilità con il diritto internazionale vigente. Tuttavia, non sembra realistico immaginare che un divieto assoluto di maternità surrogata a pagamento possa ottenere un consenso sufficientemente generalizzato, stante il numero crescente di stati per cui il turismo procreativo risulta essere piuttosto lucrativo¹¹⁰. Peraltro uno strumento che non bandisca del tutto la surrogazione a titolo oneroso è da molti visto come il male minore: sarebbe infatti preferibile una normativa volta a contrastare gli abusi, piuttosto che la totale assenza di regole¹¹¹. Anzi, una voce evidenzia come un divieto in materia di *commercial surrogacy* finirebbe per aumentare il mercato nero e la vendita di bambini, oltre che a peggiorare le condizioni di sfruttamento delle madri¹¹².

Su questo punto, tuttavia, pare molto difficile a chi scrive assumere una posizione di apertura. La normativa cui si è fatto riferimento chiaramente milita contro una simile soluzione. È vero che tecnicamente nessuna delle disposizioni citate contiene una norma di *jus cogens*: un trattato dunque ben potrebbe disciplinare il caso specifico della surrogazione come fattispecie distinta da quella vietata dall'art. 2(a) del Protocollo del 2000 e dalla normativa in materia di adozione. Tuttavia gli strumenti citati sono indice di una sensibilità diffusa tra gli Stati, che di fatto informa di sé un *corpus* normativo articolato (non solo in materia di divieto di vendita di bambini e di adozione, ma anche con riferimen-

¹⁰⁷ Lo stesso *Permanent Bureau* insiste sui vantaggi di un sistema di cooperazione: *A preliminary report*, cit., par. 60.

¹⁰⁸ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *op. cit.*, 635.

¹⁰⁹ C. MCLEOD, A. BOTTEREL, *op. cit.*, 221. In questo senso si esprime anche il *Permanent Bureau*, *A preliminary report*, cit., par. 59.

¹¹⁰ D'altro canto, altrettanto scarso successo avrebbe un documento che riconosca, come auspicato da una voce in dottrina, il diritto di utilizzare le proprie capacità riproduttive per trarne beneficio economico: E. STEHR, *International Surrogacy Contract Regulation: National Governments' and International Bodies' Misguided Quests to Prevent Exploitation*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* vol. 35, (2012), pp. 286-287, citato da Y. MARGALIT, *From Baby M to Baby M(anji)* cit., 24, n. 95.

¹¹¹ S. ALLAN, *op. cit.*, 24; M.E. NEAL, *Protecting Women: Preserving Autonomy in the Commodification of Motherhood*, in *Wm. & Mary J. Women & L.*, vol. 17, 2011, 611 ss.

¹¹² Y. MARGALIT, *From Baby M to Baby M(anji)* cit., 23.

to al divieto di commercializzare il corpo umano e sue parti in quanto tali), la cui uniformità merita di essere preservata.

Quello della natura *profit* della pratica rimane dunque un nodo cruciale che difficilmente potrà essere risolto a livello internazionale. Tuttavia, è indubbio che altri aspetti dell'istituto dell'adozione possano fornire una guida per immaginare, almeno a grandi linee, i contorni di una possibile regolamentazione internazionale in materia di surrogazione di maternità. In particolare, sarebbe opportuno che una siffatta normativa regolasse la prestazione di consenso della madre surrogata analogamente a quella del genitore biologico all'adozione: a tal proposito, deve rammentarsi che l'art. 4(c)4 della Convenzione dell'Aja dispone che il consenso della madre biologica all'adozione venga prestato dopo il parto¹¹³. Inoltre un'eventuale normativa internazionale in materia di *surrogacy* dovrebbe per esempio prevedere la valutazione dell'idoneità della coppia a divenire genitori del minore¹¹⁴.

7. Conclusioni

Le recenti sentenze della Corte europea dimostrano che il progresso scientifico, accompagnato dall'accettazione dal punto di vista morale/etico dei suoi risultati da parte di un ampio settore della comunità internazionale, finisce per produrre posizioni giuridiche soggettive che sono fortemente meritevoli di tutela. Tale tendenza genera necessariamente una compressione del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia, anche quando siano oggettive (e almeno in parte condivisibili) le preoccupazioni di bioetica alla base. Occorre riconoscere infatti che un divieto generalizzato ha ragione di esistere, ovvero è probabile che esso sia ammesso dall'intera comunità degli Stati, solo quando vi è ampia condivisione sull'inaccettabilità di una pratica specifica, come avviene, ad esempio, in materia di clonazione umana.

È più che mai opportuna, pertanto, una regolamentazione internazionale in materia di surrogazione di maternità, di cui però è molto difficile immaginare nel dettaglio forma e contenuti. Senza dubbio essa dovrebbe il più possibile tenere in considerazione la rapidità dei progressi scientifici¹¹⁵, anche alla luce del contributo di internet nel rendere più facili queste applicazioni¹¹⁶, e soprattutto mantenere il *focus* sulla tutela dei diritti umani. Se è vero infatti che «the science of assisted reproduction is years ahead of the law» e che tale distanza rende estremamente difficile «to regulate emerging reproductive technologies or to even know where to look for legal answers»¹¹⁷, i diritti fondamentali di tutti gli individui coinvolti debbono rimanere un paradigma irrinunciabile di qualunque tentativo normativo.

¹¹³ Sulla controversa questione della revoca del consenso, qualche riflessione in C. McLEOD, A. BOTTEREL, *op. cit.*, 224-226.

¹¹⁴ *Ivi*, 228-230.

¹¹⁵ Il riferimento è a tecniche di procreazione artificiale (non ancora applicate sull'uomo, ma sperimentate con successo su alcune specie animali) che utilizzano solo due gameti femminili oppure due gameti maschili e una minima parte di DNA mitocondriale femminile: Y. MARGALIT, O. LEVY, J. LOIKE, *The new frontier of advanced reproductive technology: reevaluating modern legal parenthood*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 37, 2014, 108 ss.

¹¹⁶ J. B. REICH, D. SWINK, *Outsourcing Human Reproduction: Embryos & Surrogacy Services in the Cyberprocreation Era*, in *J. Health Care L. & Pol'y*, vol. 14, 2011, p. 241 ss.; L. HIRD CHUNG, *Free Trade in Human Reproductive Cells: A Solution to Procreative Tourism and the Unregulated Internet*, in *Minn. J. Int'l L.*, vol. 15, 2006, 263 ss.

¹¹⁷ E. DAVIS, *The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation*, in *Minn. J. Int'l L.*, vol. 21, 2012, 120 ss.