

Sonia Fernández Sánchez

## Maternità surrogata e prestazioni sociali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizione di maternità surrogata. – 3. Tipologie di gestazione per sostituzione. – 4. Sulla filiazione del minore nato da un accordo di maternità surrogata. – 5. Sulla prestazione di maternità dei genitori intenzionali. – 5.1. La legislazione europea in materia di maternità. – 5.2. La giurisprudenza europea in materia di maternità surrogata. – 5.3. La giurisprudenza degli Stati in materia di prestazioni previdenziali nel caso della maternità per sostituzione. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Il contratto che preveda la gestazione per sostituzione, in diversi paesi tra i quali l'Italia, la Spagna e la Francia, è da considerarsi nullo di pieno diritto<sup>1</sup>. Il Parlamento europeo, dal canto suo, ha stabilito che «ogni forma di maternità per sostituzione sia da respingere», e prevede la punizione di qualsiasi mediazione commerciale avente tale contenuto<sup>2</sup>. Tra gli ordinamenti che abbiamo richiamato sussistono, tuttavia, alcune differenze: mentre in Spagna si è in presenza di un contratto nullo, ma non illegale, in Italia ed in Francia, invece, la surrogazione della maternità è contemplata come reato<sup>3</sup>. Il punto di partenza, in ogni caso, è costituito

<sup>1</sup> In Spagna, l'art. 10, c. 1, l. 26 maggio 2006, n. 14, sulle Tecniche di riproduzione umana assistita, stabilisce che «sarà nullo di pieno diritto il contratto attraverso il quale si accorda la gestazione, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna a favore del contrattante o di un terzo». In Francia, la gestazione per sostituzione è vietata dall'art. 16-7 del *Code civil* quando dispone che «qualsiasi contratto relativo alla procreazione o alla gestazione per conto di un altro sarà nullo» (introdotto dalla l. 29 luglio 1994, n. 653, relativa al rispetto del corpo umano). *Vid.*, L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KIN, C. MARZO e J. McCANDLESS, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, Direzione generale delle politiche interne, Parlamento europeo, 2013.

<sup>2</sup> Risoluzione A 2-372/88, del 16 maggio 1989.

<sup>3</sup> L'art. 227-12 del Codice penale francese punisce la surrogazione di maternità con la pena di sei mesi di prigione e multa di euro 15.000 per chi intermedie tra una persona o

dal fatto che il contratto è considerato nullo. Oltre a ciò, occorre tener presente che, in tutti e tre i paesi, la maternità è determinata dal fatto di partorire<sup>4</sup>, indipendentemente dalla coincidenza genetica tra madre e neonato. Ciò comporta che, grazie alle tecniche di riproduzione assistita, la donna che partorisce possa non aver apportato il proprio materiale genetico al neonato, che l'ovulo possa appartenere ad un'altra donna. Sostanzialmente, per quanto riguarda la figura materna, è ancora valido il tradizionale aforismo romano: *mater semper certa est, pater numquam*<sup>5</sup>. Il padre è chi apporta il proprio materiale genetico, cioè il padre biologico. Anche nel caso della paternità, tuttavia, è ancora valido l'aforismo romano secondo il quale: *pater est, quem nuptiae demonstrant*<sup>6</sup>. Nel senso che la condizione di coniuge o di compagno della donna che partorisce determina la presunzione che si tratti del padre del neonato. Tale aforismo, tuttavia, non può trovare applicazione nel caso della maternità surrogata. In questo caso, infatti, ai fini della determinazione della paternità, sarà irrilevante il fatto che la moglie o la compagna abbia partorito e, ai fini della determinazione della paternità, sarà invece decisivo stabilire se chi rivendica la paternità, come si vedrà, sia, o meno, il padre biologico.

Il problema giuridico si pone per il fatto che in diversi altri paesi<sup>7</sup> è consentito ricorrere alla gestazione per sostituzione. Le coppie che non

coppia e una donna che accetti di portare in grembo un bambino allo scopo di rinunciare alla filiazione una volta nato. In Italia, la pratica è espressamente vietata dall'art. 12, c. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, che commina la reclusione tra tre mesi a due anni e la multa da euro 600.000,00 a un milione di euro a «chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità».

<sup>4</sup> Previsto in Spagna dall'art. 10, c. 2, l. 26 maggio 2006, n. 14. Invece, Italia non ha una norma espressa che faccia riferimento al parto per determinare la maternità. Tuttavia, si tratta di una regola non scritta radicata nell'esperienza comune e tanto solida da non richiedere un'espressa proclamazione. Il sistema legale italiano condiziona l'attribuzione della qualità di madre alla certificazione di parto (art. 18, r.d.lgs. n. 2128/1936, adesso attestazione di avvenuta nascita dell'art. 30.2, d.P.R. n. 396/2000).

<sup>5</sup> Digesto 2.4.5. Paulo, libro IV.

<sup>6</sup> Digesto 2.4.5. Paulo, libro IV.

<sup>7</sup> Nell'ambito europeo, determinati paesi ammettono la maternità surrogata soltanto quando è altruista e sotto alcuni requisiti e condizioni, com'è il caso del Regno Unito (*Surrogacy Arrangements Act 1985*, modificata dal *Human Fertilization and Embryology Act 2008* che permette la filiazione del minore rispetto delle persone legate per una unione civile registrata dello stesso sesso). Altri paesi dove si ammette la gestazione per sostituzione senza fini commerciali sono: Canada, Brasile, Messico, Israele, Grecia, Australia, Sudafrica e Nuova Zelanda. Invece, in Stati come la Georgia, l'Ucraina, l'India, la Russia ed in alcuni Stati degli Stati Uniti, questa figura è ammessa con fini lucrativi. Si può vedere,

possono procreare, per infertilità o per altre cause d'impossibilità, come nel caso delle coppie omosessuali, e che desiderano avere un figlio, possono ricorrere all'opera di un'altra donna che, a titolo gratuito o oneroso, si offre di portare avanti la gestazione rinunciando ad esercitare qualsiasi diritto in qualità di madre. Il fatto che in taluni Stati sia consentita tale pratica, provoca il trasferimento temporaneo verso tali Stati da parte di persone residenti in paesi dove tale pratica sia vietata, o sottomessa a forti restrizioni.

Si tratta di un «turismo riproduttivo o procreativo» che consente il ricorso all'accordo di maternità surrogata ed alle conseguenti tecniche di maternità assistita a persone che, nel proprio paese, non potrebbero ricorrere a tale pratica. Non può sfuggire il fatto che tale tipo di «turismo», a causa dei suoi costi elevati, è consentito soltanto alle persone che se lo possano permettere economicamente. Né può trascurarsi il fatto che tale pratica comporta il rischio di sfruttamento nei confronti di donne che vivono in paesi poveri, elemento che fonda gli impedimenti morali presenti nei paesi dove tali pratiche non sono ancora ammesse legalmente. Infine, il turismo procreativo da l'idea che la riproduzione umana possa essere oggetto di commercio (*baby business*)<sup>8</sup>, decisamente rifiutato da chi lo considera «la commercializzazione di un atto che non può, in nessuno dei casi, valutarsi di forma commerciale, com'è prima la gestazione di un embrione, di un feto dopo ed, infine, di un bambino»<sup>9</sup>. Al fondo sta l'idea, già affermata nel diritto romano, che il corpo umano sia da considerarsi una *res extra commercium*. Di conseguenza, la gestazione per sostituzione, almeno quando effettuata a titolo oneroso, viene considerata come contraria alla dignità umana della donna, in quanto permette lo sfruttamento dell'utero ai fini di lucro, e come degradante per il bambino, in quanto la sua nascita è frutto di uno scambio di denaro<sup>10</sup>.

E. LAMM, *Gestión por sustitución*, in *Revista para el análisis del derecho*, INDRET, n. 3, 2012, p. 19. Sulla possibilità di retribuire i servizi alle madri gestanti si può vedere: J. WATSON, *Growing a baby for sale or merely renting a womb: should surrogate mothers be compensated for their services?*, Whittier J. Child & Fam. Advoc., 2006-2007, p. 529 ss.

<sup>8</sup> E. LAMM, *Gestión por sustitución*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>9</sup> S. MONTERO, *Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad*, in *Revista AFIN*, n. 66, 2014, pp. 5-6.

<sup>10</sup> La realtà dimostra che le persone che ricorrono alla tecnica di maternità surrogata, in genere, vanno ai paesi che hanno una legislazione meno garantista e dove tale tecnica si è

Dal punto di vista giuridico, all'interno dei nostri ordinamenti, il problema si pone quando i genitori intenzionali, coloro che hanno ottenuto un figlio in un altro Stato ricorrendo ad un accordo di gestazione per sostituitone, fanno rientro nello Stato d'origine e si trovano di fronte al problema del riconoscimento della filiazione legale o dell'iscrizione anagrafica. Si tratta di un problema che riguarda, principalmente, il diritto internazionale privato. Tuttavia, interessa anche il diritto previdenziale, in relazione alla conciliazione della vita familiare e lavorativa e delle prestazioni previdenziali per maternità a favore dei lavoratori. Tant'è che taluno dei casi giurisprudenziali che saranno esaminati, hanno avuto origine proprio dalla richiesta delle prestazioni a favore della madre lavoratrice non biologica. I casi illustrati in questo lavoro faranno riferimento soprattutto alla giurisprudenza della Corte di cassazione spagnola che, a sua volta, è ispirata alle decisioni della Corte europea dei diritti umani. Corte che è ritornata più volte sull'argomento dando l'impressione di un radicale mutamento di rotta, proprio in riferimento ad una vertenza riguardante lo Stato Italiano la cui decisione di sottrarre alla coppia un bambino nato all'estero grazie alla maternità surrogata, è stata in un primo tempo censurata e, successivamente ritenuta legittima. Il caso, come meglio si vedrà, riguardava una coppia di cittadini italiani che avevano ottenuto un riconoscimento di paternità all'estero, in Russia, a seguito di una pratica di maternità surrogata, e che avevano chiesto il riconoscimento della paternità in Italia.

## 2. Definizione di maternità surrogata

Con l'espressione «maternità surrogata» o «ventre in affitto» si fa riferimento alla situazione nella quale una donna offre il proprio ventre per la gestazione di un feto, con l'impegno che, una volta dato alla luce, la donna gestante rinunci ad ogni diritto sul bambino che dovrà risultare figlio della coppia o della persona con la quale ha sottoscritto l'accordo. Il rapporto *Warnock* (Regno Unito)<sup>11</sup> definisce la maternità surrogata come

convertita in un importante negozio, come gli Stati Uniti o l'India. B. GIMENO, *Vientres de alquiler, no es tan sencillo*, in *Revista Tránsversales*, n. 22, 2011.

<sup>11</sup> Si tratta del Rapporto realizzato in 1984 dalla Commissione di ricerca su fecondazione ed embriologia umana la cui presidente fu la filosofa Mary Warnock. Tale Rapporto

«la pratica mediante la quale una donna porta nel suo ventre un bambino per un'altra donna con l'intento di darglielo dopo la nascita». Si tratta, in definitiva, di una tecnica di gestazione per sostituzione sorretta da un contratto, a titolo gratuito o oneroso, che disciplina i diritti e i doveri delle parti stipulanti.

Il fenomeno non è moderno. La possibilità di delegare ad un'altra donna la procreazione del proprio figlio, nel caso di sterilità del coniuge, è descritta già nella Bibbia. Sara, impossibilitata ad aver figli, consentirà che sia la sua schiava a generare il figlio di Abramo. Giacobbe ebbe due figli dalla schiava della moglie Rachele. In tal caso, «la surrogazione si fonda sugli *status* del patriarca, della patriarca, dell'ancella; quest'ultima è parte della famiglia su cui si esercita il potere patriarcale; e al patriarca partorisce, in un contesto sostanzialmente poligamico che prevede un privilegio materno della propria sposa, sulle cui ginocchia viene deposto il figlio della serva»<sup>12</sup>. La surrogazione, storicamente, non si fondava sul libero accordo delle parti. Nei casi descritti dalla Bibbia, la serva partoriva il figlio del patriarca con il consenso della moglie legittima sterile. In altri casi, si trattava di un rimedio per assicurare agli uomini una discendenza, come nel caso della pratica esistente tra i romani che cedevano la propria moglie ad un amico o fratello sposato con una donna sterile<sup>13</sup>. La moderna surrogazione, invece, si fonda sul libero accordo delle parti e dove grazie alle tecniche di fecondazione non c'è più bisogno di «cedere la donna» come nel mondo romano.

La madre surrogata, per un verso, si impegna a sottoporsi alle pratiche di fecondazione artificiale ed a condurre la gravidanza sino al termine e, per altro verso, a rinunciare a qualsiasi diritto genitoriale nei confronti del nascituro. Ciò consente che il committente, od i committenti, possano acquisire la potestà genitoriale. Il committente, od i committenti, garantiscono alla gestante di farsi carico delle spese che comportano la gravidanza e il parto. Oltre a ciò, nel caso che la gestante abbia dovuto limitare la propria attività lavorativa per portare a termine la gravidanza, si faranno carico anche dell'eventuale mancato guadagno. Infine, è

aveva come oggetto determinare lo *status* degli embrioni concepiti artificialmente e trovare una giustificazione per permettere la loro manipolazione durante un determinato periodo di tempo.

<sup>12</sup> P. ZATTI, *La surrogazione della maternità*, in *Questione Giustizia*, 1999, p. 826.

<sup>13</sup> I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 6.

possibile che la gestante, in cambio della propria prestazione, percepisca un corrispettivo. La distinzione tra gli accordi a titolo gratuito e quelli a titolo oneroso è rilevante posto che le legislazioni in materia, ove presenti, possono ritenere nulli in ogni caso gli accordi di maternità surrogata, oppure possono ritenere legittimi soltanto quelli stipulati a titolo gratuito o, infine, possono consentire che il contratto di maternità surrogata possa essere stipulato anche a titolo oneroso.

Vista la pluralità di fattispecie che, spesso, vengono accomunate sotto il nome di maternità surrogata, va chiarito che, a nostro avviso, si ha maternità surrogata soltanto quando il nuovo nato possieda il patrimonio genetico della persona che affida la gestazione ad un'altra donna (ovulo o spermatozoi). Le tecniche moderne, almeno per quanto riguarda il padre, consentono quindi di superare l'aforismo romano della presunzione di paternità. Nel caso cui si è fatto cenno in apertura, quello della coppia italiana che chiedeva il riconoscimento della paternità di un figlio dato alla luce, in Russia, con la tecnica della maternità surrogata, ad esempio, a nostro avviso non rientra nell'ambito della maternità surrogata poiché si è potuto accertare che il bambino non possedeva alcun rapporto genetico con la persona che rivendicava la paternità.

Il caso della persona che rivendichi il riconoscimento di paternità o maternità nei confronti di un nato a seguito di gestazione per sostituzione in assenza di relazione genetica con il nascituro, infatti, non ha niente a che fare con la maternità surrogata e va piuttosto inquadrato nella fattispecie dell'adozione.

### 3. Tipologie di gestazione per sostituzione

La maternità surrogata può essere oggetto di diversa disciplina in funzione della partecipazione di materiale genetico da parte dei genitori intenzionali, del fatto che sia una coppia a ricorrere a tale contratto o che, invece, si tratti di un solo committente, in genere di sesso maschile.

Innanzitutto, si ha la c.d. «surrogazione parziale» nel caso che la donna che affitta il proprio ventre sia inseminata artificialmente dallo sperma di uno dei contraenti, coppia omosessuale, eterosessuale o un singolo uomo. In tal caso, la donna che porta in grembo il bambino e partorisce, dovrebbe essere considerata anche madre biologica a tutti gli effetti, in quanto l'ovulo è proprio. Si parla, invece, di «surrogazione pie-

na» nel caso che di una fecondazione in vitro mediante la quale viene trasferito nel grembo della madre surrogata l'embrione concepito con il materiale genetico della coppia contrattante o di altri donanti<sup>14</sup>. Sulla base di queste tipologie emergono diversi tipi di rapporti di maternità, paternità e filiazione in funzione del fatto che i genitori intenzionali partecipano «biologicamente» nella formazione dell'embrione<sup>15</sup>. Ribadiamo che, a nostro avviso, se almeno uno dei due genitori intenzionali non partecipa alla fecondazione in vitro con proprio materiale, non siamo in presenza di un caso di maternità surrogata.

L'articolazione in differenti fattispecie è rilevante, almeno per alcuni ordinamenti. La legge spagnola, ad esempio, dissocia gli aspetti contrattuali dei relativi alla filiazione e consente l'esercizio dell'azione di paternità al padre biologico nel rispetto delle regole generali in materia di filiazione<sup>16</sup>. Nello stesso senso, una circ. del Ministero della giustizia francese del 2013, il cui valore è stato confermato dal Consiglio di Stato<sup>17</sup> impone ai giudici il riconoscimento della cittadinanza francese ai bambini nati all'estero con la tecnica della gestazione per sostituzione, a condizione che il padre intenzionale francese sia anche quello genetico<sup>18</sup>.

Nei paesi nei quali la pratica della maternità surrogata è riconosciuta, è anche differentemente disciplinata a seconda delle fattispecie elencate ed a seconda che si tratti di accordo a titolo oneroso o a titolo gratuito. Nei paesi dove tale pratica non è consentita, quelli che ci interessano più da vicino, il caso si presenta, normalmente, quando viene

<sup>14</sup> S. MONTERO, *Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad*, op. cit., p. 12.

<sup>15</sup> 1. Maternità e paternità genetica della coppia committente e maternità non biologica della donna gestante; 2. Maternità e paternità genetica della coppia committente e maternità biologica della donna che presta il suo ventre; 3. Maternità e paternità non genetica della coppia committente e maternità biologica della donna gestante; 4. Maternità e paternità non genetica della coppia committente e maternità biologica della madre gestante; 5. Maternità non genetica e paternità genetica della coppia committente e maternità genetica della donna che presta il suo ventre.

<sup>16</sup> Il comma terzo dell'art. 10, l. n. 14/2004.

<sup>17</sup> Circolare disponibile in: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/JUSC1301528C.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf).

Conseil d'Etat, 12 décembre 2014. *Vid.*, C. LENGREND e A. PLANCHARD, *Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger?*, in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2 février 2015. URL: <http://revdb.revues.org/1054>; DOI: 10.4000/revdb.1054.

<sup>18</sup> E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 208-209.

richiesta all'ufficio dell'anagrafe l'iscrizione di un minore nato all'estero con la tecnica della maternità surrogata.

Il principio comune agli ordinamenti di Italia, Spagna e Francia è quello di riconoscere la paternità al padre biologico e di consentire alla compagna donna o al compagno maschile che non abbia partecipato biologicamente nella formazione dell'embrione di poter adottare il bambino.

#### 4. Sulla filiazione del minore nato da un accordo di maternità surrogata

In principio, in Italia, Spagna e Francia, nel caso di richiesta di iscrizione nei registri anagrafici di minori nati a seguito di un contratto di gestazione per sostituzione (anche nel caso che il contratto, la gestazione e la nascita siano avvenuti in un paese dove tale pratica è consentita) l'iscrizione viene negata. Il rifiuto è giustificato dal fatto che tale iscrizione sarebbe contraria all'ordine pubblico.

Tuttavia, in questi casi, non si pone tanto un problema di determinazione del diritto sostanziale applicabile quanto della validità di provvedimenti di Stati esteri che riconoscono il rapporto di filiazione a cittadini che ricorrono alla maternità surrogata in Stati dove ciò è ammesso. In Spagna, già nel 2009, con una decisione ritenuta «avanguardista ed audace»<sup>19</sup>, la Direzione generale dei registri e del notariato ha emanato una risoluzione<sup>20</sup> che consentiva l'iscrizione del bambino nello stato di famiglia (cioè all'anagrafe) in presenza di una documentazione estera che lo riconosca, ammettendo tale titolo quale elemento sufficiente per il riconoscimento. Il caso ha provocato una levata di scudi quasi unanime da parte della dottrina<sup>21</sup>. Effettivamente, la decisione era criticabile anche

<sup>19</sup> A. CALVO CARAVACA e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, n. 2, 2009, pp. 294-319.

<sup>20</sup> Risoluzione della Direzione generale dei registri e del notariato del 19 febbraio 2009, RJ 2009/1735.

<sup>21</sup> Tra gli altri, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, in *Anuario Español de Derecho internacional privado*, tomo X, 2010, pp. 347-354; J.M. ESPINAR VICENTE, *Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y*



in considerazione del fatto che un'identica fattispecie che si fosse verificata all'interno del territorio nazionale avrebbe comportato il rifiuto di iscrizione nel registro, sulla base della normativa nazionale in materia di filiazione. La Risoluzione, in ogni caso, ha avuto vita breve: a seguito di una sentenza del Tribunale di Valencia<sup>22</sup>, l'anno seguente, è stata annullata dal Ministero di giustizia.

Successivamente a tale annullamento, appena qualche giorno dopo, la Direzione ha emanato una «istruzione» contenente criteri per la registrazione della filiazione dei nati a seguito di gestazione per sostituzione<sup>23</sup>. Tale «istruzione» consente l'iscrizione all'anagrafe spagnola di un rapporto di filiazione derivata da una gestazione per sostituzione avvenuta all'estero, in presenza di una risoluzione giudiziale di un tribunale competente del paese dove sia stata praticata la maternità surrogata<sup>24</sup>. Di conseguenza, in Spagna, per poter iscrivere il minore all'anagrafe è richiesto un provvedimento dell'autorità giudiziaria dello Stato estero che riconosca il rapporto di filiazione. Non sono ammessi strumenti alternativi, quali l'autocertificazione accompagnata da una certificazione medica. Le finalità del provvedimento sono molteplici. Innanzitutto, si vuol garantire una completa protezione giuridica del minore mediante tre strumenti: vengono approntati gli strumenti necessari per poter registrare il rapporto di filiazione nel caso che uno dei genitori intenzionali sia cittadino spagnolo; si cerca di evitare che con l'iscrizione possa darsi apparenza di legalità a fattispecie che potrebbero nascondere casi di traffico internazionale di minori; infine, viene garantito il diritto del minore a conoscere la propria origine biologica. Il secondo degli obiettivi, in particolare, è volto ad assicurare la protezione delle donne che si prestano alla

*el amparo a los actos en fraude de ley*, in *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Bubiés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 589-604, spec., pp. 589-599; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

<sup>22</sup> Sent. Trib. prima istanza n. 15 di Valencia 15 settembre 2010.

<sup>23</sup> Istruzione della Direzione generale dei Registri e del Notariato del 5 ottobre 2010, pubblicato nel BOE n. 243 del 7 ottobre 2010.

<sup>24</sup> Occorre tener conto del fatto che in alcuni paesi dove ammettono la gestazione per sostituzione, ai fini dell'iscrizione, è richiesta una preventiva risoluzione giudiziale, come in California, ma in altri paesi non solo non è richiesto un atto giudiziale, ma non è necessario indicare neppure che la nascita è avvenuta a seguito di una gestazione per sostituzione, come Russia, India e Ucraina. Di conseguenza, al bambino vien impedito di conoscere la propria origine biologica e non è possibile verificare se il consenso della donna gestante sia stato libero.

gestazione per sostituzione, garantendo che il consenso sia totalmente libero e che la pratica non nasconda un'ipotesi di sfruttamento della donna.

Questa Istruzione è stata superata di fatto, qualche anno più tardi, a seguito di una sentenza della Cassazione spagnola del 6 febbraio 2014. La Cassazione ribadisce che la gestazione per sostituzione comporta una tecnica non ammessa nell'ordinamento giuridico e, per tanto, non è possibile riconoscerne degli effetti. La Sala sociale, tuttavia, prende atto della possibilità di determinare «correttamente» la filiazione di questi minori attraverso i mezzi ammessi nell'ordinamento giuridico spagnolo, cioè attraverso il riconoscimento della paternità biologica ed attraverso l'adozione da parte dell'altro membro della coppia. Secondo la Corte, anche in questo modo viene protetto l'interesse dei minori posto che consente la fissazione dei rapporti paterno-filiali attraverso la determinazione della filiazione biologica paterna e la formalizzazione dei rapporti familiari di fatto mediante l'adozione. In tal modo, viene protetta l'unità familiare dove si trovano i minori nati a seguito di un contratto di maternità surrogata, ma tutto ciò avviene nel rispetto della legislazione dello Stato nazionale al quale viene richiesta l'iscrizione anagrafica del minore.

Sull'argomento è intervenuta anche la Corte europea di diritti umani, con due sentenze<sup>25</sup> che incidono sugli ordinamenti interni degli Stati membri in materia di gestazione per sostituzione. Le sentenze della Corte europea sono incentrate sull'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza (c. 1). Non può esservi ingerenza di un'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 (c. 2)». Osserva la Corte che la mancanza di iscrizione nei registri anagrafici ha conseguenze in materia di cittadinanza e di diritti ereditari. La Corte europea, in particolare, opera una distinzione tra gli

<sup>25</sup> CEDU, 16 giugno 2014, assunto 65192/11, *Mennesson c. Francia*, lo stesso giorno la CEDU risolve sull'assunto 65941/11, *Labasse c. Francia*, e CEDU, 27 gennaio 2015, assunto *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

aspetti relativi alla vita familiare dei genitori intenzionali e gli aspetti relativi al diritto alla vita privata, limitatamente al rapporto con i figli.

La prima delle sentenze ha origine in Francia: ad una coppia di omosessuali è stata riconosciuta la paternità di due gemelli nati in California con la tecnica della maternità surrogata, sulla base di una risoluzione estera che riconosce la paternità ad entrambi. Secondo la Corte di cassazione francese si tratta di un atto posto in essere in frode alla legge, posto che in Francia, il contratto, e quindi i suoi effetti, sarebbero contrari all'ordine pubblico. Lo Stato francese non riconosce il rapporto di filiazione certificato dalla risoluzione dello Stato di California con la conseguenza che i due gemelli, in Francia, si troverebbero in una sorta di «limbo» giuridico.

La seconda sentenza, di cui già si è fatto cenno, riguarda lo Stato italiano ed è quella del minore sottratto ai genitori intenzionali che erano ricorsi alla maternità surrogata in Russia e dato in adozione.

La Corte europea, pur prendendo atto del fatto che la materia implica i portanti aspetti etici e che non vi è unanimità di interpretazione tra gli Stati, tuttavia, considerando che la filiazione costituisce «un aspetto dell'identità essenziale dei bambini» ritiene che i margini di attuazione consentiti agli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, siano ristretti<sup>26</sup> e, di conseguenza, relativamente a tali decisioni, «condanna» sia lo Stato francese che quello italiano.

La Corte europea ritiene che le leggi nazionali debbano prestare particolare attenzione all'interesse superiore del minore. Il mancato riconoscimento del vincolo di filiazione con i genitori intenzionali avrebbe quale effetto la distruzione della loro vita familiare. La mancanza di riconoscimento della filiazione, peraltro, provoca una serie di incertezze sulla cittadinanza dei bambini, sui diritti di successione, oltreché sulle prestazioni di carattere sociale riconosciute ai genitori.

La Corte europea, in sostanza, afferma che il mancato riconoscimento della filiazione, in caso di gestazione per sostituzione non consentita dallo Stato per motivi di ordine pubblico, non possa prevalere sull'interesse, superiore, del minore. Almeno nelle fattispecie prese in considerazione, gli Stati, in caso di maternità surrogata, non possono opporre

<sup>26</sup> J. FLORES RODRÍGUEZ. *Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa: Comentario a la STEDH*, in *Diario La ley*, n. 8363, 28 luglio 2014, p. 5.

motivi di ordine pubblico, o meglio, l'interesse del minore, nei casi di maternità surrogata, prevale rispetto all'ordine pubblico.

Nel caso francese, in particolare, si sottolinea il fatto che il mancato riconoscimento della filiazione di un minore, indipendentemente dalle modalità del concepimento e della gestazione, costituisce un attentato alla sua dignità, lo priva di un'identità propria e lo colloca in una situazione di incertezza giuridica. Nel caso italiano, la Corte sottolinea come le misure adottate dallo Stato italiano siano da considerarsi estreme e sproporzionate.

La Corte europea, evidentemente, non affronta il tema, etico, della maternità surrogata. Non ne avrebbe neppure le competenze, visto che deve limitarsi a verificare se gli Stati abbiano correttamente applicato la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ed in particolare l'art. 8, che, dopo aver sancito il diritto al rispetto della vita privata, limita il potere di ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto.

Le decisioni, e in particolare quella riguardante il caso italiano, che come si vedrà sarà poi ribaltata dalla Grande Camera della Corte europea<sup>27</sup>, sono sostanzialmente giustificate dalla prevalenza dell'interesse del minore, anche a seguito di un inserimento *de facto* nella famiglia del minore. La Grande Camera, tuttavia, nel ribaltare la prima sentenza relativa al caso italiano, sembra accogliere una nozione «ristretta» di maternità surrogata.

Occorre, a questo punto, richiamare alcune peculiarità del caso italiano. La coppia, come si è detto, si era recata in Russia per la pratica della maternità surrogata e, dopo la nascita del bambino, l'autorità russa aveva certificato il rapporto di filiazione tra la coppia e il bambino.

La coppia, in prima istanza, pretendeva, semplicemente, la trascrizione del certificato nell'anagrafe italiana. Tuttavia, sulla base di una segnalazione, era stato inequivocabilmente accertato che il bambino non possedeva alcuna relazione genetica né con la madre né con il padre intenzionale. La procreazione, in altri termini era stata portata a termine senza far ricorso né all'ovulo della madre intenzionale né al liquido seminale del padre intenzionale. La coppia italiana, peraltro aveva versato una rilevante cifra, circa 50.000 euro, per l'operazione. Tali elementi avevano indotto il Tribunale italiano a non trascrivere il certificato, nonostante tale pratica,

<sup>27</sup> Grand Chamber, ECHR, case of Paradiso and Campanelli v. Italy, Application n. 25358/12, 24 January 2017.

in Russia, risultasse regolare e ad allontanare il bambino dalla famiglia nella quale era inserito da alcuni mesi. Il caso, secondo tale decisione, andava inquadrato come adozione e, nello specifico, come adozione irregolare.

La Corte di giustizia europea, come si è detto, senza entrare nel merito della maternità surrogata, aveva condannato l'Italia tenendo conto dell'inserimento *de facto* del bambino nella nuova famiglia. Anche la Grande Camera segue lo stesso percorso ma, nel momento di decidere se il periodo di tempo trascorso dal bambino nella famiglia (circa 15 mesi totali) potesse aver determinato un inserimento *de facto* e, conseguentemente, far prevalere l'interesse del bambino di evitare l'impatto negativo che gli deriverebbe da una separazione immediata ed irreversibile, giunge alla conclusione opposta. Lo fa proprio tenendo conto di un elemento che, a nostro avviso, rivela l'orientamento della Grande Camera in materia di maternità surrogata.

La Grande Camera, infatti, nel passare in rassegna i precedenti specifici, dopo aver indicato alcuni casi di convivenza assai più lunga, non può evitare di far riferimento ad un caso nel quale la Corte aveva ritenuto la coabitazione di appena due mesi con i genitori intenzionali (prima della separazione provvisoria di un bambino nato in Ucraina da madre surrogata), sufficiente a costituire vita familiare protetta dall'art. 8 della Convenzione<sup>28</sup>.

Tuttavia, afferma la Grande Camera, «in quel caso esisteva un legame biologico tra il bambino ed almeno uno dei genitori [...]»<sup>29</sup>. Come si vede, la Grande Camera sembra aderire all'idea che possa parlarsi di maternità surrogata soltanto nel caso dell'esistenza di un legame biologico con almeno uno dei genitori. Pertanto, rovesciando la decisione della Corte di giustizia, conclude nel senso che «consentire di lasciare il bambino con i richiedenti, probabilmente nell'ottica che essi diventerebbero suoi genitori adottivi, significherebbe legalizzare una situazione da essi creata in violazione di una importante legislazione del diritto italiano». Anche la Grande Camera, in definitiva, esclude che si sia in presenza di un caso di maternità surrogata e inquadra la fattispecie nell'adozione.

<sup>28</sup> Cour européenne des droits de l'homme, affaire D. et autres c. Belgique (req. 29176/13), 30 Janvier 2014.

<sup>29</sup> Grand Chamber, ECHR, case of Paradiso and Campanelli v. Italy, Application n. 25358/12, 24 January 2017.

Le decisioni della Corte europea, in definitiva, suggeriscono l'esigenza che gli Stati si dotino di una legislazione equilibrata che tenga nel dovuto conto gli interessi del bambino, data la sua particolare vulnerabilità<sup>30</sup>.

La Conferenza dell'Aia, nel 2015 ha trattato il tema degli accordi di surrogazione internazionali<sup>31</sup> analizzando le sentenze relative alla maternità surrogata della Corte europea di diritti umani. È da tempo che la Conferenza si preoccupa dei problemi che può generare la gestazione per sostituzione nei paesi dove questa è vietata e sembra che consideri necessario definire un quadro di azione multilaterale con lo scopo di proteggere il minore ed evitare lo sfruttamento della donna.

## 5. Sulla prestazione di maternità dei genitori intenzionali

### 5.1. La legislazione europea in materia di maternità

«La famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato». Così recita il c. 3 dell'art. 16 della Dichiarazione universale di diritti dell'uomo. Per quanto riguarda la maternità, all'art. 25.2, stabilisce che «la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure e assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di essi, devono godere della stessa protezione sociale». La formulazione della norma, di carattere generale ed onnicomprensiva, consente una interpretazione estesa, tale da ricomprendere anche la maternità per surrogazione e i bambini nati da maternità surrogata.

L'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al comma 1, garantisce «la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale», e prosegue affermando che «al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parenta-

<sup>30</sup> Una «vecchia dichiarazione» del 1989 prevedeva un divieto, ma in casi eccezionali consentiva agli Stati di ammettere la maternità surrogata a patto che la pratica fosse gratuita e che la madre di sostituzione potesse decidere, dopo la nascita, di tenersi il bambino.

<sup>31</sup> Conferenza dell'Aia su Diritto internazionale privato (2015): *The Parentage / Surrogacy Project: an updating not* (Prel. Doc. n. 3A of February 2015).

le dopo la nascita o l'adozione di un figlio». Anche questa norma è specificamente dettata a protezione della maternità. Non fa alcun esplicito riferimento alla maternità surrogata, ma neppure esclude che tali diritti e prestazioni possano essere riferiti al caso della maternità surrogata. La norma, in particolare, indica il diritto ad un «permesso dopo la nascita». È evidente che, indipendentemente dal fatto che la gestazione sia stata portata a termine da una madre surrogata, ciò che fa sorgere il diritto, in ogni caso, è la nascita del bambino. Perché sorga tale diritto non è necessario che la norma indichi esplicitamente tale tecnica.

La dir. n. 92/85/CEE 19 ottobre 1992, che prevede misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodi di allattamento, non può, invece, applicarsi alla madre intenzionale per il semplice motivo che quest'ultima non potrà mai trovarsi in una delle condizioni indicate dalla norma: la madre intenzionale, in una gestazione per sostituzione, non è mai incinta. Per la verità, con esclusivo riferimento al periodo di allattamento, potrebbe darsi il caso che sia la madre intenzionale a trovarsi nelle condizioni previste dalla norma. Tuttavia, a parte il fatto che si tratta di un'ipotesi astratta, occorre tener conto del fatto che la direttiva non protegge situazioni di maternità non biologiche, come sono l'adozione o l'accoglienza, che vengono invece riconosciute dagli Stati membri. In Spagna e in Italia, ad esempio, all'accoglienza e all'adozione vengono riconosciuti gli stessi diritti riservati alla maternità biologica o naturale. Sia i genitori biologici o naturali che quelli che accolgono o adottano un bambino sono, infatti, beneficiari delle stesse prestazioni previdenziali e assistenziali. In linea di principio, pertanto, non esiste alcun impedimento all'attribuzione nel caso della maternità surrogata degli stessi diritti previdenziali stabiliti per la maternità naturale o adottiva.

## 5.2. La giurisprudenza europea in materia di maternità surrogata

Il tema della maternità surrogata è stato affrontato dalla Corte di giustizia europea con due sentenze. In entrambe le occasioni, la Corte non ha riconosciuto il diritto ad usufruire del permesso di maternità<sup>32</sup>. Il diritto

<sup>32</sup> Corte giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12 e causa C-167/12.

della madre intenzionale, secondo quanto stabilito dalla Corte, non trova protezione dalla dir. n. 92/85/CEE per il semplice fatto che la madre intenzionale non è stata incinta e non ha partorito. Il fatto che tale fattispecie non trovi protezione nell'ambito dell'Ue non impedisce, evidentemente, che gli Stati possano applicare al loro interno una disciplina più favorevole di quella stabilita dalla Direttiva.

La Corte europea, per la verità, ha affrontato il tema anche sotto un altro profilo. Si è chiesta se il diniego della prestazione di maternità, in questi casi, possa configurare una discriminazione, diretta o indiretta, per ragioni di sesso, alla luce della dir. n. 2006/54/CEE relativa all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Anche sotto questo profilo, tuttavia, la Corte giunge alla conclusione che non esista discriminazione. Non esiste discriminazione di genere, secondo la Corte, per il fatto che il diniego del permesso di maternità, nel caso di maternità per surrogazione, riguarda indifferentemente sia il lavoratore che la lavoratrice.

È stato anche osservato che la madre intenzionale ricorre alla gestazione per sostituzione in quanto affetta da una malformazione che le impedisce di rimanere incinta o di portare a termine con successo una gravidanza. Non riconoscerle il diritto alla prestazione per maternità, di conseguenza, potrebbe essere considerata una discriminazione per invalidità. Ma la Corte ha precisato che la dir. n. 2000/78/CEE protegge l'invalidità che può causare impedimento nell'ambito lavorativo, ma l'impossibilità di rimanere incinta non impedisce lo sviluppo professionale della madre intenzionale<sup>33</sup>.

In conclusione, la Corte di giustizia europea afferma che il diniego nella concessione del permesso di maternità in caso di gestazione per sostituzione non configura discriminazione per motivi di sesso né per ragioni di invalidità. Le decisioni assunte dal giudice europeo, nell'ambito della legislazione vigente, appaiono corrette. La Corte, ovviamente, non entra nel merito della liceità o meno della maternità surrogata, si limita a valutare se sussista un'ipotesi di discriminazione in caso di diniego della prestazione di maternità di fronte ad una maternità surrogata. Almeno per quanto riguarda il diritto alle prestazioni previdenziali in caso di

<sup>33</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *La jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión europea*, in *Revista jurídica de Catalunya*, n. 3, 2014.



maternità surrogata, altro non potrebbe fare, tenendo conto anche del fatto che l'Ue non ha competenza in materia di previdenza sociale.

Tuttavia, proprio per quanto si è detto, la portata della giurisprudenza europea in materia non può essere sopravvalutata. Un giudice nazionale, ad esempio, «non potrebbe fondare il rifiuto alla richiesta di prestazione della madre intenzionale basandosi nella sentenza della Corte di giustizia europea che ha risolto sull'assunto 167/12»<sup>34</sup>. La decisione di riconoscere le prestazioni sociali relative alla maternità anche alla madre intenzionale, in altri termini, è demandata alla discrezionalità degli Stati.

I presentatori dei ricorsi dinanzi alla Corte di giustizia europea, probabilmente, speravano che Europa potesse vedere «con buoni occhi» la gestazione per sostituzione. Ma una soluzione in tal senso potrebbe derivare solo da una riforma della dir. n. 92/85/CEE, nel senso di «includere la regolamentazione dei ventri in affitto e, allo stesso tempo, prevedere misure di conciliazione per questa nuova maternità»<sup>35</sup>. Pertanto, è auspicabile «un rafforzamento dell'esercizio del diritto di conciliazione e, in particolare, prevederlo a favore delle donne che sono madri per sostituzione». Sarebbe, pertanto, necessario un impegno del legislatore «per far sì che questo collettivo di genitori per sostituzione possa mantenere il proprio posto di lavoro o accedere al mercato di lavoro continuando a fruire della propria famiglia». È necessario, in definitiva, riconoscere loro almeno «gli stessi diritti di conciliazione riconosciuti al resto dei genitori, indipendentemente dalle modalità con le quali sono diventati genitori»<sup>36</sup>.

### 5.3. La giurisprudenza degli Stati in materia di prestazioni previdenziali nel caso della maternità per sostituzione

Le prestazioni fornite in presenza di maternità, hanno una doppia finalità. Per un verso, mirano a proteggere la salute della lavoratrice durante la gravidanza, il parto e il puerperio e, per altro verso, mirano a facilitare

<sup>34</sup> M.J. MORENO PUEYO, *La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2011*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 116, 2015, p. 3.

<sup>35</sup> E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho a la igualdad en el empleo (II)*, in *Trabajo y Derecho*, n. 4, 2015, pp. 5-6.

<sup>36</sup> *Ult. op. loc. cit.*

le prime cure del neonato, evitando così che l'accumulazione di carichi derivanti dell'esercizio simultaneo di un'attività professionale possa ostacolare il rapporto tra madre e figlio<sup>37</sup>. Alcuni ritengono che la seconda finalità, negli ultimi tempi, abbia finito per prevalere. Ciò sarebbe dimostrato dalla progressiva estensione dei destinatari che ha portato al riconoscimento delle prestazioni per maternità anche in caso di adozione e accoglienza, cioè in situazioni nelle quali la madre non ha partorito il figlio adottato o accolto<sup>38</sup>. Inoltre, «la prestazione sociale per maternità non vede quale unica destinataria la madre lavoratrice ma, piuttosto, facilita una condivisione delle responsabilità della coppia nella cura del figlio»<sup>39</sup>. Per tanto, beneficiario dev'essere considerato il minore, tant'è che, ove non venga riconosciuta la prestazione, è proprio il minore a subire il pregiudizio. «Il diniego della prestazione sociale ai genitori fa sì che il minore venga privato dell'assistenza e della cura che necessita. Anche per questo motivo viene riconosciuto anche all'istituto dell'adozione e dell'accoglienza familiare il diritto alla prestazione per maternità/paternità»<sup>40</sup>. È facile osservare come, anche nel caso della maternità surrogata, una volta che il neonato entra a far parte del nucleo familiare creato dal genitore o dai genitori intenzionali si presenta una situazione identica a quella della maternità, dell'accoglienza o dell'adozione. I neonati ed i genitori, in definitiva, sono portatori degli stessi bisogni ed assumono gli stessi obblighi di cura ed assistenza.

«Siamo in presenza di uno stato di necessità tanto evidente da giustificare la protezione del minore anche mediante il riconoscimento delle prestazioni per maternità finalizzate alla sua cura. Il bambino richiede assistenza e dedizione sia che nasca in Spagna a seguito di un contratto che

<sup>37</sup> A. TAPIA HERMIDA, *En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución*, in *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n. 374, 2014, pp. 134-138. Oltre alle sentenze della Corte di giustizia dell'Ue, 12 luglio 1984, *Hofmann*, causa 184/83; 20 settembre 2007, *Kiiski*, causa C-116/06; 19 settembre 2013, *BetriuMontull*, causa C-5/12.

<sup>38</sup> J. HIERRO HIERRO, *Gestación por sustitución y prestación por maternidad*, in *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 6, 2012, pp. 53-59.

<sup>39</sup> M.D. ORTIZ VIDAL, *La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 180, 2015, p. 242.

<sup>40</sup> M.D. ORTIZ VIDAL, *La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 247.

venga dichiarato nullo o nasca in un altro paese dove, invece, sia legale la stipulazione di un contratto di maternità surrogata. Vi è, pertanto, necessità, di una evoluzione giurisprudenziale che faccia fronte a tale situazione, ponendo l'accento sull'interesse del bambino e sulla necessità di mitigare la non desiderabile situazione che si produrrebbe se tali prestazioni non vengano riconosciute. In tal modo, peraltro, non si genererebbe una intollerabile discriminazione tra lavoratori spagnoli residenti in Spagna. Si riconoscerebbe ad essi lo stesso trattamento, e cioè la concessione della prestazione sociale al fine di proteggere il minore, indipendentemente dalle circostanze che hanno determinato la sua nascita»<sup>41</sup>. La prevalente dottrina, come si vede, ritiene che, nel caso di gestazione per sostituzione, si debbano riconoscere le prestazioni di maternità nell'interesse superiore del bambino e del suo stato di bisogno. Si tratta, in definitiva, dello stesso orientamento già manifestato dalla Corte europea dei diritti umani nelle sentenze poc' anzi esaminate.

Nel 2016, in Spagna, si assiste ad una importante svolta giurisprudenziale. Il nuovo orientamento è riassunto in una nota redatta dal *Gabinete técnico del Tribunal Supremo*<sup>42</sup> dall'eloquente titolo: «La Corte di cassazione riconosce per la prima volta il diritto dei genitori dei figli nati per gestazione surrogata a ricevere prestazioni di maternità». La nota fa riferimento a due decisioni della quarta sala della Cassazione, a seguito di riunificazione di due diversi ricorsi. La Cassazione era chiamata a rispondere alla seguente questione: se la maternità per surrogazione o sostituzione possa considerarsi una situazione protetta ai fini della prestazione per maternità, adozione o accoglienza. Peraltro, uno dei due casi presentava la peculiarità costituita dal fatto che a sollecitare il provvedimento non era una coppia, bensì un maschio da solo. Il primo caso era relativo ad una lavoratrice che ha avuto un figlio a seguito di una gestazione per sostituzione. L'accordo era stato stipulato, all'estero, da una coppia eterosessuale<sup>43</sup>. Nel secondo caso, un maschio spagnolo aveva stipulato un contratto per una riproduzione assistita, in India, apportando il proprio

<sup>41</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *Jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea*, in *Revista jurídica de Cataluña*, n. 3, 2014, p. 831.

<sup>42</sup> Poder Judicial España, 20 ottobre 2016, in <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-por-primera-vez-el-derecho-de-los-padres-de-hijos-nacidos-por-gestacion-subrogada-a-cobrar-prestaciones-maternidad>.

<sup>43</sup> Cass. 16 novembre 2016, n. 953.

materiale genetico<sup>44</sup>. La donna che ha portato a termine la gestazione aveva partorito due bambine e, successivamente, aveva espressamente rinunciato ad ogni diritto su di esse, riconoscendo al padre la custodia esclusiva. In questo caso, il solo padre aveva richiesto all'istituto previdenziale il riconoscimento del diritto al trattamento per maternità.

In entrambi i casi, l'INPS non ha riconosciuto il diritto alle prestazioni di maternità che i genitori avevano sollecitato sulla base del fatto che il contratto che prevede la maternità per sostituzione è da considerarsi legalmente nullo. La Cassazione spagnola, proprio al contrario, ha invece riconosciuto ai genitori intenzionali, in entrambi i casi, il diritto alle prestazioni per maternità. La decisione della Corte, seguendo la strada tracciata dalla Corte europea dei diritti umani, è fondata, principalmente, sul superiore interesse del minore.

L'argomentazione dei giudici è molto semplice: l'interesse prevalente del minore, indipendentemente dalla loro regolare iscrizione nei registri dell'anagrafe. La Cassazione, in primo luogo, ha ritenuto applicabili gli artt. 2 e 3 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, in particolare il primo comma dell'art. 3, laddove dispone che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». In secondo luogo, seguendo il filo del ragionamento delle sentenze della Corte europea dei diritti umani, fa riferimento all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per giustificare la protezione del minore anche in caso di maternità surrogata. Infine, tra le norme interne relative alla protezione sociale, attribuisce particolare rilievo a quanto stabilito dalla normativa che disciplina le prestazioni economiche della previdenza sociale per maternità, paternità, rischio durante la gravidanza e rischio durante il periodo di allattamento naturale<sup>45</sup>, soprattutto laddove, al c. 2, art. 3, dispone che «si considerano giuridicamente equiparabili all'adozione e all'accoglienza preadottiva, permanente o semplice, quelle situazioni giuridiche definite da un provvedimento giudiziale o amministrativo di un paese straniero, la cui finalità ed i cui effetti giuridici siano quelli previsti per l'adozione e l'accoglienza

<sup>44</sup> Cass. 25 ottobre 2016, n. 881.

<sup>45</sup> R.d. 6 marzo 2009, n. 295.

preadottiva, permanente o semplice, la cui durata non sia inferiore ad un anno, qualsiasi sia la sua denominazione».

Le sentenze della Cassazione, ovviamente, tengono conto della dichiarazione legale di nullità del contratto di gestazione per sostituzione. Tuttavia, ritengono che tale nullità non possa comportare, e nel caso concreto non comporti, che il neonato possa essere privato di determinati diritti. A conferma di tale ragionamento, la Corte ricorda che l'ordinamento giuridico riconosce effetti giuridici anche a fronte di negozi giuridici nulli, come nel caso del diritto al salario, il diritto alla pensione di reversibilità ed alcuni diritti di natura lavoristica in caso di mancanza di permesso di lavoro del lavoratore extracomunitario. Si tratta di riferimenti a norme dell'ordinamento spagnolo, ma potrebbero trovare applicazione anche nell'ordinamento italiano. La prevalenza dell'interesse del minore non consente di giungere ad una disposizione contraria al diritto, ma tale principio «deve essere di aiuto per l'interpretazione delle norme che riguardano la protezione della maternità». In terzo luogo, la Corte, al fine del riconoscimento della famiglia di fatto, presta particolare attenzione non soltanto all'esistenza di un programma familiare, ma anche alla sussistenza di un legame biologico tra almeno uno dei genitori intenzionali ed il bambino.

Proprio seguendo tale ultimo criterio, nella sentenza del 25 ottobre 2016, che esamina il caso della madre biologica indiana che rinuncia in favore del padre biologico, la Corte si chiede cosa sarebbe cambiato se il padre, anziché ricorrere alla fecondazione in vitro utilizzando il proprio liquido seminale, avesse lasciato incinta la donna a seguito di un rapporto sessuale ed, una volta nati i bambini, avesse questa rinunciato alla loro custodia in favore del padre. Secondo la Corte, in un caso o nell'altro, il padre biologico sarebbe stato comunque il padre biologico, quindi non sarebbe cambiato proprio nulla. Il rischio che questa modalità di gestazione possa determinare uno sfruttamento della donna o le riserve che derivano dalla commercializzazione del corpo della donna laddove il contratto è a titolo oneroso, non fa venir meno la sussistenza di una situazione di bisogno che richiede l'intervento di una prestazione da parte della previdenza sociale.

La decisione della Corte, a conferma della delicatezza del tema, non è stata unanime, due giudici si sono dissociati dalla decisione della maggioranza con una dichiarazione di voto. Tuttavia, le decisioni della Cassazione spagnola hanno provocato conseguenze per quanto riguarda

la prestazione di maternità. L'Istituto nazionale della previdenza sociale, il 29 dicembre del 2016, rispondendo ad un quesito relativo al diritto alla prestazione di maternità nel caso di figli nati a seguito di una maternità surrogata portata a termine nel rispetto delle norme del paese dove è stata praticata, ha stabilito «i criteri che consentono di armonizzare le norme vigenti alla specificità del caso dei figli nati a seguito di gestazione per sostituzione portata a termine nel rispetto della legislazione vigente nel paese estero, in quanto si tratta di una situazione non esplicitamente contemplata tra le situazioni protette dalla prestazione per maternità». In sostanza, l'INPS indica i requisiti necessari per poter riconoscere la prestazione di maternità secondo la normativa spagnola (r.d. 6 marzo 2009, n. 295 e r.d. lgs. 30 ottobre 2015, n. 8). I criteri indicati sono i seguenti.

1. La situazione protetta è la nascita di un figlio a seguito di gestazione per sostituzione in un paese estero in conformità con le norme vigenti in tale paese.

2. Il diritto alla prestazione di maternità richiede la preventiva iscrizione del nuovo nato nell'anagrafe dello Stato spagnolo. Tale iscrizione, secondo quanto stabilito dall'Istruzione 5 ottobre 2010 della Direzione generale dei registri e del notariato, avviene a seguito della presentazione di una risoluzione giudiziale dell'organo giurisdizionale competente che attesti sia la filiazione del neonato a favore dei genitori intenzionali, sia la rinuncia espressa alla filiazione da parte della madre gestante<sup>46</sup>. In mancanza di tale risoluzione, laddove vena attestata la filiazione a favore del committente e della madre gestante<sup>47</sup>, oltre al certificato di iscrizione all'anagrafe spagnola, alla richiesta dovrà essere allegato un documento pubblico legalizzato che attesti l'espressa rinuncia della madre biologica all'esercizio della patria potestà e che dichiari che tale rinuncia non sia contraria all'ordinamento giuridico del paese di origine del bambino.

3. Il beneficiario della prestazione sarà il genitore, sia maschio o femmina, che abbia i requisiti stabiliti dalla norma.

4. La prestazione per maternità produce effetti economici dalla data della nascita del bambino.

<sup>46</sup> Questa pratica è stata confermata da Cass. 16 novembre 2016, n. 951.

<sup>47</sup> Secondo il caso discusso da Cass. 25 ottobre 2016, n. 881.

## 6. Conclusioni

Con tutta evidenza, siamo in presenza di un radicale cambiamento rispetto alla tradizione giuridica che, anche in riferimento al permesso di maternità, continua ad essere ispirata all'aforismo del diritto romano *mater semper certa est*. Ma le cose sono cambiate<sup>48</sup> ed il diritto dovrà prendere atto del fatto che è possibile non esser più tanto certi dell'identità della madre. Le prime norme e la giurisprudenza che abbiamo passato in rassegna suggeriscono alcune riflessioni conclusive.

In primo luogo, il criterio che ha sinora guidato i primi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, è ispirato alla tutela del minore. La Corte di cassazione spagnola, come illustrato nella nota redatta dal Gabinetto tecnico dell'area sociale, si limita ad affermare che nella concessione delle prestazioni di previdenza sociale debba prevalere l'interesse del minore, ritenendo marginali gli aspetti relativi all'iscrizione nel libro dell'anagrafe o alla liceità del contratto che disciplina la maternità. La Corte non ritiene neppure necessario individuare una nuova forma di prestazione della previdenza sociale da applicare al caso della maternità surrogata. Per riconoscere il diritto alle prestazioni per maternità al padre biologico dei bambini, ha ritenuto sufficiente attenersi alla legislazione vigente ed interpretarla alla luce delle nuove esigenze.

Anche per i primi commentatori, riconoscere il diritto alla prestazione di maternità nei casi di gestazione per sostituzione, è considerata una misura necessaria per «adottare un criterio rispettoso dell'interesse del minore, che deve sempre essere privilegiato, in quanto il mancato riconoscimento giuridico di questa particolare tecnica di procreazione priverebbe di ogni protezione le persone così venute al mondo»<sup>49</sup>. In altri termini, il riconoscimento del diritto alla prestazione per maternità, nel caso della maternità surrogata, rappresenterebbe una «soluzione di compromesso» finalizzata alla tutela degli interessi del minore<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2011.

<sup>49</sup> A. SELMA PENALVA, *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, in *Revista Bioderecho.es*, vol. 1, n. 1, 2014, p. 11.

<sup>50</sup> A. SELMA PENALVA, *Vientres de alquiler y prestación por maternidad*, in *Revista doctrinal Aranzadi social*, n. 9, 2013, p. 234.

La prevalenza dell'interesse del minore, tuttavia, lascia in secondo piano, ma non esclude, la rilevanza degli aspetti relativi al riconoscimento giuridico della maternità surrogata. Non sappiamo, ad esempio, quale decisione avrebbe assunto la Cassazione nel caso che il richiedente della prestazione non fosse stato il padre biologico. Sarebbe potuta essere differente, posto che la mancanza di una relazione genetica, nonostante l'esistenza di un progetto parentale e di legami affettivi, avrebbe portato ad escludere l'esistenza di famiglia di fatto<sup>51</sup>. Soluzione controversa, peraltro, visto che secondo l'opinione di uno dei giudici dissidenti della Grande Camera, la famiglia di fatto potrebbe esistere anche in mancanza di legami biologici tra il genitore e il figlio.

In Italia, non si sono ancora presentati casi relativi alla richiesta di concessione del trattamento di maternità. La controversia relativa alla registrazione del minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata, tuttavia, lascia intendere che la questione, anche in Italia, prima o poi, dovrà esser posta all'ordine del giorno.

Date queste premesse, appare logico e necessario auspicare l'intervento del legislatore al fine di portare un po' di ordine su di una materia che, in caso contrario, rischierebbe di complicarsi ancor di più. Ma la strada non è semplice. Sia per la (rilevante) disomogeneità legislativa tra i diversi Stati, sia per le implicazioni di carattere etico. Quanto al primo aspetto, deve tenersi conto del fatto che, evidentemente, non sarà possibile impedire che coppie o singole persone continuino a recarsi all'estero per soddisfare il desiderio di maternità/paternità con il ricorso ad una tecnica non ammessa dagli ordinamenti che abbiamo preso in esame. Giungere ad una soluzione pienamente soddisfacente non sarà facile anche a causa della non omogeneità della disciplina adottata dai diversi Stati.

Gli Stati che riconoscono la maternità surrogata all'interno dei propri ordinamenti sono ormai numerosi. La disciplina, tuttavia, differisce tra Stato e Stato. Alcuni ordinamenti consentono che il contratto sia a titolo oneroso<sup>52</sup> e, in tal caso, il costo medio da pagare per la prestazio-

<sup>51</sup> In mancanza di legame biologico tra almeno un genitore e il figlio, la pratica della maternità surrogata troverebbe più logica disciplina nell'ambito dell'adozione, evocando problematiche relative a pratiche illecite e traffici che hanno posto gravi problemi in materia di adozione internazionale.

<sup>52</sup> Alcuni Stati degli Stati Uniti, Messico, Russia, Ucraina, Georgia, Grecia ed Israele.



ne può differire anche in misura notevole tra Stato e Stato<sup>53</sup>; altri Stati consentono la pratica della maternità surrogata, ma solo se effettuata a titolo gratuito, cioè per puro altruismo<sup>54</sup>. Non meno rilevanti risultano altri tratti della disciplina, soprattutto quelli legati alle modalità della rinuncia al bambino da parte della gestante per sostituzione. Nel Regno Unito, ad esempio, dove la maternità surrogata può essere solo volontaria e gratuita, alla donna gestante è riconosciuto il diritto di non rinunciare al bambino una volta che questo sia nato. La differente disciplina dell'istituto, evidentemente, influenza in maniera decisiva la sua diffusione; la facilità della circolazione, a sua volta, rende spesso totalmente non effettive le legislazioni degli Stati meno permissivi. Esempio è il caso del Regno Unito: la legislazione interna riconosce la legittimità della maternità surrogata (se praticata a titolo gratuito); nonostante ciò, la quasi totalità dei cittadini del Regno Unito che ricorre alla maternità surrogata si reca all'estero e, spesso, sceglie un paese dove il contratto avviene a titolo oneroso<sup>55</sup>.

Pertanto, si deve scartare l'idea che il vuoto legislativo possa essere colmato dall'intervento dei singoli legislatori nazionali. Al contrario, non essendo possibile impedire il cosiddetto turismo procreativo, il quadro risulterebbe ancor più complicato. Una normativa sovranazionale, al momento è impensabile, non praticabile neppure all'interno della sola Unione europea dato che si tratta di competenze riservate ai singoli Stati.

Infine, non può sottacersi la crescente rilevanza del fenomeno sotto l'aspetto economico ne fingere di ignorare le implicazioni etiche che, fatalmente, verrebbero riversate sul legislatore.

È difficile immaginare che le donne che assumono l'impegno di portare a termine una gravidanza, almeno nella grande maggioranza dei casi, lo facciano soltanto per solidarietà, altruismo o bontà. È più verosimile che lo facciamo sospinte da un interesse economico. Ciò significa che la gestione per sostituzione si stia convertendo in un'importante at-

<sup>53</sup> Negli Stati Uniti, ad esempio, il costo medio di una maternità surrogata è di circa 120.000 euro, mentre in Ucraina o in Russia si aggira attorno ai 40.000 euro.

<sup>54</sup> Tra questi il Regno Unito, Danimarca, India, Tailandia, Australia, Brasile e Canada.

<sup>55</sup> Nel 2015, *The Guardian* ha rivelato che dei 271 bambini per gestazione surrogata registrati nel Regno Unito, 269 bambini erano nati in paesi come la Tailandia (170), India (23), Georgia (6), Messico e Ucraina (2) o Stati Uniti (68). In *The Guardian, More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers*, 14 March 2015. Cioè, secondo la statistica, se non c'è animo di lucro, poche sono le donne disposte a gestire il bambino di un altro.

tività economica e lucrativa, che interessa soprattutto i paesi poveri e gli strati poveri della popolazione, e che finisce per generare situazioni di sfruttamento e di violenza.

Il primo caso che si è presentato in Italia, quello della coppia italiana che, dopo aver stipulato, a titolo oneroso, un contratto di maternità per sostituzione con la società russa *Rosjurconsulting* (che ha quale oggetto sociale proprio quello di mettere in contatto, a titolo oneroso, la donna gestante con i genitori intenzionali<sup>56</sup>), si sarebbe recata in Russia per consegnare il liquido seminale alla clinica che ha proceduto all'inseminazione, è stato caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza tanto che, durante il processo, si è appurato che l'inseminazione era stata eseguita utilizzando materiale genetico differente da quello della persona che rivendicava la paternità<sup>57</sup>.

Il legislatore, di conseguenza, si troverebbe di fronte a differenti opzioni di eccezionale rilevanza. Dovrà chiedersi, ad esempio, se debba essere mantenuta in vigore una norma (art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) che vieta di fare del corpo umano una fonte di profitto. Potrebbe accettare la logica di un'economia di mercato sganciata da ogni implicazione etica e, senza più alcuna riserva, riconoscere che sia lecito guadagnarsi da vivere attraverso la commercializzazione del proprio corpo. Non si tratta di una prospettiva avveniristica: uno dei giudici dissenzienti della Grande Camera, lo ha suggerito, senza mezzi termini, affermando che «ciò potrebbe aiutare a risolvere i problemi della disoccupazione e ridurre le tensioni sociali [...] in un contesto in cui la popolazione mondiale aumenta in misura esponenziale, lo sfruttamento del proprio corpo, sotto il profilo economico, potrebbe essere considerato

<sup>56</sup> Una volta firmato il contratto di gestazione surrogata, la fecondazione in vitro avviene nella clinica Vitanova di Mosca. E, secondo quanto indicato nella sentenza, la coppia italiana avrebbe pagato per questa pratica la quantità di 49.000 euro.

<sup>57</sup> Anche se i genitori intenzionali affermavano che il liquido seminale apparteneva al padre intenzionale, è stato provato attraverso l'esame del DNA che non era vero. Tuttavia, immaginiamo che il giudice italiano si è dovuto insospettire dal racconto della donna che affermava di essersi recata in Russia col liquido seminale del marito in mano. «*Following the outcome of these tests, the applicants sought an explanation from the Russian clinic. Months later, in a letter of 20 March 2012, the clinic's management informed them that it had been surprised by the results of the DNA test. It stated that there had been an internal inquiry, since an error had clearly occurred, but it had proved impossible to identify the individual responsible for the error, given that there had been dismissals and recruitment of other staff in the meantime*» (Grand Chamber, case of Paradiso and Campanelli v. Italy, punto 31, p. 5).

<sup>58</sup> Grand Chamber, case of Paradiso and Campanelli v. Italy, p. 61 ss.

ragionevole»<sup>58</sup>. Anche in dottrina, vi è chi sostiene che l'industria della maternità surrogata muove ingenti quantità di denaro e che «l'affitto» del proprio utero può consentire a molte donne di uscire dalla povertà o di sopravvivere<sup>59</sup>.

Si tratta, evidentemente, di argomentazioni ispirate ad una logica economica. Sia le regole dell'economia che il progresso scientifico, tuttavia, non possono ignorare i valori che stanno alla base di una civile convivenza. Ciò significa che la legge, nel continuo adattamento alla naturale evoluzione della società ed all'innovazione determinata dai progressi della scienza, dovrebbe tener saldo il riferimento ai diritti ed alle libertà fondamentali, tradirli significherebbe «la fine di tutta civiltà». Si tratta della considerazione di un'altra delle diverse voci che hanno caratterizzato il dibattito all'interno della Grande Camera. Il giudice Dedov ha sostenuto che dev'essere la società ad indicare il proprio futuro, che può essere orientato al progresso sociale ma anche al degrado. Prima di ogni altra cosa occorre fissare il valore dei diritti fondamentali. Sarebbe un errore, a suo avviso, «fare della scienza un altare al quale sacrificare i più profondi valori della persona, come la dignità»<sup>60</sup>. Così come non si può dimenticare «che il diritto è fatto per l'uomo e non l'uomo per il diritto»<sup>61</sup>, si deve anche ribadire che la scienza deve progredire assieme alla persona e non contro di essa.

Infine, va anche sottolineato che la quesitone sul tappeto non è neppure, o non soltanto, quella del semplice riconoscimento della gestazione per sostituzione. Per giungere a ciò, se questo fosse l'obiettivo, si dovrà tener conto soprattutto delle sue implicazioni metagiuridiche, ed una soluzione condivisa non sembra a portata di mano.

Nel frattempo, tuttavia, non si può ignorare l'esistenza del fenomeno e dei problemi che, già oggi, esso produce all'interno dei nostri ordinamenti. Appare illogico, ad esempio, continuare a proteggere i genitori intenzionali che si spostano nei paesi che consentono la gestazione per sostituzione, mentre la legge nazionale vieta tale accordo. Ciò pro-

<sup>59</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *Prohibida la «nacional», ¿protegemos la «gestación/maternidad subrogada internacional» con prestaciones sociales?*, in *Revista de trabajo y seguridad social. CEF*, n. 406, gennaio, 2017.

<sup>60</sup> A.L. TARASCO e L. ROMANO, *Valori e diritto nel contratto di maternità surrogata*, in *Revista bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 5, n. 2, 2000.

<sup>61</sup> S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 513 ss.

duce il solo effetto di favorire una sorta di turismo riproduttivo, peraltro riservato soltanto alle persone che abbiano un alto potere acquisitivo.

Altrettanto illogico il fatto che un accordo di gestazione per sostituzione, in Italia o in Spagna, produca effetti diversi (per gli stessi cittadini nazionali) da quello stipulato in un paese dove la gestazione per sostituzione sia permessa. Nel primo caso, la coppia stipulante avrebbe posto in essere un contratto nullo, in qualche caso anche commesso un illecito, mentre nel secondo caso la coppia potrebbe ottenere il riconoscimento formale mediante la trascrizione dell'atto di un altro paese e, addirittura, usufruire delle prestazioni sociali connesse con la maternità<sup>62</sup>. La mancanza di una regolamentazione, in definitiva, produce fatalmente fenomeni di discriminazione o, quanto meno, di disparità di trattamento, che non sono né giustificati né accettabili.

<sup>62</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *Prohibida la «nacional», ¿protegemos la «gestación/maternidad subrogada internacional» con prestaciones sociales?*, *op. cit.*