

Il dialogo tra Corti e i suoi effetti in tema di gestazione per altri e *best interests of the child*

di Anna Camilla Visconti

Abstract: *The dialogue among Courts and its impact on surrogacy and the best interests of the child* – The essay aims at analysing surrogacy in the light of the dialogue among courts, in particular between national courts and the ECtHR. The topic raises relevant issues in relation to reproductive rights and the best interests of the child. More specifically, the essay analyses the ECtHR's and the Italian case law on the topic, with a view to evaluate the relationship between legislative power and judicial control, as well as the impact of the "bioethical dialogue among Courts" on national systems, in terms of at least attenuating the absoluteness of the surrogacy ban.

Keywords: Best interests of the child; Case law; Dignity; ECtHR; Surrogacy.

521

1. Perché discorrere di gestazione per altri. Perimetrazione del campo di indagine

La gestazione per altri (GPA) configura un ambito dell'esperienza umana che, inscrivendosi nell'evoluzione del diritto alla genitorialità, coinvolge soggetti diversi, dai genitori committenti o intenzionali alla madre surrogata, con ricadute di primo momento sul figlio che venga messo al mondo attraverso tale specifica pratica di procreazione assistita¹.

Il tema si colloca all'intersezione tra diversi campi del sapere e altrettanto diverse concezioni etico-filosofiche ancor prima che giuridiche e ha interessato una copiosa attività giurisprudenziale. Si spiega, in tal senso, il rapporto triangolare "diritto - scienza - etica", nel cui ambito parimenti si iscrive il rapporto tra legislatore e giudice (non solo nazionale), essendosi posto in luce che «uno degli aspetti più controversi risiede nella possibilità di surrogabilità della concretizzazione giudiziaria con quella legislativa»².

La GPA si staglia quale tema specifico, connotato da un elevato livello

¹ Si vedano M. Calogero, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989; AA.VV., *Fra tecnologia e desiderio di un figlio*, Cagliari, 1991, tra cui, S. Rodotà, *Per una disciplina della rivoluzione procreativa*, 127 ss. e M.L. Boccia, *Le nuove frontiere dell'etica e del diritto*, 139 ss.; nonché M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. dir.*, 3, 2023, 365 ss.

² M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 21. Cfr., altresì, S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (cur.), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 82 ss.

di complessità³, la cui divisività emerge già a livello terminologico, sì come risulta dalla proliferazione delle “etichette” utilizzate per definire il fenomeno, da quelle maggiormente “stigmatizzanti” a quelle più “neutre”, tra cui, in specie, “maternità surrogata” e “gestazione per altri”⁴. Nondimeno, rispetto a quest’ultima, non si è mancato di segnalare come essa, «mettendo in primo piano il processo gestazionale, evocato quasi come un processo oggettivato e “disincarnato” dal corpo e dalla vita della donna, rischia di ridurre l’esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica»⁵.

Ad acuire la complessità di tale specifica modalità di procreazione interviene la pluralità di esperienze che nell’ambito di essa vengono potenzialmente ricomprese. In termini generali, infatti, la GPA rappresenta una modalità di procreazione necessitante il corpo di una donna che accetti, su commissione, di iniziare e portare a termine una gravidanza per conto altrui e, al contempo, ricomprende svariate ipotesi attuative, cui si riconnette un diverso numero di soggetti coinvolti nel progetto genitoriale che essa mira a concretizzare. Come è stato affermato, infatti, «[l]a maternità, che in passato era vista come un “gioco a due”, passa oggi ad essere un gioco con tre o più partecipanti, mutamento delineato dalla possibilità, dovuta al progresso medico-scientifico, di scindere la maternità stessa nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali»⁶. Così, oltretutto potersi distinguere in maternità surrogata “altruistica” e “commerciale”⁷, la GPA può prevedere un

³ Di «ipercomplessità della gestazione per altri» discorre M.P. Iadicicco, *Procreazione umana*, cit., 353.

⁴ Le espressioni usate per descrivere tale modalità procreativa (quali “affitto di utero”, “maternità per sostituzione”, “gravidanza per altri”, “gestazione per altri”) sottendono dei giudizi di valore, riflettendo «un ordine [...] decrescente per il disvalore associato ad alcune pratiche e crescente per il tentativo di neutralizzazione delle stesse». Così E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 3 ss., 3-4; B. Pezzini, *Introduzione*, in *GenIUS*, 2, 2017, 6 ss., 6; nonché Id., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere alla gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183 ss., 194. Sulla non univocità terminologica, I. Corti, *La maternità per surrogazione*, Milano, 2000, 3; A. Schillaci, *“Le” gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in M. Pelissero, A. Vercellone (cur.), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, 111 ss., 112.

⁵ B. Pezzini, *Introduzione*, cit., 6. Si vedano, del pari, Id., *Nascere da un corpo di donna*, cit., 194, ove l’A. intende utilizzare l’acronimo GPA per riferirsi all’espressione “gravidanza per altri”; B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 111 ss., 111; L. Guizzardi, *Famiglie nate da surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, in *Pol. dir.*, 2, 2021, 193 ss., 201.

⁶ C. Chini, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 173 ss., 174.

⁷ Su maternità surrogata “altruistica” e “commerciale” si vedano S. Niccolai, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2, 2017, 49 ss., 50-51, ove si sottolinea come un’effettiva esclusione del carattere commerciale della surrogazione si possa avere esclusivamente «in quelle situazioni, dette ‘di prossimità’, che non presuppongono alcuna intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali»; E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 19 ss.; V. Pazé, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino, 2022, 98-100, spec. 100, ad avviso della quale «dove c’è contratto, non c’è libertà. E non

alto o basso ricorso tecnologico e combinazioni variabili, atte a “complessificare” l’«assetto trilaterale» di base che connota la surrogazione⁸. E, infatti, accanto alla maternità surrogata «tradizionale», che vede il coinvolgimento di madre surrogata (in tal caso, anche genetica), padre committente genetico e madre committente (questi ultimi futuri genitori sociali), si dà anche l’ipotesi in cui la madre surrogata accetti di accogliere un embrione frutto del materiale genetico proveniente dalla coppia committente, o dal padre committente (in tal caso anche genetico, oltreché sociale) e da una donatrice o, ancora, dalla madre committente (in tal caso anche genetica, oltreché sociale) e da un donatore, potendosi ricomprendere dette ipotesi nell’alveo della maternità surrogata «gestazionale» (o «completa»)⁹. Di talché, la realizzazione del progetto genitoriale potrà richiedere il coinvolgimento di un numero variabile di soggetti a seconda della coincidenza o meno delle figure della “madre gestazionale” e “biologica” e/o della provenienza del materiale genetico dalla coppia committente o da soggetti estranei alla coppia. In tal senso, se, in alcune ipotesi, «le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere», in altre «la figura della maternità sociale rimane separata, accompagnandosi, in alcuni casi ad un’unica maternità genetica e biologica (nel caso in cui l’ovocita fecondato appartenga alla stessa gestante), in altri a due distinte figure di maternità, corrispondenti alla donatrice dell’ovocita (madre genetica) e alla “portatrice” della gravidanza (madre biologica)»¹⁰. Si osserva, dunque, una «“deflagrazione” della maternità»¹¹ e, parimenti, della paternità, scissa (o scindibile) nelle figure di “padre genetico” e “padre committente/sociale”¹².

Da tali brevi notazioni si ricava la “primigenia” criticità connessa a tale pratica riproduttiva: la «scissione della maternità nei ruoli diversi di madre gestante, genetica e sociale», finendo, così, «per travolgere quella garanzia di certezza sull’identità materna individuabile nel principio *mater semper certa est*»¹³.

c’è dono possibile. Non nell’accezione altruistica sottesa alle retoriche della gestazione per altri, per lo meno».

⁸ L. Conte, *La famiglia. Istituti e istituzione nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2020, 130.

⁹ Su maternità surrogata “tradizionale” e “gestazionale”, Parlamento europeo, Direzione generale politiche interne, Unità tematica C, Diritti dei cittadini e affari costituzionali, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell’UE. Sintesi*, 2013, 7 ss., 7. In dottrina, I. Corti, *La maternità per surrogazione*, cit., 3-4; A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo (cur.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all’estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 80 ss., 80-82, ove l’A. distingue tra surrogazione «eterologa» ed «omologa»; R. Bin, *Editoriale. Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 1 ss., 2-3; C. Chini, *Maternità surrogata*, cit., 173 ss., 176; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, 133 ss.

¹⁰ A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi*, cit., 81-82.

¹¹ I. Corti, *La maternità*, cit., 18.

¹² Cfr. *ivi*, 4; A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi*, cit., 82.

¹³ F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Niccolai, E. Olivito (cur.), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 31 ss., 33.

Nondimeno, le problematicità derivanti dalla GPA sono plurime, interrogando sul ruolo del *diritto* nel suo rapporto con la *tecnica* e con la *società*; se il diritto, dunque, debba rivestire un ruolo conformativo ovvero “adattivo”, limitandosi, in tal senso, ad “assecondare” la tecnica e le conseguenti nuove domande sociali, essendosi rilevato che «il principio *mater semper certa est* [...] diviene il tramite per respingere quella forma di nichilismo giuridico, in cui il diritto non è più ritenuto strumento idoneo a compiere delle scelte (anche di scopo), ma è posto al servizio di una *téchné* della riproduzione dai caratteri onnivori»¹⁴.

Ciò rievoca il tema della condivisibilità o meno del divieto assoluto di surrogazione previsto in Italia (come in altri ordinamenti) dall’art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004¹⁵, da alcuni ritenuto cieco «alla ricchezza delle relazioni “genitoriali”»¹⁶ e causa del proliferare del c.d. turismo procreativo¹⁷, cui si riconnette il problema giuridico del riconoscimento dello

¹⁴ E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 22 ss., spec. 24. Sul nichilismo giuridico, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 118 ss.; V. Possenti, *Nichilismo Giuridico. L’ultima parola?*, Soveria Mannelli, 2012.

¹⁵ Norma considerata «esageratamente severa» da I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (cur.), *Il governo del corpo*, tomo II, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1479 ss., 1489 e «misura draconiana» da A. Ruggeri, C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce delle rivendicazioni di Antigone, in *Consulta Online*, I, 2017, 138 ss., 142. Ad avviso di S. Niccolai, *Alcune note*, cit., 51, il divieto posto dalla l. n. 40/2004 «può essere inteso come volto a colpire precisamente l’intermediazione commerciale nella surrogazione di maternità», sì da potersi ritenere che «il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate».

¹⁶ E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 6.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, A. Ruggeri, C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio», cit., 142 ss.; A. Ruggeri, *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2, 2017, 60 ss., 64, ove l’A. sottolinea che «tra i due corni opposti della liberalizzazione senza condizioni e del divieto categorico si situa la soluzione mediana [...] che è appunto quella di circoscrivere alla sola cerchia familiare il ricorso alla tecnica in parola sì da potersi presumere [...] la gratuità dell’offerta del corpo, testimonianza e conferma a un tempo della solidarietà spontaneamente offerta da una persona ad un’altra». In senso analogo, I. Corti, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2, 2017, 20 ss., 22, 27, ove l’A., nel contestare l’assolutezza del divieto posto dalla legislazione italiana, valorizza la distinzione tra maternità surrogata commerciale e altruistica, sì da ritenere che la GPA «su base solidaristica [...] possa trovare un suo spazio di “futura” liceità o per un nuovo intervento del legislatore che desideri non chiudere gli occhi ad una realtà che non si è fermata nonostante il ferreo divieto normativo». *Contra* S. Niccolai, *Alcune note*, cit., 54 ss.; E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 9 ss. Basti, in questa sede, segnalare come l’apertura auspicata da parte della dottrina non abbia, sino ad ora, avuto riscontro nel quadro legislativo italiano, essendo stato definitivamente approvato il disegno di legge volto ad estendere la punibilità del reato di surrogazione di maternità ai casi di condotta commessa all’estero da cittadini italiani (si veda legge 4 novembre 2024, n. 169, recante «Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano»). Per un approfondimento, si veda, per tutti, A. D’Aloia, *Editoriale. Serve davvero il “reato universale” di maternità surrogata?*, in *Federalismi.it*, 25, 2023, iv ss., viii ss.

status filiationis dei minori nati da una surrogazione realizzata all'estero; problema, questi, che pone la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero all'epicentro della "spinosa" dialettica tra ordine pubblico e migliore interesse del minore¹⁸.

Alla luce delle premesse sin qui affacciate, lo scritto intende ripercorrere la giurisprudenza della Corte Edu (par. 2) e di legittimità e costituzionale italiana in materia (par. 3), sì da (almeno tentare di) saggiarne l'eventuale assonanza o discordanza e trarne alcune osservazioni conclusive (par. 4), la cui "definitività" è, purtuttavia, da escludersi (almeno in termini di assertività), stante la mutevolezza e fluidità del tema oggetto delle presenti note.

2. La giurisprudenza della Corte Edu: da *Mennesson* al primo parere consultivo e oltre

Il consolidato orientamento della Corte Edu in materia di GPA è frutto di un percorso giurisprudenziale¹⁹ da iscriversi nell'ambito di una rimodulazione del diritto alla genitorialità e di una lettura estensiva della nozione di "vita familiare" (oltreché "privata"), le quali sollevano taluni profili di problematicità in relazione alla legittimità o meno delle discipline di quegli Stati che vietino la GPA e al margine di apprezzamento statale, la cui estensione si rivela suscettibile di ridimensionamento in virtù dell'interesse superiore del minore.

A ben vedere, infatti, l'affievolimento (in via di fatto) del divieto di maternità surrogata e, in via correlata, la diffusione del citato fenomeno del turismo procreativo parrebbero alimentati anche da una giurisprudenza che, al fine di salvaguardare i *best interests* del minore, tende a limitare la libertà degli Stati di non riconoscere gli effetti giuridici di una pratica vietata nel proprio ordinamento²⁰.

Quanto in via di prima approssimazione affermato trova espressione nelle sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014²¹, ove – nel pronunciarsi su due casi di GPA praticata negli Stati Uniti in relazione al mancato riconoscimento da parte delle autorità francesi dello *status filiationis* delle minori – la Corte sottolinea come la mancanza di *consensus* europeo in materia legittimerebbe, in linea di principio, il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento in ordine sia alla

¹⁸ Si vedano A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi*, cit., 89; S. Penasa, G. Romeo, *Editoriale. Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in *DPCE Online*, 3, 2023, I ss., IV.

¹⁹ Si vedano L. Poli, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (cur.), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 162 ss., 168 ss.; nonché E. Grasso, E. Mostacci, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Pol. dir.*, 2, 2021, 149 ss., ove si sottolinea come la Corte Edu, piuttosto che pronunciarsi direttamente sulla GPA, abbia osservato «la questione nel suo infrangersi sugli scogli dell'ordine pubblico».

²⁰ Si veda E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 11.

²¹ Si vedano, altresì, C. Edu, *Foulon e Bouvet c. Francia*, 21.07.2016; *Laborie c. Francia*, 19.01.2017.

decisione di autorizzare o meno tale pratica, sia al successivo riconoscimento/mancato riconoscimento della conseguente relazione genitore-figlio; purtroppo, tale ampio margine dovrebbe essere ridotto in considerazione della centralità che il rapporto genitoriale riveste per la costruzione dell'identità del minore²². Nel merito, i giudici di Strasburgo, pur comprendendo la funzione deterrente sottesa al mancato riconoscimento dello *status filiationis*, pongono in luce gli effetti di un simile disconoscimento sui figli, il cui diritto al rispetto della vita privata viene ad essere “incolpevolmente” limitato, specie ove uno degli aspiranti genitori sia anche genitore biologico, essendosi sottolineata «l'importanza della filiazione biologica come componente essenziale dell'identità»²³. Di talché, il superiore interesse del minore si pone quale principio atto a fungere da «possibile controlimite dell'ordine pubblico»²⁴, anche per il tramite della valorizzazione del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 Cedu*, il quale «exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain»²⁵.

Il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* – oggetto di due diverse pronunce rese dalla Seconda Sezione, il 27 gennaio 2015, e dalla Grande Camera, il 24 gennaio 2017 – presenta taluni profili di differenziazione rispetto ai casi *Mennesson* e *Labassee*, per la mancanza di legami biologici tra i genitori committenti e il minore e, altresì, per la questione posta al centro della causa, vertente sulla legittimità delle misure adottate dalle autorità italiane che avevano condotto alla separazione definitiva del minore dai ricorrenti²⁶. Le conclusioni raggiunte dalla Seconda Sezione e, successivamente, dalla Grande Camera sono di segno opposto, avendo la prima dichiarato sussistente una violazione dell'art. 8 Cedu. Nella decisione del gennaio 2015, i giudici ritengono sussistente una vita familiare *de facto*²⁷ e valorizzano le esigenze di salvaguardia del superiore interesse del minore nel suo “contrapporsi” all'ordine pubblico, il quale «non può essere considerato come una *carte blanche* atta a giustificare qualsiasi misura, dato l'obbligo gravante sullo Stato di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»²⁸.

A conclusioni opposte giunge la Grande Camera, in forza di una diversa interpretazione circa la sussistenza di una vita familiare da tutelare ai sensi dell'art. 8 Cedu; nonostante un rapporto tra adulti e minori possa potenzialmente rientrare nella nozione di “vita familiare” anche in assenza di

²² C. Edu, *Mennesson c. Francia*, 26.06.2014, parr. 75-80 e 96-101 e *Labassee c. Francia*, 26.06.2014, parr. 55-59 e 75-80.

²³ C. Edu, *Mennesson c. Francia*, 26.06.2014, par. 100 e *Labassee c. Francia*, 26.06.2014, par. 79.

²⁴ 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 *Dir. umani dir. int.*, 1, 2015, 202 ss., 207-208.

²⁵ C. Edu, *Labassee c. Francia*, 26.06.2014, par. 38.

²⁶ C. Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24.01.2017, parr. 131-133.

²⁷ Conclusione non condivisa dai giudici Raimondi e Spano (C. Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27.01.2015, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Raimondi and Spano, par. 3).

²⁸ Si veda I. Rivera, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of the child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *Federalismi.it*, 3, 2015, 2 ss., 8 ss.

un legame biologico o di un legame giuridicamente riconosciuto, a condizione (si intende) che vi siano legami personali effettivi, la Corte esclude la sussistenza di una vita familiare, quantunque *de facto*, e ciò in forza di una serie di indici cumulativamente considerati, quali: l'assenza di un legame biologico; la breve durata della relazione con il minore; e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico²⁹. La Corte ritiene che le misure contestate riguardino la sola vita privata dei ricorrenti, sotto il profilo della «realizzazione personale degli interessati attraverso il ruolo di genitori che era loro desiderio assumere nei confronti del minore»³⁰. La rilevata insussistenza di una «vita familiare» da tutelare *ex art. 8 Cedu* ha rivestito, dunque, un ruolo di primo momento nella decisione in esame, in cui la valutazione del bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco viene parametrata non sul diritto a preservare l'unità familiare, seppur *de facto*, bensì sul solo diritto al rispetto della vita privata, nella sua declinazione di diritto alla realizzazione personale mediante la concretizzazione di un progetto di genitorialità, con annesso «minor peso» attribuito agli interessi del minore, nella parte in cui la Grande Camera, pur riconoscendone la rilevanza, sottolinea che il minore non è parte del giudizio e che non è parte della famiglia dei ricorrenti ai sensi dell'art. 8 Cedu³¹.

In definitiva, la Corte Edu afferma che «i giudici interni non fossero tenuti a dare la priorità al mantenimento della relazione tra i ricorrenti e il minore, e si trovassero piuttosto di fronte a una scelta delicata: permettere ai ricorrenti di continuare la loro relazione con il minore, e in tal modo legalizzare la situazione che questi avevano imposto come un fatto compiuto, o adottare misure volte a dare al minore una famiglia conformemente alla legge sull'adozione»³². In tale prospettiva, la Corte Edu conclude nel senso della legittimità delle misure disposte dal Governo italiano, in quanto, nonostante l'impatto «emotivo» subito dai ricorrenti per effetto della separazione immediata e irreversibile dal minore, «l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore». Ad avviso della Corte, dunque, «i giudici italiani [...] hanno garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie», in conformità con l'art. 8 Cedu³³.

I casi citati hanno tracciato un percorso giurisprudenziale arricchitosi del primo parere consultivo formulato dalla Corte Edu ai sensi del Protocollo n. 16 su richiesta della *Cour de cassation* francese con l'*arrêt* del 5 ottobre 2018³⁴, con cui si chiedeva se lo Stato eccedesse il proprio margine di

²⁹ C. Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24.01.2017, parr. 142-157, spec. par. 157.

³⁰ *Ivi*, parr. 159-165, spec. parr. 163, 164.

³¹ *Ivi*, parr. 86, 135, 208.

³² *Ivi*, par. 209.

³³ *Ivi*, parr. 215-216.

³⁴ C. Edu, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), 10.04.2019. Si veda O. Feraci, *Il primo parere*

apprezzamento rifiutando di registrare l'atto di nascita estero nella parte in cui attribuisce la maternità alla madre intenzionale e se l'adozione del figlio biologico del coniuge potesse rappresentare una valida alternativa alla trascrizione. L'*Advisory Opinion* del 10 aprile 2019 sintetizza l'orientamento della Corte di Strasburgo in materia di GPA, con riferimento al riconoscimento dello *status filiationis*, sì da (tentare di) conciliare il margine di apprezzamento statale e il perseguimento dei *best interests of the child*. Così, il superiore interesse del minore impone agli Stati di riconoscere il rapporto di filiazione tra genitore non biologico (nel caso di specie, la madre) e il figlio nato da maternità surrogata, accertata nel certificato di nascita legalmente ottenuto all'estero, essendo l'assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con il genitore intenzionale incompatibile con il superiore interesse del minore; è, infatti, opinione della Corte che «whenever the situation of a child is in issue, the best interests of the child are paramount»³⁵, specie a fronte delle conseguenze negative che su disparati aspetti della vita privata del minore possono derivare dal mancato riconoscimento del rapporto genitoriale con il genitore di intenzione non biologico³⁶. Al contempo, il rispetto del margine di apprezzamento rimesso agli Stati richiede che detto riconoscimento non debba obbligatoriamente avvenire per mezzo della registrazione dell'atto di nascita, ma possa parimenti ottenersi mediante modalità alternative – quali la procedura di adozione – purché venga offerta una protezione tempestiva ed efficace degli interessi del minore³⁷.

La giurisprudenza successiva ha contribuito – a partire dai casi *C e E c. Francia* e *D c. Francia* – a far “sedimentare” l'orientamento della Corte Edu come sintetizzato nell'*Advisory Opinion*³⁸, avendo la Corte ribadito che «quando un bambino nasce mediante GPA praticata all'estero con l'apporto del materiale genetico del padre di intenzione, il diritto al rispetto della vita privata del minore richiede che sia dato riconoscimento al rapporto di filiazione con entrambi i genitori di intenzione, indipendentemente dal fatto che la madre intenzionale sia o meno la madre genetica»³⁹ e che, tra le possibili modalità alternative di tutela, l'adozione (ove rispondente ai requisiti di tempestività ed efficacia) «produce effetti della medesima natura della trascrizione dell'atto di nascita straniero»⁴⁰.

La giurisprudenza di Strasburgo si è, dunque, incentrata su sussistenza e adeguatezza dei metodi alternativi di riconoscimento del rapporto di

consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano, in *Oss. fonti*, 2, 2019, 1 ss., 2, 3.

³⁵ *Advisory Opinion*, par. 38.

³⁶ *Ivi*, par. 40.

³⁷ *Ivi*, parr. 50 ss., par. 55.

³⁸ Cfr. 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, 1 ss., 6, ad avviso della quale ciò rappresenta «un passaggio fondamentale che contribuisce a dare forza vincolante alle affermazioni contenute nell'atto consultivo che, al contrario [...] ai sensi dell'articolo 5 del Protocollo non ha forza vincolante né per lo Stato richiedente, né per gli altri, tantomeno per quelli che, come l'Italia, non hanno ancora ratificato il protocollo 16».

³⁹ C. Edu, *D c. Francia*, 16.07.2020, par. 54. Si veda, altresì, *C.E. e altri c. Francia*, 24.03.2022, par. 100.

⁴⁰ C. Edu, *D c. Francia*, 16.07.2020, par. 66; nonché *C e E c. Francia*, 19.11.2019, parr. 42-44.

filiazione, essendo da ritenersi contraria all'art. 8 Cedu tanto l'assoluta e generale impossibilità del riconoscimento del rapporto genitore-figlio – come concluso nella sentenza *D.B. e altri c. Svizzera* del 22 novembre 2022 – , quanto la non adeguatezza delle modalità di accertamento della filiazione, come ribadito con la sentenza *C c. Italia*, del 31 agosto 2023.

Così, nel caso *D.B. e altri c. Svizzera*, la Corte ha ritenuto violato il diritto al rispetto della vita privata del minore nato da GPA praticata all'estero da una coppia omosessuale in forza dell'assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento del legame con i genitori di intenzione per un periodo di tempo significativo (pari a sette anni e otto mesi) quale conseguenza della legislazione statale che, fino al 1 gennaio 2018, precludeva alle unioni registrate, come quella dei ricorrenti, di accedere all'adozione⁴¹. Per converso, nel caso *C c. Italia*, la Corte dichiara insussistente una violazione dell'art. 8 Cedu sotto il profilo del riconoscimento del legame tra il figlio nato da GPA e la madre intenzionale non biologica, ritenendo che, stante la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari, la legislazione italiana non opponga «un'impossibilità generale e assoluta»⁴². Nondimeno, la sentenza interviene ad ulteriormente ribadire gli standard di «efficacia» e «celerità» risalenti all'*Advisory Opinion*, nella parte in cui, nel ritenere violato il diritto al riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre biologico, sottolinea un «dovere di diligenza eccezionale» ogniqualvolta venga in rilievo il rapporto tra una persona e il proprio figlio⁴³ e che, conformemente all'interesse superiore del minore all'accertamento del proprio legame con il genitore biologico, «il processo decisionale deve essere sufficientemente incentrato sull'interesse superiore del minore e, in tal senso, privo di formalismo eccessivo e in grado di realizzare questo interesse a prescindere da eventuali vizi procedurali»⁴⁴.

Ancora, nella prospettiva qui adottata del livello di incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sulla discrezionalità (sovrana?) degli Stati, merita di essere in particolare segnalata, per la stringente applicazione degli standard di tutela dei diritti e interessi dei minori nati da GPA, la sentenza *K.K. e altri c. Danimarca* del 6 dicembre 2022⁴⁵, relativa a un caso di diniego della richiesta di adozione da parte della madre intenzionale non biologica dei due minori nati da GPA realizzata, dietro compenso, in Ucraina. Le autorità danesi avevano, infatti, negato la possibilità di ricorrere all'adozione per contrasto con l'allora vigente sez. 15 dell'*Adoption Act* e con l'ivi contenuto divieto di adozione nei casi in cui la persona chiamata a prestare il consenso (la madre gestante) abbia percepito un compenso. A ben vedere, pur ponendosi «in linea di sostanziale continuità con la giurisprudenza [...]

⁴¹ Cfr. C. Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, 22.11.2022, parr. 87-89.

⁴² C. Edu, *C c. Italia*, 31.08.2023, parr. 79-69, spec. par. 77.

⁴³ *Ivi*, parr. 58-59.

⁴⁴ *Ivi*, parr. 56-68, spec. par. 68.

⁴⁵ Si vedano M. Caielli, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 1495 ss.; E. Baiocco, *K.K. and others v. Denmark: il superiore interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di riconoscimento del genitore intenzionale del bambino nato da maternità surrogata all'estero*, in *Diritti Comparati*, 17 gennaio 2023, 1 ss.

inaugurata con la decisione *Mennesson c. Francia*⁴⁶, la pronuncia farebbe trasparire una (forse eccessivamente) penetrante verifica da parte della Corte Edu. Dal diniego di *step-child adoption*, infatti, i giudici di Strasburgo inferiscono il mancato riconoscimento del rapporto genitore-figlio⁴⁷ e ciò nonostante il grado di tutela ad ogni modo accordato ai minori attraverso il riconoscimento della cittadinanza danese, la concessione alla madre d'intenzione dell'affidamento congiunto con il padre intenzionale (e genetico) e l'estensione ai minori dei diritti ereditari. Ad avviso della Corte Edu, infatti, «le soluzioni cumulative previste dal diritto danese non avrebbero avuto un impatto tale sulla vita privata dei minori da poter compensare il rifiuto di lasciarli adottare dalla madre d'intenzione»⁴⁸, sicché «le autorità danesi avrebbero mancato di effettuare un equilibrato bilanciamento tra i concorrenti interessi in gioco»⁴⁹, ossia l'interesse dei minori a vedersi riconoscere il legame giuridico con la madre d'intenzione, da un lato, e l'esigenza di contrastare lo sfruttamento delle donne vulnerabili negli accordi di maternità surrogata commerciale e i rischi di “mercificazione” dei bambini, dall'altro.

Alla luce del caso di specie, vi sarebbe, dunque, da chiedersi se il miglior interesse del minore sia un fattore atto a determinare una *riduzione* del margine di apprezzamento statale o, piuttosto, una sua *eliminazione* di fatto. In tal senso si sono, d'altra parte, espressi i giudici dissenzienti⁵⁰, nell'opinione dei quali si assisterebbe a una “eterodeterminazione” della politica degli Stati parte in una materia altamente sensibile, rispetto alla quale verrebbe meno qualsivoglia margine di apprezzamento, e ciò sull’“altare” del miglior interesse del minore, che da interesse da ritenersi – conformemente alla formulazione di cui all'art. 3.1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 – «of primary consideration» viene elevato ad unico interesse ammissibile («the sole permissible one»), destinato, in ogni caso, a prevalere su qualsiasi considerazione di politica nazionale⁵¹, con ciò confermando, in maniera alquanto netta, il proprio orientamento sul principio dei *best interests of the child* quale principio declinato al singolare, come «interesse del singolo minore coinvolto e non come *best interests of the children*, mentre [...] la *ratio* del divieto di surrogazione di maternità va ricondotta, tra l'altro, all'interesse dei minori, di tutti i minori, a non venir considerati merci di scambio»⁵².

⁴⁶ M. Caielli, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata*, cit., 1495.

⁴⁷ C. Edu, *K.K. e altri c. Danimarca*, 06.12.2022, par. 72.

⁴⁸ *Ivi*, par. 74.

⁴⁹ *Ivi*, par. 76.

⁵⁰ Cfr. C. Edu, *K.K. e altri c. Danimarca*, 06.12.2022, Joint Dissenting Opinion of Judges Kjølbrot, Koskelo and Yüksel, par. 88.

⁵¹ *Ivi*, parr. 107 e 109. Profili ritenuti critici dai giudici dissenzienti sono, in particolare, l'interpretazione restrittiva offerta dalla maggioranza circa gli “altri mezzi” di riconoscimento del rapporto di filiazione di cui all'*Advisory Opinion* (par. 102), la ritenuta mancanza di un fondamento che potesse giustificare l'opera di sostituzione dell'opinione della Corte a quella delle Autorità danesi (par. 100), nonché la circostanza che la “eterodeterminazione” della politica nazionale in materia provenisse da una scarna maggioranza (par. 107).

⁵² E. Frontoni, *Genitori e figli tra giudice e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, 137, ove l'A. sottolinea come un'altra questione riconducibile al principio dei *best interests of the child* e non presa in considerazione dalla Corte sia data dalla relazione del

3. GPA tra ordine pubblico e *best interests of the child*: alcune indicazioni della giurisprudenza nazionale

Le problematiche giuridiche sollevate dalla GPA chiamano in causa la necessità di tutela dell'interesse del minore, veicolando, al contempo, un'interpretazione evolutiva della nozione di ordine pubblico, la quale segna un «allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei»⁵³. In tal senso si è espressa la Cassazione nella sentenza n. 19599/2016, relativa a una richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di un bambino avuto in Spagna da due donne mediante ricorso alla PMA⁵⁴. Con tale pronuncia, si è rimarcata l'attenuazione dell'ispirazione originariamente «statualista» caratterizzante l'ordine pubblico quale limite all'ingresso di norme straniere confliggenti con l'assetto valoriale dello Stato nazionale; attenuazione, quest'ultima, che avrebbe favorito una concezione «di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, della Costituzione e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale»⁵⁵. La Corte afferma, pertanto, che «la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma del terzo comma dell'art. 269 c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico

minore con la madre gestante. Su tale profilo, I. Carlotto, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, 165-172. In tema, si veda, altresì, I. Anrò, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. Niccolai, E. Olivito (cur.), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 59 ss., spec. 66 ss.

⁵³ Cass., n. 19599/2016, 21. Su tali profili si vedano, tra gli altri, S. Guzzi, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, in *La comunità int.*, 3, 2016, 377 ss., 380, ove l'A. discorre di o.p. «attenuato»; F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata*, cit., 38 ss.; Id., *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Oss. cost. AIC*, 2, 2020, 185 ss.; L. Conte, *La famiglia*, cit., 134, ove l'A. descrive l'o.p. quale «sorta di concetto-membrana».

⁵⁴ Il bambino era nato da una coppia di due madri (una cittadina italiana e una spagnola), le quali avevano fatto ricorso alle tecniche di PMA, avendo l'una portato a termine la gravidanza realizzata mediante il materiale genetico della compagna fecondata con gamete maschile di un donatore, essendo, dunque, entrambe madri, l'una gestante e l'altra genetica.

⁵⁵ Cass., n. 19599/2016, 20. Diversamente, nella sent. n. 24001/2014, la Cassazione intende l'ordine pubblico internazionale nella sua funzione di limite a tutela della coerenza interna dell'ordinamento nazionale, includendovi «principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili» (Cass., n. 24001/2014, 13). Per la contrapposizione tra le nozioni di «o.p.i. "forte" e "difensiva" dei principi dell'ordinamento nazionale» e di «o.p.i. "attenuata" e "aperta" all'integrazione e all'attuazione dei principi sovra/internazionali» come affermatesi, rispettivamente, nelle sentenze n. 24001/2014 e n. 19599/2016, si veda F. Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale?*, cit., 189-195, spec. 189.

desumibile da detta regola»⁵⁶.

In tale prospettiva, se nella sentenza della Cassazione n. 24001/2014 – riguardante, quest’ultima, un caso di GPA, in cui nessuno dei genitori di intenzione risultava essere biologicamente legato al figlio – si era fatto coincidere il superiore interesse del minore con il principio, *ex art. 269, co. 3, c.c.*, in virtù del quale si assume essere madre colei che partorisce e si qualificava il divieto di surrogazione di maternità come di ordine pubblico, negandosi, dunque, il riconoscimento giuridico dello *status filiationis*, nella sentenza n. 19599/2016, si fa un diverso uso del criterio dei *best interests of the child*, considerato “in competizione” con altri valori e principi, come quelli derivanti dalla disciplina sulla PMA di cui alla l. n. 40/2004 e dall’art. 269, co. 3, c.c., i quali non vengono dalla Corte ricondotti al limite dell’ordine pubblico per non essere gli stessi «principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento»⁵⁷. Rispetto al superiore interesse del minore, la Cassazione – richiamando la giurisprudenza di Strasburgo – valorizza come le prescrizioni e i divieti posti dalla disciplina italiana «non poss[an]no ricadere su chi è nato», a detrimento, dunque, del suo diritto fondamentale alla «conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi»⁵⁸, affermando che «[a]l superiore interesse del minore alla continuità dello *status filiationis* [...] non può validamente opporsi il principio secondo cui, nell’ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.)»⁵⁹.

A tali enunciazioni ne hanno fatto seguito altre, tra cui la sentenza a Sezioni Unite n. 12193/2019, ove, in una vicenda analoga a quella del 2014, la Cassazione pone «una chiara distanza interpretativa con il precedente rappresentato dalla sent. n. 19599/2016», riaffermando «la funzione propriamente “difensiva” della nozione di o.p.i.»⁶⁰. In sostanza, la Corte di cassazione ha statuito che «in tema di riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l’ordine pubblico [...] dev’essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell’interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico»⁶¹. Con specifico segno al diritto alla conservazione dello *status filiationis*, la Corte sottolinea come questi sia «destinato ad affievolirsi»⁶² a fronte del divieto di surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, in quanto pratica che – come

⁵⁶ Cass., n. 19599/2016, 51-52.

⁵⁷ *Ivi*, 38. Su tali profili, F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata*, cit., 44 e 47 ss.

⁵⁸ Cass., n. 19599/2016, 45.

⁵⁹ *Ivi*, 46.

⁶⁰ F. Angelini, *L’ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale?*, cit., 195 ss., spec. 200.

⁶¹ Cass., SS.UU., n. 12193/2019, 30.

⁶² *Ivi*, 38.

affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017⁶³ – «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁶⁴. Il divieto in parola viene considerato «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione», con la specificazione per la quale «la tutela di tali valori [...] non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983»⁶⁵.

In termini analoghi (sebbene arricchiti alla luce della giurisprudenza costituzionale *medio tempore* intervenuta) si sarebbero nuovamente espresse le Sezioni Unite con la sentenza n. 38162/2022, con cui si ribadisce che il divieto della maternità surrogata (a prescindere dalla circostanza che essa avvenga a titolo gratuito o oneroso) costituisce un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela della dignità umana nella sua valenza oggettiva⁶⁶ e torna a individuare nell'adozione in casi particolari la modalità attraverso cui dare tutela al diritto fondamentale del minore al riconoscimento giuridico dello *status filiationis*⁶⁷. Il profilo dell'adeguatezza – quanto a *tempestività* ed *efficacia* – dell'adozione in casi particolari era stato portato all'attenzione della Corte costituzionale dalla Prima Sezione civile della Cassazione con ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020 in relazione a un caso di riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre non biologico e il figlio nato da GPA praticata in Canada, dubitando il giudice rimettente della compatibilità del diritto vivente – come cristallizzatosi a seguito della sentenza a Sezioni Unite n. 12193/2019 – con gli standard di tutela del

⁶³ C. cost., n. 272/2017. Come sottolineato da A. Schillaci, *“Le” gestazioni per altri*, cit., 114 ss., 115, «[s]ullo sfondo dell'itinerario argomentativo si staglia [...] il riferimento a una declinazione in senso oggettivo della dignità, che assume – in questo caso – la funzione di limite a qualsivoglia scelta in senso contrario da parte dei soggetti coinvolti». Sulle dimensioni soggettiva e oggettiva di dignità, si veda, per tutti, G. Resta, *La dignità*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (cur.), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 259 ss., 267 ss. Sulla pronuncia, si vedano 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, 149 ss., spec. 164 ss.; S. Agosta, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Oss. fonti*, 2, 2018, 1 ss.; C. Masciotta, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019, 101-108.; E. Frontoni, *Genitori e figli*, cit., 155-158.

⁶⁴ Cass., SS.UU., n. 12193/2019, 37, ove si richiama la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale, al *Cons. in dir.*, p.to 4.2.

⁶⁵ Cass., SS.UU., n. 12193/2019, 41.

⁶⁶ Cfr. Cass., SS.UU., n. 38162/2022, spec. 42 e 45. Si veda M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi*, cit., 375-376, ove, in toni critici, afferma che la ritenuta «lesione della dignità femminile che si suppone prodotta *in re ipsa* dalla GPA» presupporrebbe un'opera di «astrazione», che non guarda «alla concretezza dell'esistenza, trascurando le chance di *empowering* che l'accesso alla GPA può offrire per un'aspirante madre portante in termini di mobilità sociale, di miglioramento delle proprie condizioni di vita», il che sarebbe – ad avviso dell'A. – più coerente con l'idea di pari dignità sociale fatta propria dalla Carta costituzionale.

⁶⁷ Cfr. Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 50.

minore stabiliti a livello convenzionale⁶⁸, avendo, in specie, ritenuto che «non si possa prescindere dal [...] parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019»⁶⁹.

Nella ritenuta «impossibilità di confermare una linea interpretativa che [...] si ritiene in contrasto con la posizione espressa dalla Corte Europea sullo stesso tema»⁷⁰, la Prima Sezione civile della Cassazione ha invocato, dunque, l'intervento della Corte costituzionale, ritenendo l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite nel 2019 come ostativa «all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare»⁷¹, il che si porrebbe in contrasto con l'art. 8 Cedu per come interpretato dalla Corte Edu quale comprensivo del «diritto all'identità dell'individuo», richiamandosi – specie a fronte del parere consultivo del 10 aprile 2019 – la «valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialità affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano»⁷². Di talché, ad avviso del giudice rimettente, il carattere sovraordinato dei *best interests of the child* rivestirebbe «un'inequivoca decisività nell'orientare ogni interpretazione del giudice nazionale nel senso di considerare la discrezionalità del singolo Paese come recessiva laddove essa si esprima attraverso norme che non garantiscano, come si è detto, la tutela piena dei diritti del minore alla propria identità ma anche alla piena fruizione ed espressione della propria vita familiare»⁷³. È alla luce di dette considerazioni che il giudice ritiene non adeguato agli standard convenzionali «il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione *ex art. 44 lett. d)* della legge n. 184/1983», il quale «pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico»⁷⁴.

Ciò ha occasionato il pronunciamento della Corte costituzionale, la quale – con sentenza n. 33/2021, relativa a una questione di legittimità concernente la trascrivibilità di un atto di nascita formato all'estero in relazione a una coppia omogenitoriale – avrebbe fatto «appello a un doveroso *self-restraint*»⁷⁵, pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità delle questioni

⁶⁸ Cass., ord. n. 8325/2020, con cui la Prima Sezione civile ravvisa un potenziale contrasto dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, degli artt. 18 del d.P.R. n. 396/2000, e 64, co. 1, lett. g), della l. n. 218/1995, come interpretati nel diritto vivente, con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, co. 1, Cost., in relazione, quest'ultimo, a plurime disposizioni internazionali ed eurounitarie, quali, in specie, l'art. 8 Cedu, gli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, nonché l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si veda R. Trezza, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi.it*, 22, 2020, 278 ss., 289 ss.

⁶⁹ Cass., ord. n. 8325/2020, 17.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ivi*, 21.

⁷² *Ivi*, 27.

⁷³ *Ivi*, 28.

⁷⁴ *Ivi*, 31.

⁷⁵ G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 59 ss., 61.

sollevate in relazione, fra gli altri, al divieto di cui all'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004⁷⁶. La Consulta ha affermato che se, per un verso, la giurisprudenza consolidata di Strasburgo non osta alla non trascrivibilità degli atti stranieri che attestino il rapporto di filiazione, dall'altro impone la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento giuridico del rapporto di fatto esistente anche con il genitore non biologico con modalità quali, ad esempio, l'adozione purché celere ed effettiva. In tale prospettiva, la Corte, premessa la necessità di bilanciare l'interesse del minore con lo scopo legittimo di disincentivare una pratica contraria all'ordine pubblico, riconosce che l'adozione in casi particolari individuata dalle Sezioni Unite rappresenta una tutela, seppur significativa, «ancora non del tutto adeguata» e decide di «arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁷⁷. Ripreso il giudizio dinanzi alla Cassazione, la questione viene rimessa alle Sezioni Unite – pronunciatesi con la citata sentenza n. 38162/2022 –, chiamate a valutare l'opportunità di una rimediazione della soluzione prospettata nel 2019 stante l'intervenuta pronuncia del Giudice delle leggi⁷⁸. A fronte della sentenza costituzionale, la Prima Sezione civile della Cassazione, a mezzo dell'ordinanza interlocutoria n. 1842/2022⁷⁹, ha ritenuto sussistente «un vuoto normativo, per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite»; così la Cassazione ha ritenuto di sollecitare un ulteriore intervento delle Sezioni Unite, in quanto «vertice della funzione di nomofilachia propria della Corte di Cassazione», nella prospettata necessità di adottare «una linea interpretativa diversa che tenga conto delle motivazioni espresse dalla Corte Costituzionale»⁸⁰.

Le Sezioni Unite confermano il precedente orientamento, ritenendo che la Consulta, pur avendo evidenziato l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, «non ha avallato la tesi di un accertamento *ab initio* di una genitorialità puramente intenzionale in tutti o in taluni casi di nascita da una

⁷⁶ Sulla pronuncia si veda, tra gli altri, E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari»*, cit., 6 ss.

⁷⁷ C. cost., n. 33/2021, *Cons. in dir.*, p.ti 5.8 e 5.9.

⁷⁸ Ad avviso della Prima Sezione civile, la sentenza “monitoria” della Corte costituzionale porrebbe i diritti del minore «in posizione di preminenza rispetto al disvalore della gestazione per altri e consentirebbe, a determinate condizioni, di superare il carattere invalicabile di limite di ordine pubblico così come disegnato nel 2019 dalle Sezioni Unite, valutando caso per caso anche la tipologia di accordo gestazionale» (Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 24). Si veda A. Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2022, 1047 ss.

⁷⁹ Si veda Cass., ord. n. 1842/2022. Per un approfondimento, M. Caldironi, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022, 317 ss.

⁸⁰ Cass., ord. n. 1842/2022, 13. Ad avviso della Prima Sezione civile della Cassazione, infatti, il preesistente diritto vivente, in base alla motivazione della sentenza cost. n. 33/2021, «non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del generale mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44 lett. d) della legge n. 184 del 1983» (Cass., ord. n. 1842/2022, 25).

madre surrogata»⁸¹, dovendosi, tra l'altro, considerare l'intervenuta sentenza costituzionale n. 79/2022, con cui la Corte, dichiarando l'illegittimità del mancato riconoscimento dei rapporti civili tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, ha sciolto uno dei profili di criticità sotto il profilo dell'effettività della tutela offerta al minore⁸². Nell'opinione delle Sezioni Unite, per effetto della sopravvenuta sentenza n. 79/2022, anche l'adozione in casi particolari produce effetti pieni; inoltre, ritenendo possibile superare per via interpretativa anche l'ulteriore profilo di inadeguatezza rappresentato dalla necessità, ai fini della costituzione del rapporto adottivo, dell'assenso del genitore biologico⁸³, la Cassazione ritiene che «l'adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profil[+] come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali»⁸⁴. Così, nell'individuare nell'adozione in casi particolare lo strumento attraverso cui tutelare il minore nato da GPA realizzata all'estero, la Cassazione esclude la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero per «un triplice ordine di considerazioni», tra cui figura la tutela degli interessi del minore, la quale richiederebbe di essere realizzata, piuttosto che attraverso un meccanismo automatico, mediante «una verifica in concreto dell'attualità del disegno genitoriale e della costante cura in via di fatto del bambino»⁸⁵.

4. Giurisprudenza Cedu e ordinamento nazionale a confronto: alcune osservazioni conclusive

Dall'analisi della giurisprudenza parrebbero emergere indicazioni ondivaghe sul riconoscimento dello *status filiationis*. Detta "disomogeneità", a ben vedere, non stupisce (o desta meno stupore) ove si porti la mente alla varietà di ipotesi attuative della GPA e, parimenti, ai "condizionamenti" derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo⁸⁶.

Volendo raffrontare gli orientamenti giurisprudenziali in discorso, basti segnalare come la sentenza della Cassazione n. 24001/2014 abbia segnato, ad esempio, un apparente disallineamento con le precedenti *Mennesson* e *Labassee*, dovuto all'assenza di qualsivoglia legame biologico tra i genitori di intenzione e il figlio, avendo la Cassazione sottolineato come la Corte Edu avrebbe ravvisato un superamento dell'ampio margine di apprezzamento rimesso agli Stati «nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest'ultimo sia anche padre biologico»⁸⁷.

⁸¹ Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 30.

⁸² Cfr. *ivi*, 31-32.

⁸³ Cfr. *ivi*, 32-35.

⁸⁴ *Ivi*, 37.

⁸⁵ *Ivi*, 50 ss., spec. 53.

⁸⁶ Cfr. O. Feraci, *Il primo parere consultivo della CEDU*, cit., 27 ss.

⁸⁷ Cass., n. 24001/2014, 17. Si veda O. Feraci, *Il primo parere consultivo della CEDU*, cit., 30, ove si sottolinea come la pronuncia della Cassazione, pur essendo di poco successiva alle sentenze *Mennesson* e *Labassee*, sia arrivata a conclusioni differenti riespandendo «il margine di apprezzamento discrezionale statale alla luce delle specifiche circostanze del caso di specie».

La medesima pronuncia del 2014 segna una divergenza interpretativa tra Roma e Strasburgo, ove posta in raffronto con la prima decisione resa nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, relativa a un caso sostanzialmente analogo nei presupposti fattuali e nelle conseguenti vicende giudiziarie che ne hanno fatto seguito a livello interno⁸⁸. Detta distanza si misura sui profili dell'ordine pubblico, nonché del ruolo assunto dalla sussistenza o meno di un legame biologico e dall'interesse superiore del minore⁸⁹. Laddove la Corte Edu valorizza i *best interests of the child* quale principio atto a prevalere sull'ordine pubblico, la Cassazione dà un'interpretazione differente del principio medesimo, ritenendo che tale interesse «si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione [...] piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»⁹⁰.

Interessanti spunti di riflessione derivano dai più recenti approdi giurisprudenziali, specie a fronte dell'*Advisory Opinion* del 2019. Il principio di diritto espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 12193/2019 è parso distonico rispetto alle indicazioni fornite dalla Corte Edu nel suo parere consultivo sotto il profilo dell'adeguatezza della modalità di tutela del minore, individuata nell'adozione in casi particolari. Profilo su cui hanno avuto modo di pronunciarsi Corte costituzionale e Cassazione con le citate sentenze n. 33/2021 e n. 38162/2022. In tale ultimo pronunciamento, in specie, si è esclusa la tendenziale distonia con gli orientamenti promananti da Strasburgo, essendosi anzi rinvenuta una convergenza tra Corte costituzionale e Corte Edu «nel tracciare [la] linea di fondo del sistema» in virtù della quale l'interesse preminente (sebbene non “tiranno”) del minore non esige l'automatica trascrivibilità del provvedimento straniero, bensì il riconoscimento giuridico del legame stabilito all'estero allorché si sia di fatto concretizzato⁹¹. Così, la Cassazione afferma che «l'interesse del minore non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona»⁹²; parole che rievocano le considerazioni dei giudici dissenzienti nel caso *K.K. e altri c. Danimarca* nella parte in cui sottolineano come l'interesse “preminente” del minore non vada letteralmente inteso come «più importante di qualsiasi altra cosa»⁹³.

L'analisi della giurisprudenza disvela l'alto livello di complessità che connota la GPA; complessità che evoca la trasformazione della famiglia⁹⁴ e

⁸⁸ Come segnalato da S. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, 11 ss., 12, entrambi i casi riguardano una surrogazione di maternità praticata da cittadini italiani all'estero, in mancanza di qualsivoglia legame biologico con i genitori committenti.

⁸⁹ Cfr. S. Serravalle, *Maternità surrogata*, cit., 11 ss.

⁹⁰ Cass., n. 24001/2014, 16.

⁹¹ Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 48 ss.

⁹² *Ivi*, 49.

⁹³ C. Edu, *K.K. e altri c. Danimarca*, 06.12.2022, Joint Dissenting Opinion of Judges Kjølbros, Koskelo and Yüksel, par. 95-96 e 109. Si veda M. Caielli, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata*, cit., 1497-1498.

⁹⁴ Si pensi alle parole usate dalla Cassazione nella sent. n. 38162/2022, ove si richiama il «passaggio da una famiglia “isola” ad un “arcipelago” di famiglie» (58). In dottrina, si vedano, tra gli altri, S. Veronesi, *Le ‘nuove famiglie’ e la posizione del genitore ‘sociale’ rispetto ai figli del coniuge o del nuovo partner*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo

della genitorialità medesima, disancorandosi dai concetti tradizionali di unione familiare e di filiazione. La tematica solleva profili di criticità in relazione alla dignità della donna e alle esigenze di tutela dei minori, i cui interessi e diritti, indiscutibilmente, devono essere salvaguardati, sotto il profilo della costruzione dell'identità personale del minore e di tutti quei diritti che ai rapporti familiari si riconnettono (dalla cittadinanza ai diritti patrimoniali ed ereditari), senza, tuttavia, potersi (doversi) lasciare in ombra le esigenze di tutela dei «minori che – pur non essendo i diretti destinatari della decisione giudiziaria del caso di specie – subiscono un'incidenza indiretta degli orientamenti sviluppati» in sede nazionale e sovranazionale⁹⁵.

La giurisprudenza di Strasburgo segna un'interpretazione evolutiva della Cedu, a partire dal suo art. 8, utilizzato quale sorta di “clausola di apertura”, suscettibile di far ricadere nell'ambito di tutela situazioni in principio non contemplate né configurate, come quelle riconnesse alla procreazione medicalmente assistita e alla gestazione per altri, le quali, parimenti, non esauriscono il novero degli esempi di interpretazione evolutiva della giurisprudenza di Strasburgo, “impegnata” in una lettura della Convenzione all'insegna, oltreché dell'*effettività* dei diritti ivi riconosciuti, della sua *attualizzazione* in chiave dinamica. Così, – per rimanere nel perimetro delle questioni biogiuridiche – ulteriori esempi di interpretazione evolutiva si rinvengono, sempre a partire dalla nozione ampia di “vita privata” di cui all'art. 8 Cedu, in materia di scelte di fine vita⁹⁶ o, ancora, di riconoscimento dell'identità di genere quale manifestazione dell'identità personale⁹⁷.

(cur.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 49 ss.

⁹⁵ I. Anrò, *Il principio del superiore interesse del minore*, cit., spec. 73, ove, nel dubitare sulla «reale corrispondenza della decisione di mantenere il legame con la famiglia committente al superiore interesse del minore», suggerisce di interrogarsi sul “superiore interesse dei minori”, sottolineando, tra gli altri, gli effetti che il ricorso alla maternità surrogata produce sull'adozione, derubricata a «*second option*» ai danni dei «minori in stato di adottabilità».

⁹⁶ Si pensi, in tal senso, al caso *Haas c. Svizzera*, in cui la Corte Edu ebbe a sottolineare che «an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end [...] is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention» (C. Edu, *Haas c. Svizzera*, 20.01.2011, par. 51). Sulla giurisprudenza in materia, si vedano, *ex plurimis*, C. Edu, *Pretty c. Regno Unito*, 29.04.2002; *Koch c. Germania*, 19.07.2012; *Gross c. Svizzera*, 30.09.2014; *Lambert e altri c. Francia*, 05.06.2015; *Mortier c. Belgio*, 04.10.2022.

⁹⁷ La giurisprudenza di Strasburgo in materia offre un limpido esempio di interpretazione in chiave evolutiva della Convenzione, segnata dal significativo *revirement* rappresentato dalla sentenza *B. c. Francia*, del 25 marzo 1992, con cui – sebbene non senza alcuni successivi “arretramenti” (C. Edu, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, 30.07.1998) – si è superata la posizione di iniziale chiusura (C. Edu, *Rees c. Regno Unito*, 17.10.1986, e *Cossey c. Regno Unito*, 27.09.1990), sino ad arrivare a pronunciamenti significativi, tra cui, in specie, il *leading case* rappresentato dalla pronuncia *Christine Goodwin c. Regno Unito*, dell'11 luglio 2002. Rispetto al tema qui affacciato, la giurisprudenza è copiosa, essendosi, in particolare, appuntata sui profili seguenti: (i) riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone trans che hanno subito un'operazione chirurgica di affermazione di genere (C. Edu, *Rees c. Regno Unito*, 17.10.1986; *Cossey c. Regno Unito*, 27.09.1990; *B. c. Francia*, del 25.03.1992; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11.07.2002; *I. c. Regno Unito*, 11.07.2002; *Grant c.*

Da quanto sinora descritto si evince, per un verso, l'impatto esercitato dalla *tecnica*, la cui "forza trasformativa" verrebbe, in certa misura, alimentata dall'attività pretoria delle Corti e, per l'altro, l'influsso della giurisprudenza di Strasburgo sugli ordinamenti giuridici nazionali, nei termini sia del dialogo tra Corti, sia del suo impatto sulla disciplina di questioni – come quelle oggetto delle presenti note – eticamente sensibili.

La prima delle citate prospettive evoca il tema di una potenzialmente incontrollata espansione dei diritti, in cui osservarsi il transitare dall'«età dei diritti»⁹⁸ all'«età delle pretese», a fronte dell'«alleanza tra l'illimitatezza del desiderio e la potenza della tecnica»⁹⁹ e di «un sorprendente cedimento all'onnipotenza della tecnica ed all'errore fatale secondo cui i diritti di libertà degli adulti debbano avere la meglio su altri diritti»¹⁰⁰. Riflessione che – rispetto ai diritti riproduttivi e, in specie, al "diritto a un figlio" –, si declina nel rischio di una prevalenza dei «"diritti di libertà" dell'adulto» su ogni altro diritto, ivi inclusi i diritti del figlio, che "recederebbero" rispetto alla «"incoercibile" libertà di autodeterminazione della coppia»¹⁰¹ ed «alla *gratificazione sentimentale ed emozionale* dei genitori»¹⁰², essendosi sottolineato come, nella giurisprudenza di Strasburgo, si sia assistito a un'evoluzione che ha visto il migliore interesse del minore assurgere a «strumento per tutelare in realtà proprio i diritti del genitore, attraverso questo filtro»¹⁰³.

Regno Unito, 23.05.2006); (ii) modalità e condizioni di accesso all'operazione di rettificazione del sesso e all'eventuale rimborso delle relative spese (C. Edu, *Van Kück c. Germania*, 12.06.2003; *Schlumpf c. Svizzera*, 08.01.2009; *L. c. Lituania*, 11.09.2007; *Y.T. c. Turchia*, 10.03.2015); (iii) riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone trans che non si siano sottoposte alla chirurgia di affermazione di genere o che non intendano sottoporvisi (C. Edu, *A.P. Garçon e Nicot c. Francia*, 06.04.2017); (iv) impossibilità per una persona trans di ottenere il cambiamento di nome prima del completamento definitivo del percorso di affermazione di genere mediante operazione chirurgica (C. Edu, *S.V. c. Italia*, 11.10.2018); (v) riconoscimento del genere non binario in caso di intersessualità (C. Edu, *Y c. Francia*, 31.01.2023); (vi) indicazione del sesso attuale dei genitori trans sui certificati di nascita dei figli (C. Edu, *O.H. e G.H. c. Germania*, 04.04.2023; *A.H. e altri c. Germania*, 04.04.2023).

⁹⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, ed. 2014.

⁹⁹ V. Possenti, *Diritti umani. L'età delle pretese*, Soveria Mannelli, 2017, 161.

¹⁰⁰ *Ivi*, 165.

¹⁰¹ *Ivi*, 139-140, ove l'A. sviluppa le proprie riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 in tema di fecondazione eterologa e sottolinea come risulti «improprio» discorrere di «"bilanciamento" tra diritti della coppia e diritti del figlio proveniente da eterologa» nella misura in cui «al figlio non sono riconosciuti i diritti fondamentali di avere genitori reali e di conoscere le proprie origini». Si veda, altresì, A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 11 giugno 2014, 1 ss., 6 ss., ove si pone in luce l'emersione di «una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive», al punto che «[l']idea che i diritti fondamentali siano attribuiti della persona come animale sociale e politico, sembra essere scalzata da un'innovativa teoria delle libertà come facoltà consentite all'uomo dalla scienza e dalla tecnica».

¹⁰² G. Campanini, *Maternità e paternità oggi: una mutazione antropologica?*, in C. Ventimiglia (cur.), *La famiglia moltiplicata. Riproduzione umana e tecnologia tra scienza e cultura*, Milano, 1988, 154 ss., 155.

¹⁰³ I. Anrò, *Il principio del superiore interesse del minore*, cit., 66.

Tali riflessioni si attagliano ad un tema (la GPA), così fortemente innervato dal criterio dei *best interests of the child*?

Si potrebbe ipotizzare che la risposta possa essere affermativa; in tal senso orienterebbe la già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 38162/2022, ove, nel ribadire la contrarietà all'ordine pubblico della «riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri»¹⁰⁴, statuisce che l'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 «esprime l'esigenza di porre un *confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo* [corsivo aggiunto]»¹⁰⁵ e conferma l'orientamento costituzionale che esclude che «il desiderio di genitorialità [...] possa legittimare un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*»¹⁰⁶, con ciò (almeno a parere di chi scrive) respingendo una concezione del diritto quale mero «strumento servente» della tecnica.

I menzionati rischi di recessività dei diritti dei figli, oltretutto sotto il profilo (sovente lasciato «sottotraccia») del diritto alle origini del minore¹⁰⁷, paiono affacciarsi in controluce in quei passaggi della parte motiva della sentenza in cui la Cassazione sottolinea che «[l']automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione [...] non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi»¹⁰⁸.

Come leggere, dunque, la citata giurisprudenza (Cedu e nazionale) rispetto all'avanzare di un'età definita «delle pretese»: nei termini di «argine» o, piuttosto, di «varco» per il cui tramite rafforzare e ampliare detta tendenza?

A ben vedere, giurisprudenza Cedu e nazionale si sono orientate nel senso di ritenere che il rapporto tra il figlio nato da GPA e genitore di intenzione non biologico non richieda necessariamente un riconoscimento automatico ed *ab initio* per il tramite della trascrizione, potendo, viceversa, avvenire anche mediante modalità alternative – tra cui l'adozione – purché rapide ed effettive, potendosi rinvenire una convergenza «nella valorizzazione di scelte che, nell'interesse delle relazioni tra i minori e coloro che se ne prendono cura, consentano di mantenere i legami che si sono instaurati in via di fatto», in ciò ravvisandosi la difficoltà di «decidere senza tenere in considerazione il dato di realtà»¹⁰⁹.

Al contempo, tuttavia, profili di differenziazione sussistono, sotto almeno due angoli visuali: il primo relativo alle «prospettive di partenza» consistenti nella natura controversa della GPA, quale pratica non sorretta da consenso europeo, per la Corte di Strasburgo, e nel disvalore a tale pratica associato dalle Corti nazionali¹¹⁰; il secondo nel modo di intendere il superiore interesse del minore, essendosi sottolineato – in relazione alla sentenza a Sezioni Unite del 2019 – come la Suprema Corte di legittimità ne abbia offerto «una diversa chiave di lettura che in qualche modo sembra

¹⁰⁴ Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 45.

¹⁰⁵ *Ivi*, 43.

¹⁰⁶ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 79/2022, *Cons. in dir.*, p.to 5.2.3 e n. 221/2019, *Cons. in dir.*, p.to 10; nonché Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 51.

¹⁰⁷ Cfr. I. Carlotto, *La ricerca delle proprie origini*, cit., 165-172.

¹⁰⁸ Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 50-51.

¹⁰⁹ E. Frontoni, *Genitori e figli*, cit., 158.

¹¹⁰ Cfr. *ivi*, 157, ove l'A. mette, in particolare, a raffronto la prospettiva della Corte Edu e quella della Corte costituzionale come emergente dalla sentenza n. 272/2017.

liberarlo dalle critiche di “principio tiranno”¹¹¹. Detti elementi contribuirebbero a chiarificare la prospettiva dei giudici nazionali, nelle cui argomentazioni parrebbe potersi rinvenire una maggiore considerazione dei rischi – riprendendo le parole della più volte richiamata sentenza n. 38162/2022 – di imposizione della «logica del fatto compiuto»¹¹², sì da far emergere in maniera più “visibile” l’idea di limite, confine, alla menzionata “illimitatezza del desiderio” e, con essa, alle opportunità spalancate dalla tecnica ed alle istanze libertarie che ad esse si possono riconnettere¹¹³.

Quanto detto si ricollega al secondo dei profili affacciati in punto di dialogo tra Corti, oltreché di impatto sulla disciplina (nazionale) di questioni eticamente sensibili. A parere di chi scrive non si può revocare in dubbio la sussistenza di un nutrito dialogo tra Corti, che vede le Corti nazionali tenere in seria considerazione i pronunciamenti di Strasburgo, i quali vengono non casualmente ampiamente richiamati, come si osserva nelle pronunce e della Corte costituzionale e della Cassazione.

Acquista in tal senso rilievo il dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale sulla conformità del quadro legislativo nazionale agli standard convenzionali, laddove – in base al diritto vivente di cui alla sentenza a Sezioni Unite n. 12193/2019 – non consente la trascrizione dell’atto di nascita legalmente costituito all’estero, nella parte in cui riconosce come genitore del minore nato da GPA anche il genitore d’intenzione non biologico. Confronto giurisprudenziale che, avviato dall’ordinanza n. 8325/2020, è stato successivamente scandito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, nonché dall’ordinanza n. 1842/2022 e dalla sentenza a Sezioni Unite n. 38162/2022, nel tentativo di intraprendere una direzione ermeneutica rispettosa degli standard di tutela individuati a Strasburgo, sì come emerge, in specie, dall’ordinanza n. 8325/2020 e, parimenti, da quella, successiva, del 2022. Ne deriva, dunque, un dialogo tra Corti altamente permeato dalla giurisprudenza di Strasburgo, la conformità alla quale è stata, significativamente, posta al centro delle pronunce in questa sede rievocate, le quali rappresenterebbero «strumenti di attuazione da parte dell’Italia dei diritti garantiti dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea»¹¹⁴, sebbene «le nostre Corti supreme non si limitano a essere mere recettrici della giurisprudenza internazionale – segnatamente della Corte europea – ma ne vagliano la portata alla luce dei principi del nostro ordinamento»¹¹⁵.

Quanto sin qui argomentato si lega a quanto già emerso nel corso della trattazione in relazione alle conseguenze circa i rapporti inter-ordinamentali, rispetto alle quali paiono cristalline le considerazioni formulate dai giudici Raimondi e Spano nella loro opinione parzialmente

¹¹¹ E. Frontoni, *Genitori e figli*, cit., 149.

¹¹² Cass., SS.UU., n. 38162/2022, 59.

¹¹³ Diversamente, i medesimi elementi, pur riconosciuti e considerati dalla Corte Edu, parrebbero rivestire una posizione di maggiore recessività rispetto ai *best interests of the child* sovente elevati a interessi destinati a prevalere su qualsivoglia interesse contrapposto.

¹¹⁴ E. Nalin, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell’ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *FSJ Eurostudies*, 1, 2022, 237 ss., 250.

¹¹⁵ *Ivi*, 250-251.

dissenziente alla prima decisione *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ove ebbero a rimarcare gli effetti indiretti della giurisprudenza di Strasburgo sulla sovranità nazionale e sulla libertà di vietare la gestazione per altri, la quale verrebbe di fatto vanificata¹¹⁶. Considerazione, quest'ultima, che parimenti si rinviene nell'opinione dissenziente alla sentenza *K.K. e altri c. Danimarca*, ove si fa riferimento a un'eliminazione di fatto del margine di discrezionalità pur astrattamente riconosciuto agli Stati in virtù del miglior interesse del minore, inteso come "prevalente", ai limiti della "tirannia", rispetto a qualsivoglia altro interesse potenzialmente confliggente¹¹⁷.

In definitiva, i casi analizzati rivelerebbero un "incentivo indiretto" alla GPA e al turismo procreativo¹¹⁸, potenzialmente favorito da una giurisprudenza che, comprensibilmente, impone agli Stati di non lasciare privi di tutela i minori nati da GPA praticata all'estero. Un bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti – *in primis*, salvaguardia dell'ordine pubblico e *best interests of the child* – tutt'altro che agevole e che ha occasionato e continua ad occasionare l'intervento dei giudici, in un dialogo tra Corti, le cui linee direttrici sono andate consolidandosi nel senso della necessità del riconoscimento giuridico del rapporto genitore-figlio, se non *ab initio*, al più tardi quando il legame stabilito all'estero sia divenuto una *practical reality*¹¹⁹.

Anna Camilla Visconti
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze
annacamilla.visconti@unifi.it

¹¹⁶ Cfr. C. Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27.01.2015, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Raimondi and Spano, par. 15.

¹¹⁷ C. Edu, *K.K. e altri c. Danimarca*, 06.12.2022, Joint Dissenting Opinion of Judges Kjølbrot, Koskelo and Yüksel, parr. 88, 93-97, 109.

¹¹⁸ E. Olivito, *Una visione costituzionale*, cit., 11.

¹¹⁹ Cfr. Advisory Opinion, par. 52.