

## La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?

di Mia Caielli

**Title:** : The European Court of Human Rights delivers another ruling on gestational surrogacy and confirms its jurisprudential trends: no news good news?

**Keywords:** Surrogacy, Art. 8 ECHR, Best interests of the child, Woman dignity, Self-determination.

1. – Con la decisione *K.K. e altri c. Danimarca*, la seconda sezione della Corte europea dei diritti umani, con una risicata maggioranza, ha sancito che il diniego di adozione opposto dalle autorità danesi alla madre intenzionale di due gemelli nati tramite maternità surrogata ha determinato una violazione del diritto al rispetto della vita privata dei bambini, protetto dall'art. 8 CEDU. Secondo la Corte il rispetto di tale diritto non imporrebbe la registrazione della madre intenzionale sul certificato di nascita, ma richiederebbe agli Stati di prevedere strumenti idonei al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione derivante da *surrogacy* quali la possibilità di ricorrere all'adozione. La pronuncia, pur ponendosi in linea di sostanziale continuità con la giurisprudenza in materia di tutela della vita familiare dei bambini nati all'estero tramite surrogazione di maternità inaugurata con la decisione *Menesson c. Francia* del 2014, pare comunque meritevole di attenzione in ragione del percorso argomentativo seguito, delle questioni giuridiche tralasciate, nonché per i rilievi critici sollevati dai tre giudici dissenzienti in una opinione separata congiunta.

2. – Il caso origina dalla vicenda di due coniugi danesi di sesso opposto recatisi in Ucraina per realizzare il proprio progetto procreativo aggirando il divieto di *surrogacy* in vigore nel proprio Paese. In Danimarca, dove fanno rientro con i due gemelli nati grazie a una madre gestante, viene riconosciuta la genitorialità del padre intenzionale, geneticamente legato ai bambini, ma non quella della donna, dal momento che ai sensi della legge danese madre è colei che partorisce. I coniugi ottengono però l'affidamento congiunto dei bambini e questi ultimi la cittadinanza danese, in virtù del loro *status* di figli legittimi dell'uomo della coppia. La domanda di adozione dei figli del coniuge (*step-child adoption*) effettuata dalla donna viene invece respinta dalle autorità competenti – e tale respingimento confermato dalla Corte Suprema danese – in quanto, secondo la normativa nazionale, nessun provvedimento di adozione può essere autorizzato qualora venga corrisposto denaro a coloro che devono prestarvi consenso. Ora, la persona che avrebbe dovuto acconsentire all'adozione sarebbe stata la donna gestante, la quale aveva però

ricevuto un compenso: la finalità commerciale della pratica di surrogazione assume quindi un rilievo di primo piano, costituendo sia l'unica ragione dell'impossibilità di adozione della ricorrente sia, come vedremo, elemento di differenziazione rispetto ad altre decisioni di Strasburgo in tema di surrogazione di maternità.

Nell'individuare i principi applicabili al caso, la Corte richiama la propria giurisprudenza sull'art. 8 CEDU, invocato in diversi altri ricorsi aventi ad oggetto il mancato riconoscimento in patria del rapporto di filiazione dei genitori d'intenzione di minori nati all'estero in seguito a gestazione per altri, nonché il Parere reso dalla Grande Camera il 10 aprile 2019 a seguito della richiesta presentata dalla Corte di cassazione francese al fine di ottenere chiarimenti su eventuali obblighi statali di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra due gemelle nate negli Stati Uniti tramite un accordo di *surrogacy* concluso da una coppia francese e la loro madre intenzionale. Parere, questo, reso in prima applicazione del Protocollo addizionale n. 16 che consente alle più alte giurisdizioni di uno Stato di presentare alla Corte di Strasburgo domande di pareri consultivi su «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (su tale nuova forma di «dialogo istituzionalizzato» tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo si veda O. Feraci, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2019). Si legge in tale Parere che gli Stati membri sono tenuti a offrire la possibilità di riconoscere la filiazione con il genitore intenzionale dei minori nati all'estero in seguito al ricorso a surrogazione di maternità: non si impone la diretta trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita emesso all'estero, prevista esclusivamente nei riguardi del genitore geneticamente legato ai bambini, bensì l'obbligo di prevedere modalità idonee a costituire il rapporto di filiazione in maniera rapida ed efficace a tutela dell'interesse superiore del minore attraverso, ad esempio, la possibilità di accedere all'adozione (Par. 55). Ciò in quanto, spiega la Corte, l'obiettivo perseguito dal legislatore statale di disincentivare i suoi cittadini dal recarsi all'estero per accedere a pratiche di riproduzione assistita vietate nel loro Paese, precludendo il riconoscimento del rapporto di filiazione, non interferisce solo con la vita privata dei genitori d'intenzione, bensì limita in maniera considerevole quello dei bambini (Par. 39).

Il contenuto del Parere qui sintetizzato ripercorre il percorso argomentativo seguito dalla Corte a partire dalle sentenze gemelle *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia* (ric. n. 65941/11, 26 giugno 2014) in cui nel rifiuto che le autorità francesi, in entrambi i casi, avevano opposto al padre intenzionale geneticamente legato al bambino nato negli Stati Uniti grazie a maternità surrogata di trascrivere il suo certificato di nascita si era rinvenuta una violazione del diritto all'identità personale del minore tutelato dall'art. 8 CEDU (nel caso di specie non anche una violazione del diritto al rispetto della vita familiare dal momento che la mancata trascrizione non ne avrebbe impedito il godimento: sulla non irrilevante distinzione tra diritto all'identità personale e diritto alla vita familiare, si veda 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*, 2015, 202 – 209). Lo stesso principio aveva poi guidato la successiva decisione congiunta di due ulteriori ricorsi, *Foulon e Bouvet c. Francia* (ric. 9063/14 e ric. 10410/14, 21 luglio 2016), in cui la Francia era stata nuovamente condannata per violazione dell'art. 8 CEDU in ragione del rifiuto opposto al padre genetico di due bambini nati in India a seguito di maternità surrogata di trascrivere i loro certificati di nascita formati all'estero.

A soluzione opposta giunge invece la Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. 25358/12, sentenza 24 gennaio 2017). Nel 2015, la II Sezione della Corte aveva parzialmente accolto il ricorso presentato da una coppia

di cittadini italiani in seguito al diniego italiano di trascrizione del certificato di nascita formato in Russia per il minore nato da maternità surrogata e “doppia eterologa”, quindi non legato geneticamente a nessuno dei due genitori intenzionali e alla sentenza di adottabilità dello stesso pronunciata Corte d'Appello di Campobasso, riconoscendo l'avvenuta violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 CEDU. Accolta la richiesta di riesame, la Grande Camera ribalta tale decisione, considerando applicabile l'articolo 8 CEDU con esclusivo riferimento alla violazione del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti che avevano agito solo in nome proprio e non anche del bambino che aveva vissuto con loro per otto mesi per poi essere stato allontanato e dato in adozione. Tale pronuncia non può considerarsi rientrante nel filone giurisprudenziale in materia di gestazione per altri incentrato sulla preminenza dell'interesse del minore. I giudici di Strasburgo, infatti, ritengono che l'ampia nozione di vita privata ben possa ricomprendere il perseguimento di un progetto genitoriale autentico, richiamando le pronunce in cui già era stata riconosciuta l'esistenza di una vita familiare tra i genitori affidatari che si erano presi cura di un minore temporaneamente e il minore in questione in ragione degli stretti legami personali che si erano instaurati, del ruolo rivestito dagli adulti nei confronti del minore e del tempo trascorso insieme (*Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/07, 27 aprile 2010, Par. 48 e *Kopfe Liberda c. Austria*, ric. n. 1598/06, 17 gennaio 2012, Par. 37). Al contempo, però, considerano la durata della relazione con il minore «fattore chiave» per il riconoscimento dell'esistenza della vita familiare (Par.153: sul punto si vedano i rilievi critici di L. Poli, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 21 febbraio 2017) e attribuiscono rilevanza all'assenza di legami di sangue tra i ricorrenti e il bambino, sancendo così la prevalenza del dato biologico sulla natura sostanziale dei rapporti (sulla discutibilità di tale inversione di tendenza rispetto alla giurisprudenza precedente cfr. M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, spec. 6-8). Sulla base di questi rilievi, la Corte decide quindi che la sottrazione del minore ai genitori di intenzione da parte delle autorità italiane non abbia determinato alcuna lesione della CEDU.

Nella sentenza in commento, la Corte, distinguendo il caso danese dalle situazioni in cui i genitori intenzionali chiedono il riconoscimento dello *status* familiare di minori nati tramite *surrogacy* all'estero in violazione delle norme in materia di adozione internazionale e previa falsificazione degli atti dello stato civile, fa riferimento al caso *Paradiso e Campanelli*: ciò per ribadire la necessità di proteggere i bambini da «pratiche illecite, alcune delle quali possono configurare traffico di essere umani» e per spiegare come la tutela dei *best interests of the child* non possa ritenersi realizzata soltanto attraverso il riconoscimento giuridico della genitorialità d'intenzione (Par. 106, in cui si richiama la recente pronuncia *H. v. the United Kingdom*, ric. no. 32185/20, 31 maggio 2022). La riflessione sull'interesse del minore prosegue con considerazioni circa la sua natura “primaria” (*primary*) oppure “preponderante” (*paramount*) finendo – di fatto – per lasciar prevalere la seconda versione dell'interesse del minore nel momento in cui si giunge a restringere in maniera considerevole il margine di apprezzamento della Danimarca riguardo la scelta tra le diverse modalità atte a riconoscere giuridicamente il legame tra genitori d'intenzione e minori nati all'estero in violazione delle norme nazionali sul divieto di *surrogacy*.

Proprio su questo punto fa leva l'opinione dissenziente congiunta di tre giudici (Kjølbro, Kpskelo e Yüksel) dei sette componenti la II Sezione, in cui rilievo cruciale assume la tutela offerta dall'ordinamento danese ai minori nati da surrogazione di maternità all'estero, considerata efficace ai fini della tutela del diritto fondamentale alla vita familiare dei due ricorrenti minori e pertanto tale da

non poter dar luogo a una violazione da parte dello Stato convenuto come invece era stato deciso nei casi menzionati contro la Francia. Ora, tralasciando riflessioni intorno alla complessa e sfuggente nozione di interesse del minore (ma si vedano al riguardo, *inter alia*, con specifico riferimento alla giurisprudenza europea, J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. Buffa, M.G. Civinini, La Corte di Strasburgo, Vicalvi, 2019, 413-418 e, in generale, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016 e, più di recente, Ead., *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in *Giustizia Insieme*, 2023), ci si limita a condividere le perplessità dei giudici dissenzienti sull'inversione di rotta in materia dei *best interests*, peraltro a pochi giorni di distanza dalla decisione *D.B. e altri c. Svizzera* (ric. 58817/15 e ric. 58252/15, 22 novembre 2022), in cui la III Sezione aveva ritenuto il mancato riconoscimento da parte delle autorità elvetiche del rapporto genitoriale tra il minore nato tramite gestazione per altri negli Stati Uniti e il padre d'intenzione non biologico lesivo solo del diritto del minore all'identità personale di cui all'art. 8 CEDU e non del diritto alla vita familiare del genitore, invocando esclusivamente un *intérêt supérieur* del bambino.

3. – La decisione della Corte presta il fianco ad alcuni rilievi critici, attinenti in parte al merito delle conclusioni cui perviene, in parte agli argomenti utilizzati, in cui si conferma il rilievo attribuito già in passato alla distinzione tra *surrogacy* di tipo commerciale e solidaristica.

Da un lato, nel differenziare le due pratiche condividendo la *ratio* del divieto danese di adozione nei casi di minori nati tramite surrogazione di maternità di tipo commerciale (Par. 60), i giudici di Strasburgo riconoscono che la necessità di scoraggiare il ricorso a tale tipo di pratica (ma non anche alla surrogazione altruistica) non possa compromettere il diritto dei bambini ad essere adottati dal genitore d'intenzione (Par. 76). A tale scopo non risparmiano riflessioni su questioni bioetiche di indiscutibile importanza relative alla condizione dei bambini nati da maternità surrogata, ma trascurano il profilo della protezione della dignità della donna, nonché la questione della sua autodeterminazione riproduttiva (che è stata invece affrontata in alcuni casi riguardanti l'interruzione volontaria di gravidanza e la sterilizzazione forzata: cfr. L. Poli, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (cur.), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 162-177, 164-168).

Dall'altro, è la stessa distinzione tra gestazione per altri a scopo di lucro e surrogazione di maternità solidaristica a non convincere del tutto (per una critica alla gratuità come elemento che rende ammissibile la maternità surrogata si veda anche J. Long, *(Ri)pensare la maternità*, in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (cur.), *op. cit.*, 132-142, 133): davvero, come pare ritenere la Corte, gli effetti in termini di violazione dei più basilari diritti delle persone coinvolte sono così diversi nelle due situazioni? I giudici si soffermano unicamente sulla *surrogacy* a fini commerciali, considerando come da questa «possano derivare situazioni di sfruttamento di donne “vulnerabili”, indotte a mettere la propria capacità riproduttiva al servizio di altri dietro compenso» (Par. 89). La questione così posta pare eccessivamente semplificata e avrebbe meritato un approfondimento sotto più profili. *In primis*, quali sono i criteri idonei a distinguere un accordo di surrogazione di maternità altruistico da uno commerciale? Ad esempio, il rimborso delle spese che la donna gestante potrà trovarsi a sostenere, magari calcolato in maniera forfettaria, corrisposto in anticipo e comprendente i suoi mancati o ridotti guadagni nel periodo della gravidanza come dovrebbe essere valutato? In secondo luogo, si comprendono le perplessità espresse da chi ritiene che il divieto assoluto di surrogazione di

maternità sia lesivo dell'autodeterminazione della donna, nella misura in cui reca con sé una «implicita costruzione inferiorizzante della capacità femminile» (B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, ss., 183-245, 222; così anche L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 205), ma pare arduo tralasciare i condizionamenti culturali che possono minare la libera scelta della donna e, ancor più, qualificare come solidaristica una gravidanza portata avanti per realizzare il progetto procreativo di altri senza compenso, ma secondo le regole imposte in via contrattuale, come avviene in tutti gli ordinamenti in cui questa è ammessa a titolo gratuito («La conclusione è una sola: dove c'è contratto non c'è libertà. E non c'è dono possibile. Non nell'accezione altruistica sottesa alle retoriche della gestazione per altri, per lo meno»: così V. Pazé, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino, 2022, 100).

Diversamente, la Corte costituzionale italiana nella sua giurisprudenza in materia di stato civile dei nati attraverso *surrogacy* effettuata all'estero in ragione del divieto di ricorrere a tale pratica in Italia sancito dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), non ha tralasciato di considerare nel suo percorso argomentativo la *ratio* del divieto di surrogazione di maternità. Con la sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, il giudice delle leggi ha, infatti, insistito sulla contrarietà all'ordine pubblico della gestazione per altri, considerata quale pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», senza prestare attenzione alla distinzione tra natura commerciale e volontaristica della stessa (*Cons. dir. 4.2. Su tale sentenza si vedano soprattutto S. Niccolai, La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6, 2017, 2990-3000; F. Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018; S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw*, 2019, 329-349). Anche i giudici di legittimità, negli anni immediatamente successivi, hanno colto l'occasione per ricordare l'elevato disvalore che l'ordinamento italiano riconnette alla surrogazione di maternità, ravvisando nel divieto di *surrogacy* previsto nel nostro ordinamento un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali come hanno affermato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 12193 dell'8 maggio 2019 che ha negato il riconoscimento di un provvedimento straniero attestante la co-genitorialità legale in favore del genitore committente non biologico nel quadro di un progetto genitoriale condiviso da una coppia maschile dello stesso sesso. Analogamente, sempre le Sezioni Unite, con la sentenza n. 38162 dell'8 novembre 2022, hanno ribadito che la maternità surrogata è sempre da considerarsi una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (par. 50), anche laddove avvenga in forma gratuita: «nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale» (par. 45), stabilendo, di conseguenza, che l'ufficiale di stato civile è tenuto a rifiutare la trascrizione degli atti di nascita stranieri che riconoscono il rapporto di genitorialità tra un bambino nato a seguito di maternità surrogata e il genitore d'intenzione privo di alcun rapporto biologico con il minore per contrarietà all'ordine pubblico internazionale.

4. – Infine, alcune note sulle possibili conseguenze della pronuncia in epigrafe nell'ordinamento giuridico italiano. Confermando la sua giurisprudenza ormai quasi decennale, la Corte ribadisce la discrezionalità dei legislatori statali nell'individuare le misure idonee a conferire al rapporto tra il minore nato all'estero da maternità surrogata e il genitore d'intenzione privo di legame genetico un rilievo giuridico paragonabile a quello derivante dallo *status filiationis*. Tale discrezionalità sembra, però, avere subito una (lieve?) restrizione, almeno rispetto al precedente *Menesson* in cui la Francia era stata condannata in ragione dell'assenza di qualsivoglia riconoscimento: si è osservato, infatti, come nel caso in commento l'accesso alla procedura di adozione del figlio del coniuge risulta essere l'unica via percorribile per non incorrere in una violazione del diritto alla vita familiare del bambino. Sorgono allora dubbi sul fatto che l'adozione in casi particolari, unico strumento che l'Italia mette a disposizione dei genitori intenzionali che rientrano con la prole nata all'estero tramite *surrogacy*, rappresenti una soluzione in grado di soddisfare i "nuovi" parametri di Strasburgo.

Al riguardo, occorre tornare poco indietro nel tempo, quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33 del 2021, ha ribadito il divieto di riconoscere e dichiarare esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del genitore d'intenzione nell'atto di stato civile di un minore nato da maternità surrogata soffermandosi però sull'interesse del minore a che sia affermata in capo ai genitori intenzionali la titolarità giuridica dei diritti e doveri funzionali al suo preminente interesse. Lancia così un monito al legislatore affinché contempi un procedimento di adozione effettivo e celere, idoneo a riconoscere la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, chiarendo come «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (*Cons. dir. 5.7*). Ora, l'attuale diritto vivente prevede che ai fini del riconoscimento giuridico del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato con coloro che hanno condiviso il progetto genitoriale, si ricorra all'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983. I giudici di legittimità, nelle pronunce sopra ricordate, hanno escluso la automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero e dell'originario atto di nascita formato in conformità della *lex loci* nel quale sono indicati quali genitori sia il genitore biologico sia il genitore d'intenzione, ma hanno riconosciuto l'esistenza del diritto fondamentale del bambino nato in seguito a surrogazione di maternità al riconoscimento giuridico del legame che ha instaurato con costoro. Si era dubitato dell'idoneità dell'adozione in casi particolari a soddisfare i requisiti individuati dalla Corte costituzionale, dal momento che questa sembrava costituire una forma di tutela non del tutto adeguata, sia in ragione dei dubbi circa la sua capacità di creare vincoli di parentela tra il bambino e i parenti dell'adottante, sia in quanto il suo perfezionamento richiede il necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe non essere prestato in situazioni di crisi sopravvenuta della coppia, così privando definitivamente il bambino del rapporto giuridico con la persona che ha condiviso il progetto genitoriale e si è presa cura di lui dalla nascita (si veda E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos*, 2, 2021). La Corte costituzionale, con la sentenza n. 79 del 2022 ha sciolto una parte di questi dubbi, chiarendo che anche l'adozione in casi particolari ha per gli adottanti effetti sostanzialmente analoghi all'adozione, compreso il sorgere di rapporti di parentela con i familiari dell'adottante al pari dell'adozione ordinaria di cui agli artt. 6 e ss. della legge n. 184 del 1983, ma permangono quelli relativi agli altri aspetti del rapporto di genitorialità che si viene ad instaurare (cfr. G. Ferrando, *Adozione in casi particolari*

e rapporti di parentela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata? in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022). Se le Sezioni Unite della Cassazione, con la citata decisione del 2022, di poche settimane successiva a quella della Consulta, ritengono l'adozione in casi particolari «strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali» (Par. 13), dubbi possono sorgere riguardo quanto statuito dalla decisione in epigrafe. Nella operazione di bilanciamento che la Corte effettua tra il margine di apprezzamento degli Stati in sede di riconoscimento dell'efficacia dello *status filiationis* formato all'estero di minori nati in seguito a surrogazione di maternità e l'esigenza di tutelare il diritto di questi ultimi alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, la Corte di Strasburgo pare possibile rintracciare una salvaguardia del legame tra la donna gestante e il bambino, in cui la verità biologica non venga obliterata e non si precluda a priori il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: insomma, la relazione "materna" tra gestante e bambino(a) non viene rimossa, con tutte le implicazioni che ciò ha sulla possibilità di fondare l'ammissibilità della surrogazione gestazionale non tanto e non solo sulla sua gratuità, quanto sul riconoscimento come madre della donna che acconsente all'impianto di un embrione altrui e porta avanti la gravidanza, per poi (salvo ripensamento) consegnare l'infante ai genitori d'intenzione (così J. Long, *op. cit.*, 134; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna cit.*, 221 e, *amplius*, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il principio del nome della madre nella gravidanza per altri*, in S. Niccolai, E. Olivito (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 91-118). Però, nel giudicare lesivo della CEDU il rifiuto di accedere all'adozione piena opposto delle autorità danesi che pure avevano garantito l'affidamento del minore anche alla madre intenzionale, in applicazione del *Parental Responsibility Act*, è lecito chiedersi se tale limitazione del tradizionale margine di apprezzamento degli Stati in materia possa in futuro incidere anche sul diritto vivente italiano in cui è aperta la via dell'adozione in casi particolari, ma con tempistiche, costi e caratteristiche che forse potranno non apparire conformi a quanto sancito nella sentenza in esame.

5. – In conclusione, si può osservare che vi siano tutti gli elementi per ritenere che la evidente e indiscutibile necessità di tutela della posizione giuridica dei bambini nati da *surrogacy* su cui poggia la pronuncia in esame e attorno a cui ruotano tutte le decisioni europee e italiane qui ricordate, possa rappresentare «uno strumento per aggredire il divieto di surrogazione» (S. Niccolai, *La regola di giudizio, cit.*, 2991). La ormai consolidata giurisprudenza in materia pare garantire la possibilità alle coppie, anche dello stesso sesso, di realizzare il proprio progetto procreativo tramite il ricorso alla surrogazione di maternità, recandosi all'estero nei casi in cui questa sia vietata nell'ordinamento in cui vivono. È infatti indubbio che sono ormai residuali gli ostacoli che si frappongono al riconoscimento dello *status* di genitori in capo a coloro che aggirano il reato di maternità surrogata recandosi all'estero, rendendo quindi oltremodo difficile tenere separate le prospettive «a monte» e «a valle» della nascita del bambino tramite *surrogacy* (A. Lorenzetti, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (cur.), *op. cit.*, 143-161). Insomma, pare innegabile il dispotismo del fatto compiuto (cfr. E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (cur.), *op. cit.*, 3-28, 22), benché vi sia ancora lo spazio per una valutazione *ex post* delle condizioni nelle quali si realizza la maternità surrogata tra cui, come si è visto, rileva il titolo gratuito oppure oneroso dell'accordo tra genitori d'intenzione e madre gestante idoneo a determinare un riconoscimento giuridico non della pratica ma dei suoi effetti, in

nome dell'interesse del minori (cfr. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile cit.*, 94).

Quali diverse soluzioni potrebbero approntare la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali per non sacrificare l'interesse costituzionalmente e convenzionalmente protetto dei minori a mantenere – e vedere giuridicamente riconosciute – le relazioni affettive e familiari che si sono instaurate sin dalla nascita e, al contempo, non sacrificare la dignità della donna cui è ancorato il divieto di *surrogacy*? Le risposte all'ormai irreversibile trasformazione della società in questo caso determinata dal progresso medico-scientifico non interrogano più soltanto il rapporto tra giudici e legislatori, bensì quello tra legislatori, in particolare tra legislatori statali sopranazionali e internazionali. Al riguardo vale la pena ricordare come il cammino della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato verso la predisposizione di una convenzione che affronti le problematiche sollevate in materia di filiazione dalle tecniche di fecondazione assistita e di surrogazione di maternità pare ancora lungo, mentre l'Unione europea con la *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione* del 7 dicembre 2022 (COM/2022/695 final) pare più vicina a una disciplina volta al riconoscimento della filiazione tra Stati membri. Del resto, i molteplici aspetti della gestazione per altri – che certo non si esauriscono nella tutela della vita privata e familiare dei minori nata grazie a questa pratica e il/i genitori di intenzione – richiederebbero di essere affrontati in maniera organica e non secondo l'attuale metodo casistico-problematico che spesso finisce per offrire soluzioni solo per il caso particolare, l'eccezione, tralasciando «la prospettiva valutativa – il piano assiologico – da cui guardar[la]» (S. Niccolai, *La regola di giudizio cit.*, 2994-2995): richiederebbero quindi una politica legislativa volta a rimediare gli evidenti vuoti normativi attraverso una riflessione accurata sui diversi interessi coinvolti e, soprattutto, e un approfondimento sulle implicazioni di genere (femminile) che ogni soluzione immaginabile finirebbe per avere.

Mia Caielli

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Torino

[mia.caielli@unito.it](mailto:mia.caielli@unito.it)