

## “The Best Interests of the Parents”.

### La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori

*Domenico Rosani\**

“THE BEST INTERESTS OF THE PARENTS”. SURROGATE MOTHERHOOD IN EUROPE BETWEEN CHILD’S INTERESTS, SUPREME COURTS AND THE SILENCE OF THE NATIONAL LEGISLATORS

ABSTRACT: This paper analyses the relevant case-law of the Supreme and Constitutional Courts of Germany, Austria and Italy with regard to surrogate motherhood and the protection of the child’s rights. After a brief overview of the legal regimes in the three countries which ban this practice without providing a regulation of the consequences of illegal surrogacies, the author moves on to inquiring how the Courts are adopting the principles stated by the ECtHR. The child’s rights and best interests are essential for the recognition of parenthood for the intended parents and the continuation of the common life with them. The German Federal Court of Justice, as well as the Austrian Constitutional Court, has already accepted to give to the position of the involved child the priority. Italy, on the contrary, is showing more resistance, although a recent judgment of the Court of Cassation – taking account of the German case-law – acquitted the intended parents. The mere recognition of the parent relationship and granting of the possibility for them to live together with the child could however encourage parents to go abroad in order to make use of surrogacy. In the author’s view, this should be prevented providing sanctions for the intended parents, without using the involved child as a means to an end.

KEYWORDS: Surrogacy; Best interests of the child; Children’s rights; European Court of Human Rights; Comparative law

SOMMARIO: 1. Introduzione: pregi e difetti dell’approccio giurisprudenziale in assenza di dati normativi; la necessità di un dialogo tra Corti nazionali ed estere – 2. Le coordinate di diritto positivo in Italia, Austria e Germania – 3. Gli interessi del bambino interessato dal procedimento: il riconoscimento legale della filiazione... – 4. ...la cittadinanza... – 5. ...e la continuità «familiare»... – 6. ...che «familiare» non è: la sentenza della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli* – 7. Gli interessi dei bambini quale categoria – 8. Alcune considerazioni sul bilanciamento degli interessi: l’individuazione del «bambino» e i principi «tiranni» – 9. Valutazione delle attuali tendenze giurisprudenziali e uno sguardo (amaro) al futuro.

---

\* *Dottorando di ricerca presso l’Università di Innsbruck e già collaboratore scientifico presso l’Istituto di diritto italiano della stessa. Il presente contributo nasce nell’ambito dei seminari del corso di dottorato tenuto dalla prof.ssa Anna Gamper e dal prof. Walter Obwexer, che l’autore ringrazia per le preziose osservazioni. E-mail: [domenicorosani@yahoo.it](mailto:domenicorosani@yahoo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Introduzione: pregi e difetti dell'approccio giurisprudenziale in assenza di dati normativi; la necessità di un dialogo tra Corti nazionali ed estere

« Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico [...]. Neppure può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore»<sup>1</sup>. «Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori e, nella specie, del piccolo [nome]»<sup>2</sup>. «Il riconoscimento del rapporto di filiazione a fronte del contratto di maternità surrogata significherebbe ignorare [la tutela della dignità del minore e della donna] soltanto perché il contratto e la consegna del bambino hanno già avuto luogo»<sup>3</sup>. «La presente fattispecie si caratterizza [...] in quanto è da coinvolgere nella valutazione, quale soggetto di diritto, pure il bambino nel frattempo nato. [...] Il benessere del bambino parla a favore e non contro il riconoscimento»<sup>4</sup>. «L'opinione dell'autorità *a quo*, secondo la quale il divieto di maternità surrogata [...] inerirebbe all'ordine pubblico, ragion per cui un riconoscimento del certificato di nascita [...] sarebbe da escludersi, risulta inconcepibile alla luce della tutela del benessere del bambino»<sup>5</sup>.

Lasciati soli a giudicare i sempre più frequenti casi di maternità surrogata<sup>6</sup> che vengono alla luce, privi di chiare indicazioni normative al di fuori del relativo divieto<sup>7</sup>, i giudici di diversi Paesi del continente europeo producono decisioni e sentenze che non raramente – qualora analizzate alla ricerca di massime comuni generalmente applicabili – si rivelano tra loro irrimediabilmente incoerenti, se non proprio contraddittorie. Conseguenza, questa, probabilmente inevitabile della scelta di affidare alla Giurisprudenza la risoluzione dei dilemmi che simili pratiche comportano. Tale decisione – o, meglio, *indecisione*, ovvero l'incapacità di disciplinare l'ambito – impone che siano i giudici, e non il Legislatore, a trovare un ordine nell'intricato sovrapporsi di interessi e diritti che conseguono a questi fenomeni<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, pt. 3.1.

<sup>2</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, pt. 8.3.

<sup>3</sup> Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, 1 W 413/12, pt. II.3.a.1.a.; traduzione dell'autore.

<sup>4</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, XII ZB 463/13, § 44 segg.; traduzione dell'autore.

<sup>5</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 11 ottobre 2012, B99/12 ua; traduzione dell'autore.

<sup>6</sup> Di seguito si indicherà con «maternità surrogata» la pratica in cui una donna si offre di portare a termine una gravidanza con l'intenzione di consegnare il bambino dopo la nascita; in tal senso anche il c.d. Rapporto Warnock, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londra, 1984, pt. 8.1. Per una disamina delle ulteriori espressioni con la quale essa viene spesso indicata si veda C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 174. Coloro che fanno ricorso a tale pratica, con l'intenzione di assumere a posteriori il ruolo di genitori sociali per il minore, verranno indicati con il termine «genitori intenzionali».

<sup>7</sup> Per uno sguardo comparatistico delle discipline sulla procreazione assistita si può ricorrere alla banca dati del Max-Planck-Institut, sebbene sia da tenere in considerazione che essa risulta aggiornata al 2006, mentre il settore è in continua evoluzione a livello normativo e soprattutto giurisprudenziale: MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT, *Max-Planck-Datenbank zu den rechtlichen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern*, <https://meddb.mpicc.de>. Per informazioni più attuali, cfr. DIREZIONE GENERALE POLITICHE INTERNE, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\(SUM01\)\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_IT.pdf) (31/12/2016).

<sup>8</sup> Auspica un intervento del legislatore B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 70.

Il giudice si vede così stretto tra la doverosa risoluzione del caso portato alla sua attenzione, in cui un bambino nato tramite maternità surrogata *c'è già*, e la consapevolezza che la sua pronuncia assurgerà nel futuro a massima orientativa del comportamento dei consociati che, *prima* di ricorrere alla maternità surrogata, si chiedano se convenga loro o meno fare uso di tale pratica.

Da tale legame alla vicenda concreta non si allontanano neanche le Corti a cui è affidata funzione nomofilattica, chiamate – per loro natura – a porre ordine *pro futuro* nel groviglio delle decisioni delle istanze inferiori, orientando così indirettamente il comportamento dei consociati, consapevoli tuttavia che il loro verdetto inciderà sulla vita di persone ben concrete, parti o imputati del processo che con la sentenza verrà a trovare inappellabile conclusione.

In generale, il mero affidamento alla Giurisprudenza porta pertanto, da una, a una varietà di decisioni non sempre riconducibili a unitarie tendenze; dall'altra, anche qualora si riscontrino simili tendenze, non è affatto detto sia opportuno che siano proprio tali principi – nati da tanti singoli casi concreti – a disciplinare in astratto e in generale la vita dei consociati.

Tale discorso si arricchisce di ulteriori attori a fronte del cosiddetto *multilevel system of fundamental rights protection*<sup>9</sup>, dicasi in particolare la Corte europea dei diritti dell'uomo (C. Edu), la cui giurisprudenza si ripercuote indirettamente sui giudizi nazionali. Con riguardo alla Corte di Strasburgo va inoltre ricordato come dinanzi ad essa le vicende vengano presentate da due parti – ricorrente e Governo del Paese interessato – che non garantiscono oggettività (è il caso della prima) e, spesso, neanche completezza (da parte del Governo) nella ricostruzione degli avvenimenti<sup>10</sup>. Priva di efficaci strumenti istruttori, la Corte è stata inoltre di frequente accusata di sostituire con troppa leggerezza la decisione dei giudici di merito – che si sono confrontati più da vicino con il caso e i suoi risvolti – con la propria opinione<sup>11</sup>.

Nel caso della maternità surrogata la dimensione internazionale e transfrontaliera è ancora più evidente, dato che – oltre al fatto che i genitori intenzionali si recano spesso all'estero al fine di eseguire le pratiche in patria vietate – la questione attualmente interessa numerosissimi Paesi d'Europa, che tra loro presentano problematiche simili. Alla luce della comune partecipazione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sarebbe pertanto opportuno che le Corti nazionali tenessero in considerazione i contemporanei sviluppi negli altri Paesi. Nell'ambito del citato *multilevel system* ciò dovrebbe avvenire tramite un costruttivo dialogo tra Corti nazionali fra di loro, da una, nonché, dall'altra, tra Corti supreme e costituzionali e la C. Edu; che ciò ben raramente avvenga risulta tuttavia evidente<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> F. FABBRINI, *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A 'Neo-Federalist' Perspective*, in *Jean Monnet working paper*, 15, 2010, *passim*.

<sup>10</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 103 seg.

<sup>11</sup> *Ex multissimis* cfr. questa opinione dissenziente: C. Edu, sent. 19 settembre 2008, ric. n. 9174/02, *Korbely c. Ungheria*, Jointly dissenting opinion of Judges Lorenzen, Tulkens, Zagrebelsky, Fura-Sandström and Popović, par. 2; si pensi anche all'opinione dissenziente della giudice Nussberger nel recente caso *Mandet*, *infra* pt. 3. Si v. anche C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 180.

<sup>12</sup> Un tentativo si riscontra in una recente sentenza della Cassazione, che cita una decisione della Corte suprema germanica – che di seguito si analizzerà – così come alcune massime francesi e svizzere: Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro ital.*, 2016, I, 3329 con nota di G. CASABURI. Si veda anche *infra*, pt. 3, e la considerazione dei pronunciamenti della Cassazione operata dalla sentenza della Grande

Per tale ordine di ragioni il presente contributo affronta il tema accostando e confrontando le pronunce della Corte di Cassazione italiana con le più rilevanti decisioni delle Corti supreme e costituzionali di Austria e Germania<sup>13</sup> e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tali giudici hanno conosciuto particolari contrasti, nell'ambito della maternità surrogata, nella definizione del ruolo da riconoscersi agli interessi del bambino (spesso indicati con l'espressione *best interests of the child*) nonché, ancor prima, nel determinare il significato stesso di tale concetto. Esso viene infatti invocato in numerose pronunce, in variegati contesti e con significati, talora, altrettanto contrastanti.

Al tempo stesso, come detto, appare indifferibile un ragionamento sulle conseguenze generalpreventive di tali decisioni. I vari casi in cui i genitori intenzionali si sono visti *de jure* o *de facto* affidare dalle Corti il bambino, in quanto ciò corrispondeva all'interesse dello stesso, porteranno infatti facilmente a un aumento del ricorso alla maternità surrogata. Alla luce del relativo divieto previsto dal legislatore in Italia, Austria e Germania – che non si intende mettere criticamente in discussione, prendendolo come assunto di base dell'intera trattazione –, il fenomeno risulta tuttavia contrario, tra le altre cose, agli interessi dei bambini quale categoria giuridica. I Parlamenti nazionali hanno infatti valutato la frattura della maternità conseguente a tali pratiche quale gravemente negativa per i nati e hanno voluto, tramite il divieto, evitare che essa abbia luogo. In altri termini, trattasi di una contrapposizione tra gli interessi del minore concretamente coinvolto in un procedimento e quelli dei minori come categoria (*the interests of the child* contra *the interests of the children*, per usare la pregnante espressione di *Leonardo Lenti*<sup>14</sup>). Appare infatti evidente che tali sempre più diffuse pronunce costituiscano – volente o, più probabilmente, nolente – un incentivo a ricorrere a madri surrogate. Di ciò pare consapevole la Corte di Cassazione in una decisione del 2014, nonostante quest'ultima – per le ragioni che si esporranno – non convince<sup>15</sup>. Le Corti supreme d'Austria e Germania, così come la C. Edu, non paiono invece prestare altrettanta attenzione alle conseguenze generalpreventive delle proprie pronunce. Una parziale inversione di rotta è tuttavia rappresentata dalla recente sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Paradiso e Campanelli*, di cui si tratterà diffusamente nel corso dell'esposizione.

Dopo la presentazione dei dati di diritto positivo dei tre Paesi, il presente contributo affronterà i principali interessi del bambino così come descritti nella giurisprudenza delle Corti supreme e della C. Edu. A una breve disamina degli interessi dei minori quali categoria giuridica, così come di alcune questioni inerenti al bilanciamento, seguirà un'analisi critica delle possibilità di conciliazione tra interessi del bambino concreto e quelli dei bambini quale categoria, sì da tutelare i primi senza ignorare i secondi.

---

Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*: C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, *cit.*, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 70 segg.

<sup>13</sup> Con riguardo a questi Paesi si consenta il riferimento a D. ROSANI, *Das Verbot der Leihmutterschaft und die best interests of the child: Tendenzen in der jüngsten Rechtsprechung Deutschlands, Österreichs, Italiens und des EGMR*, 2016, elaborato predisposto nell'ambito dei corsi di dottorato dell'Università di Innsbruck e sulle cui risultanze il presente contributo parzialmente si basa. Lo scritto è reperibile su [www.academia.edu](http://www.academia.edu) (18/02/2017).

<sup>14</sup> L. LENTI, "Best interests of the child" o "best interests of children"?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 157 segg.; Lamarque parla in tal senso di interesse del minore contra interesse dei minori: E. LAMARQUE, *op. cit.*, 116.

<sup>15</sup> Si v. *infra* pt. 3.

## 2. Le coordinate di diritto positivo in Italia, Austria e Germania

Come noto, in Italia la maternità surrogata trova divieto all'art. 12 c. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione assistita<sup>16</sup>, che proibisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità [...] con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Data l'ampia formula, la sanzione riguarda pure i genitori intenzionali e la madre surrogata<sup>17</sup>, mentre è dubbio il trattamento da riservarsi a chi – com'è normalmente il caso – ricorra alla maternità surrogata all'estero. A tal riguardo si discute infatti se sia necessario o meno che il fatto sia previsto come reato anche nel Paese in cui viene commesso (c.d. requisito della doppia incriminabilità). L'ultimo episodio della relativa *querelle* giurisprudenziale è costituito da una recente pronuncia della Cassazione penale, la n. 13525 del 2016<sup>18</sup>, la prima di legittimità con riguardo al reato previsto dalla legge n. 40/2004<sup>19</sup>. Nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte ha prosciolto gli imputati in quanto, alla luce dei gravi contrasti giurisprudenziali e dottrinali riguardo alla doppia incriminabilità, essi non erano stati messi in condizione di prevedere se la loro condotta fosse o meno perseguibile<sup>20</sup>.

Il divieto di maternità surrogata è stato ribadito, in un *obiter dictum*, pure dalla Corte costituzionale nella sent. n. 162/2014<sup>21</sup> che ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita (PMA) c.d. eterologa. In essa i giudici avvertono, tra parentesi, che tale tecnica «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004»; prescrizione, quest'ultima, «non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia»<sup>22</sup>. Dubbio è nondimeno se le risolte affermazioni a favore dell'interesse a formare una famiglia, contenute nella sentenza e che hanno portato all'illegittimità costituzionale della PMA eterologa, davvero non possano trovare applicazione in futuro anche con riguardo alla maternità surrogata<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», *Gazzetta ufficiale*, n. 45 del 24/02/2004. Per la situazione precedente all'emanazione della legge cfr. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità delle persone e filiazione*, in *Giur. merito*, 2, 2010, 358 segg.; A. GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1091 segg.

<sup>17</sup> I. CORTI, La maternità per sostituzione, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo. Tomo II*, Milano, 2011, 1489.

<sup>18</sup> Cass. pen., sent. 10 marzo-5 aprile 2016, n. 13525, in *Foro ital.*, 2016, II, 286, con nota critica di G. CASABURI.

<sup>19</sup> Le imputazioni conseguenti alla maternità surrogata vertono infatti più frequentemente su altre fattispecie, quali il reato di alterazione di stato ex art. 567 c.p. o di falsa dichiarazione a pubblico ufficiale di cui all'art. 495 c.p.: G. CASABURI, nota a Cass. pen. sent. n. 13525/2016, *cit.*

<sup>20</sup> La legge deve infatti definire chiaramente e in maniera prevedibile i reati e le relative pene, ammonisce la Cassazione richiamando la celeberrima pronuncia della Corte costituzionale sull'ignoranza della legge penale (Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro ital.*, 1988, I, 1385 segg.) e la più recente sentenza della C. Edu nel caso *Contrada* (C. Edu, sent. 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, *Contrada* c. Italia). Da ciò i supremi giudici, in maniera condivisibile negli esiti ma sostanzialmente pilatesca, hanno fatto derivare «la superfluità di affrontare il tema posto dall'indicato contrasto giurisprudenziale», limitandosi a confermare l'assoluzione degli imputati.

<sup>21</sup> Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pt. 9 del «considerato in diritto».

<sup>23</sup> Vallini si chiede in tal senso se non possano ritenersi trattamenti sanitari del disagio psichico dovuto all'impossibilità di concepire, costituzionalmente rilevanti e protetti, anche l'adozione per omosessuali o,

Per quanto concerne l'Austria, il divieto di maternità surrogata – in assenza di una prescrizione esplicita – viene dedotto dai criteri previsti per il ricorso alla procreazione medicalmente assistita dall'apposita legge (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, FMedG)<sup>24</sup>. Al § 2 è infatti sancito come il ricorso a tecniche di procreazione assistita sia possibile soltanto all'interno del matrimonio, di un'unione registrata oppure di una convivenza. Della PMA si può fare uso qualora non sia possibile concepire naturalmente un bambino, sia rischioso per il possibile contagio di una grave malattia, si voglia procedere a diagnosi preimpianto oppure – a seguito di una sentenza della Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) di fine 2013<sup>25</sup> – se la PMA è volta a far concepire un bambino a una donna unita in unione civile o convivente con altra donna<sup>26</sup>. Al § 3 è quindi previsto che per la PMA si possono utilizzare soltanto i gameti della coppia richiedente ed eccezionalmente quelli di terza persona. Tutto ciò, unito alle prescrizioni civilistiche che fanno discendere la maternità dal fatto di aver partorito il bambino (dopo la recente riforma del diritto di famiglia si tratta del § 143 dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, il codice civile del 1811), fanno concludere che la maternità surrogata in Austria risulta vietata<sup>27</sup>. Il § 23 c. 1 lit. a) della FMedG punisce il medico che esegua tecniche di procreazione assistita in assenza dei predetti criteri con una sanzione pecuniaria fino a 50.000 euro e, in mancanza del pagamento, con la reclusione fino a 14 giorni. In assenza di prescrizione espressa, i genitori intenzionali non sono – perlomeno direttamente, ovvero salvo la loro condotta integri altre fattispecie di reato – soggetti a pena.

La Germania<sup>28</sup>, infine, prevede il relativo divieto al § 1 c. 1 n. 7 della legge sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*)<sup>29</sup>; esso punisce con la reclusione fino a tre anni oppure con sanzione pecuniaria colui che applichi tecniche di PMA a una donna disposta a lasciare a terzi, dopo la sua nascita, il bambino così concepito. Rilevante è pure il c. 2 n. 2 dello stesso paragrafo, che punisce chi unisca un gamete maschile a un gamete femminile senza avere come fine la gravidanza della donna dalla quale l'ovulo proviene. La legge sulle forme di intermediazione nell'adozione (*Adoptionsvermit-*

---

appunto, la maternità surrogata: A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. e proc.*, 7, 2014, 835 seg.

<sup>24</sup> «Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden», versione originaria pubblicata sul *Bundesgesetzblatt*, 1992, 275.

<sup>25</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 10 dicembre 2013, G 16/2013-16, G 44/2013-14, ECLI:AT:VFGH:2013:G16.2013. La sentenza ha imposto di modificare la legge; la novella è entrata in vigore il 1° gennaio 2015.

<sup>26</sup> Il nato avrà pertanto legalmente due madri, sin dal momento della nascita nel caso le due donne siano in un'unione registrata, ovvero dal momento del riconoscimento qualora esse semplicemente convivano. Il § 144 del codice civile austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) è stato in tal senso modificato e recita in rubrica «Filiazione del padre e dell'altro genitore» («*Abstammung vom Vater und vom anderen Elternteil*», traduzione dell'autore). Si v. in proposito anche *infra* (pt. 3) la sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016, in base alla quale un bambino nato in Spagna da una donna utilizzando i gameti della compagna (e di un donatore) è stato riconosciuto come figlio di entrambe le donne.

<sup>27</sup> J. WALLNER, *Health Care zwischen Ethik und Recht*, Vienna, 2007, 208; Verfassungsgerichtshof, sent. 14 dicembre 2011, B 13/2011, VfSlg 19596/2011, pt. I.6 e III.3.1.

<sup>28</sup> Si veda anche quanto riportato sul sito internet del Ministero federale degli Esteri: Auswärtiges Amt, *Hinweis zu Leihmutterchaft*, <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmutterchaft.html?nn=383016> (13/12/2016).

<sup>29</sup> «Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG)», versione originaria sul *Bundesgesetzblatt*, 1990, I, 2746.

tlungsgesetz)<sup>30</sup> vieta, già nella rubrica della legge e quindi al § 13c, l’intermediazione di madri surrogate, punendola – a seconda dei casi – con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria. Il § 14b c. 3 di tale legge, così come ancor prima il § 1 c. 3 n. 2 dell’*Embryonenschutzgesetz*, escludono tuttavia la punibilità della madre surrogata e dei genitori intenzionali.

Come l’Italia, pure l’Austria e la Germania non disciplinano normativamente gli effetti del ricorso alla maternità surrogata. È pertanto la giurisprudenza di merito e di legittimità a doversi esprimere in proposito.

Ai fini di quanto segue, appare utile pure ricordare il ruolo parzialmente diverso che la CEDU riveste nei tre ordinamenti. Mentre in Italia essa, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce parametro interposto del giudizio di legittimità costituzionale ex art. 117 c. 1 Cost.<sup>31</sup> e integra ermeneuticamente i parametri della Carta fondamentale<sup>32</sup>, in Austria le viene direttamente riconosciuto rango superprimario<sup>33</sup>, oltre a essere impiegata nella lettura dei diritti fondamentali<sup>34</sup>. All’estremo opposto si pone la Germania, nella quale la CEDU possiede formalmente il rango di una legge federale ordinaria ai sensi dell’art. 59 c. 2 della Legge fondamentale (*Grundgesetz*); nondimeno essa, pure qui, viene impiegata ermeneuticamente quale *Auslegungshilfe* della Carta fondamentale<sup>35</sup>.

In tutti e tre i Paesi la CEDU – nonché, ai sensi del suo art. 32, la lettura che ne dà la relativa Corte – riveste pertanto un ruolo di primaria importanza nell’interpretazione dei parametri costituzionali e nell’applicazione delle norme, nell’ottica di una loro interpretazione costituzionalmente orientata.

Per quanto ora rileva, frequente<sup>36</sup> nei tre ordinamenti è il richiamo alla CEDU nel fondare la tutela degli interessi dei minori<sup>37</sup>, in aggiunta alle disposizioni costituzionali interne e a vari articoli della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, alla Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli<sup>38</sup> e all’art. 24 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

<sup>30</sup> «Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG)», risalente al 1976 ma ripubblicata nel 2002 sul *Bundesgesetzblatt*, 2002, I, 354, e in ultimo modificata nel 2015.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 348, pt. 4.6 del «considerato in diritto»; Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 349, pt. 6.2 del «considerato in diritto».

<sup>32</sup> F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *federalismi.it*, 2016, 6 e passim, [http://www.federalismi.it/document/editoriale/EDITORIALE\\_07042016222616.pdf](http://www.federalismi.it/document/editoriale/EDITORIALE_07042016222616.pdf) (31/12/2016); per un esempio si v. Corte cost., sent. 15-23 febbraio 2012, n. 31.

<sup>33</sup> W. BERKA, *Lehrbuch Verfassungsrecht*, Vienna, 2005, nota a marg. 1172 segg.

<sup>34</sup> M. HOLOUBEK, *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven. Landesbericht Österreich*, [https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB\\_Autriche\\_DE.pdf](https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB_Autriche_DE.pdf) (12/12/2016).

<sup>35</sup> Cfr. la seguente sentenza della Corte costituzionale germanica: Bundesverfassungsgericht, sent. 14 ottobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, nota a marg. 62. Si v. pure R. HOFMANN, *Verfassungsrecht*, 2012, § 31, [https://www.jura.uni-frankfurt.de/44775369/\\_-31-Staatsorganisationsrecht-.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/44775369/_-31-Staatsorganisationsrecht-.pdf) (11/12/2016).

<sup>36</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, pt. 8; Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 41 segg.; Verfassungsgerichtshof, sent. 11 ottobre 2012, *cit.*, pt. III.5.

<sup>37</sup> In generale sui diritti del minore nelle dichiarazioni internazionali si v. A. C. MORO, M. DOSSETTI, C. MORETTI, M. MORETTI, S. VITTORINI GIULIANO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014, 11 segg.

<sup>38</sup> Adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

### 3. Gli interessi del bambino interessato dal procedimento: il riconoscimento legale della filiazione...

Nelle sentenze inerenti alla maternità surrogata emesse dalle Corti supreme di Italia, Austria e Germania, oltre che dalla C. Edu, ricorrono con frequenza alcune argomentazioni ascritte all'ampia sfera degli interessi del bambino<sup>39</sup>.

In tal senso viene spesso ricordato come una chiara appartenenza familiare (*alias* il riconoscimento legale del rapporto di filiazione)<sup>40</sup> sia decisiva per sviluppare la propria personalità e così per vedere rispettata la propria vita privata *ex art.* 8 CEDU. Il riferimento doveroso a tal riguardo è a due decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, dicasi le celeberrime sentenze gemelle *Menesson*<sup>41</sup> e *Labassee*<sup>42</sup> risalenti a giugno 2014 e vertenti sul mancato riconoscimento del legame di filiazione tra dei bambini nati all'estero da madri surrogate e i genitori sociali, di cui uno (il padre) pure genitore genetico. In esse i giudici, ricordando che dove è in gioco un essenziale aspetto della personalità il margine di discrezionalità attribuito agli Stati necessita di venire ridotto<sup>43</sup>, hanno affermato che il riconoscimento legale del rapporto di filiazione ineriva alla tutela dell'identità dei bambini interessati dal procedimento<sup>44</sup>. Le conseguenze del mancato riconoscimento non si limitavano infatti ai genitori intenzionali, che pur sempre avevano fatto consapevolmente uso di una tecnica vietata in Francia, coinvolgendo invece i minori<sup>45</sup>, posti in una situazione di incertezza giuridica a causa del mancato riconoscimento del relativo stato civile. Di conseguenza è stato affermato che la Repubblica francese, negando il riconoscimento del legame di filiazione tra i bambini nati tramite maternità surrogata e il proprio padre genetico<sup>46</sup>, ha violato indebitamente la vita privata dei bambini stessi<sup>47</sup>. A nulla ha in-

<sup>39</sup> Per una panoramica degli altri interessi coinvolti – tra cui l'Autrice inserisce pure i minori in attesa di adozione – si v. I. ANRÒ, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*, in *Genlus*, 1, 2016, 22 segg.; cfr. pure L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 10 segg. Si citano qua, per vicinanza tematica, due sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, valutando se sia da riconoscersi alle donne che abbiano avuto un figlio tramite maternità surrogata un congedo retribuito analogo a quello di maternità, pare non abbiano considerato appieno come il congedo serva anche a garantire il benessere del bambino: CGUE, sentt. 19 marzo 2014, C-167/12 e C-363/12, commentate da A. MATTEI, M. TOMASI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2014, 1409 segg., e da C. CAMPIGLIO, *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, 763 segg.; critica in tal senso E. LAMARQUE, *op. cit.*, 124; sull'approccio della CGUE alla tematica v. I. ANRÒ, *op. cit.*, 31.

<sup>40</sup> Le due note sentenze *Menesson* e *Labassee* della C. Edu parlano infatti di «*legal parent-child relationship*» ovvero di «*filiation*» in ambito di diritto positivo: C. Edu, sent. 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, § 96; C. Edu, sent. 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, § 75.

<sup>41</sup> C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*; per un commento si v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, 1132 segg.

<sup>42</sup> C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, *cit.*

<sup>43</sup> *Ibidem*, § 80.

<sup>44</sup> C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, § 96.

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 99.

<sup>46</sup> A tal proposito si v. anche *infra* nel presente paragrafo. La sussistenza di un legame genetico tra uno dei due genitori e i minori spiega, secondo alcuni Autori, l'unanimità di consenso tra i giudici, che invece è venuta a

vece rilevato quanto osservato dalla Cassazione francese, ovvero che il mancato riconoscimento non avrebbe impedito ai minori di continuare a vivere di fatto con i genitori intenzionali<sup>48</sup>.

Da tali decisioni si è, tuttavia, sostanzialmente allontanata la Corte di Cassazione italiana nella sentenza n. 24001/2014<sup>49</sup>. Sia permesso ricordare i tratti salienti della vicenda: una coppia, uomo e donna, si recano in Ucraina dove, facendo ricorso a gameti di due donatori, fanno nascere tramite madre surrogata un bambino. Tornati in Italia, la vicenda viene alla luce; mancando in capo al minore lo status di figlio dei due genitori intenzionali, il minore viene loro tolto dai servizi sociali e dichiarato in stato di abbandono, aprendo così il procedimento di adozione. I supremi giudici confermano le precedenti sentenze, ammonendo come l'ordine pubblico internazionale – limite al riconoscimento di provvedimenti formati all'estero – non coincide solo con i valori condivisi dalla comunità internazionale, ricomprendendo in sé pure principi e valori esclusivamente propri dell'Italia, purché fondamentali<sup>50</sup>. Il divieto di maternità surrogata rientrerebbe in tali valori, violando essa la dignità del bambino e della donna e aggirando le norme sull'adozione, che sole permettono la creazione di una genitorialità disgiunta dal dato genetico; per tali ragioni l'atto con cui i due erano stati riconosciuti in Ucraina quali genitori risultava irriconoscibile in Italia e il minore, privo legalmente di genitori, andava dichiarato adottabile.

Per quanto ora rileva – la vicenda verrà esaminata pure *infra* con riguardo alla questione della continuità familiare e del bilanciamento degli interessi nella determinazione dell'ordine pubblico<sup>51</sup> – va notato come i giudici affermino che quanto espresso dalle due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo non debba trovare applicazione nella situazione concreta. A parer loro il caso sottoposto all'attenzione della Cassazione sarebbe infatti radicalmente diverso, non essendovi alcun legame genetico tra i due genitori intenzionali e il nato, mentre nelle vicende esaminate da Strasburgo il padre intenzionale era pure genitore genetico<sup>52</sup>. La C. Edu – così i giudici di Cassazione – avrebbe infatti

---

mancare nella pronuncia di prima istanza nel caso *Paradiso e Campanelli* che di seguito si esaminerà: B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 56.

<sup>47</sup> Sulle sentenze in generale si v., tra i vari, M. M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quad. cost.*, 4, 2014, 953 segg.; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the Mennesson v. France and Labassee v. France Cases (N°65192/11 & N°65941/11)*, originale francese pubblicato in *Revue Lamy de Droit Civil*, 118, 2014, 78 segg., traduzione inglese all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2500075> (05/01/2017); R. BLAUWHOFF, L. FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in C. PAULUSSEN, T. TAKÁCS, V. LAZIC, B. VAN ROMPUY (a cura di), *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag, 2016, 211 segg.

<sup>48</sup> C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, cit., § 27.

<sup>49</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, pt. 3.1, in *Foro ital.*, 2014, I, 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; cfr. anche B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Dir. civ. cont.*, 7 dicembre 2014, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/12/contrarieta-allordine-pubblico-della-maternita-surrogata-e-dichiarazione-di-adottabilita-del-minore/>. Le due sentenze di merito, Trib. min. Brescia 25 settembre-10 ottobre 2012 e Corte App. Brescia 11-17 gennaio 2013, si possono leggere all'indirizzo [http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/504\\_63a78f885f7da6fe404522c1eb896e0b](http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/504_63a78f885f7da6fe404522c1eb896e0b) (05/01/2017).

<sup>50</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, cit., pt. 3 seg.

<sup>51</sup> Pt. 5 e 8 del presente contributo.

<sup>52</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, cit., pt. 3.1.

ravvisato il superamento dell'ampio margine di apprezzamento discrezionale riconosciuto agli Stati in materia di maternità surrogata soltanto qualora difetti il riconoscimento giuridico in presenza di un *link* genetico tra il nato e il padre intenzionale<sup>53</sup>. A un attento esame delle sentenze *Labassee* e *Menesson* si può tuttavia cogliere come la presenza di tale legame genetico non appaia affatto decisiva al fine di ricondurre le due vicende alla tutela dell'identità del bambino<sup>54</sup> e così alla vita privata. A riguardo i giudici di Strasburgo prendono infatti brevemente posizione appena in uno degli ultimissimi paragrafi, quando – sia permesso dirlo – i dadi sono già tratti. Al paragrafo 100 essi affermano così che l'«analisi assume un particolare rilievo»<sup>55</sup> qualora, come nel caso di specie, uno dei genitori intenzionali sia pure genitore genetico. La valutazione di contrarietà all'art. 8 CEDU – la quale, in conclusione del citato paragrafo, viene pur letteralmente riferita al mancato riconoscimento del legame di filiazione col padre genetico – è però già stata ampiamente motivata e affermata precedentemente, al che pare riduttivo sostenere che le due sentenze trovino essenziale e inderogabile fondamento proprio in tale legame genetico.

Alla giurisprudenza C. Edu si è invece associata la Corte federale di giustizia germanica, il *Bundesgerichtshof*<sup>56</sup>, decidendo il 10 dicembre 2014 in terza istanza la vicenda di una coppia di omosessuali che si era recata in California per ricorrere a una madre surrogata, da cui era nato un bambino legato geneticamente a uno di loro; gli ovuli erano invece stati procurati da una donatrice. Nella decisione, i supremi giudici di Karlsruhe smentiscono i due precedenti gradi di giudizio, che avevano rigettato la richiesta del partner del genitore genetico di vedersi riconosciuto il minore. Pur consapevole che uno dei principali interessi del bambino da tutelare fosse quello a una chiara appartenenza familiare, così da poter sviluppare serenamente la propria identità<sup>57</sup>, il *Kammergericht* di Berlino aveva infatti confermato la decisione negativa della prima istanza<sup>58</sup>, ricordando come il mancato riconoscimento del legame giuridico tra il minore e i genitori non avrebbe comunque comportato l'allontanamento del bambino dalla sua famiglia sociale<sup>59</sup>. In senso simile si erano pronunciate anche ulteriori istanze di merito in vicende analoghe<sup>60</sup>. Decidendo sul ricorso avverso la decisione dei giudici berlinesi, la Corte

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Per vicinanza tematica si ricordano, sul tema dell'identità quale strumento di riaffermazione dei diritti del minore, l'opera di G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Volume I. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 297, così come il contributo di G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 359 segg.

<sup>55</sup> Non esiste una versione ufficiale italiana delle espressioni a proposito impiegate in sentenza (inglese: «*This analysis takes on a special dimension where [...]*»; francese: «*Cette analyse prend un relief particulier lorsque [...]*»); la presente pare all'autore una traduzione fedele al significato.

<sup>56</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, XII ZB 463/13; una traduzione in italiano, ad opera di Roberto de Felice, è rinvenibile all'indirizzo [https://www.personaedanno.it/attachments/article/47068/berlino%20roma%203\[1\].doc](https://www.personaedanno.it/attachments/article/47068/berlino%20roma%203[1].doc) (01/01/2017); su tale sentenza cfr. pure C. THOMALE, *Mietmutterchaft*, Tübingen, 2015; M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in *Genus*, 2, 2015, 214.

<sup>57</sup> Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, 1 W 413/12, pt. II.3.a.1.a, in *openJur*, 2013, 34044.

<sup>58</sup> Amtsgericht Berlin-Schöneberg, ord. 25 ottobre 2012, 70 III 70/12.

<sup>59</sup> Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, *cit.*, pt. II.3.a.1.a.

<sup>60</sup> Cfr. ad es. Amtsgericht Hamm, ord. 22 febbraio 2011, XVI 192/08, pt. III.b, in *Beck Rechtsprechung*, 2011, 25140.

suprema germanica – dopo un’ampia trattazione del diritto del minore a una chiara appartenenza familiare e a ricevere cura, educazione e sostegno, con numerosi riferimenti alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>61</sup> – ricorda come il bene del bambino debba trovare considerazione primaria al momento della valutazione giudiziaria<sup>62</sup>. Nel caso concreto è da considerarsi infatti che un bambino c’è già, venuto alla luce senza responsabilità per la propria nascita<sup>63</sup>; considerazioni generalpreventive non devono impedire il riconoscimento del suo legame di filiazione con i due genitori<sup>64</sup>, non rilevando a proposito il carattere omosessuale della coppia<sup>65</sup>. Smentendo le precedenti istanze, i giudici affermano infatti che non è sufficiente che il minore possa continuare a vivere di fatto nella famiglia sociale: soltanto un riconoscimento legale della filiazione – nei confronti sia del padre genetico sia del compagno del padre – garantisce alla sua esistenza la necessaria sicurezza<sup>66</sup>. In tal modo si evita inoltre di lasciare alla discrezionalità dei genitori intenzionali il riconoscimento o meno del bambino che essi hanno voluto far nascere, il che sarebbe particolarmente pericoloso qualora il neonato presentasse dei difetti psicofisici oppure essi nel frattempo avessero cambiato idea<sup>67</sup>. Da notarsi è tuttavia che il *Bundesgerichtshof* si è lasciato una possibile «via di scampo» per eventuali future decisioni di senso avverso, affermando che non era rilevante valutare quale dovesse essere la conclusione più opportuna qualora il bambino – diversamente dal caso concreto – non presentasse legami genetici con nessuno dei genitori intenzionali, essendo invece figlio genetico della madre surrogata<sup>68</sup>.

Alla decisione appena illustrata si sono da subito adeguate le istanze inferiori, quali ad esempio la Corte di seconda istanza di Düsseldorf nell’aprile 2015 in un caso molto simile<sup>69</sup>. Interessante notare come la Corte suprema svizzera, in un caso analogo, abbia invece negato il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il bambino e il partner dal padre genetico<sup>70</sup>.

<sup>61</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 39, 41, 56, 57.

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 41.

<sup>63</sup> *Ibidem*, § 56; C. Edu, sent. 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, *cit.*, § 78.

<sup>64</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 46 e 56.

<sup>65</sup> *Ibidem*, § 43, con rimandi alla giurisprudenza costituzionale: Bundesverfassungsgericht, sent. 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11 e 1 BvR 3247/09.

<sup>66</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 57.

<sup>67</sup> *Ibidem*, § 59; in tal senso si v. B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 128. È ciò che ad esempio è avvenuto con riguardo ad una bambina nata in Thailandia con la sindrome di Down, rifiutata dai genitori intenzionali: per un resoconto giornalistico si v. K. MARKS, *Baby Gammy: Australian father who abandoned Down syndrome surrogate child now tries to access funds donated for his care*, in *The Independent*, 20 maggio 2015, <http://www.independent.co.uk/news/world/australasia/baby-gammy-australian-father-who-abandoned-down-syndrome-surrogate-child-now-tries-to-access-funds-10261916.html> (07/01/2017).

<sup>68</sup> Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 34 e 53; cfr. B. HEIDERHOFF, *Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft. Anmerkung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 485; C. SCHALL, *Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidung zur rechtlichen Verwandtschaft. Anmerkung*, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2015, 308 seg.

<sup>69</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, ord. 7 aprile 2015, II-1 UF 258/13.

<sup>70</sup> Bundesgericht, sent. 21 maggio 2015, 5A-748/2014, in BGE, 141, III, 328 segg., [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F141-III-328%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-328%3Ade) (09/01/2017).

Chiaramente ispirata alla decisione germanica si rivela pure una recente sentenza della Cassazione civile, dicasi la n. 19599 depositata nel settembre 2016<sup>71</sup>. In essa si faceva questione del legame giuridico intercorrente tra un bambino nato in Spagna e la compagna di sua madre, che aveva donato alla propria partner gli ovuli necessari alla gravidanza (mentre i gameti maschili erano stati procurati tramite donatore); entrambe le donne erano state riconosciute nel Paese iberico quali madri del minore, mentre in Italia soltanto la partorientente era stata iscritta quale suo genitore. Come giustamente osservano i giudici, smentendo le affermazioni della Procura Generale e del Ministero dell'Interno, non si tratta propriamente di una maternità surrogata: il bambino non fu infatti portato in grembo per affidarlo alla nascita ad altri, essendo invece parte di un comune progetto di vita delle due donne<sup>72</sup>, ognuna delle quali era per un certo verso «madre»: l'una in quanto l'ha dato alla luce, l'altra perché ha fornito il materiale genetico per il suo concepimento. Ciononostante le argomentazioni risultano di notevole rilievo per la presente trattazione. Dopo aver trattato l'evoluzione del concetto di ordine pubblico quale limite al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, i giudici avvertono infatti che in esso rientrano pure «le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo [...] in particolare [la] tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale»<sup>73</sup>. La Corte esclude inoltre risolutamente la possibilità di appellarsi all'ordine pubblico «per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori e, nella specie, del piccolo [nome] qualora fosse disconosciuto il suo legittimo status di figlio»; delle conseguenze del comportamento delle due donne, infatti, «non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello status legittimamente acquisito all'estero»<sup>74</sup>. Un rilievo – questo che le conseguenze di una violazione altrui non possono ricadere su chi è nato – definito, più avanti in sentenza, quale «decisivo»<sup>75</sup>. L'importanza dei legami genetici, dato il loro valore per la definizione dell'identità personale, non può infatti essere disconosciuta e relegata nel mondo dell'irrelevanza giuridica, avvertono i giudici, citando la sent. C. Edu nel caso *Mandet*<sup>76</sup> e la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013<sup>77</sup>. Dalla giurisprudenza europea emergerebbe inoltre un principio di favore per il riconoscimento di simili atti di nascita stranieri «quantomeno quando vi sia un legame genetico tra l'aspirante genitore e il nato», ricorda la Cassazione citando la sent. C. Edu nel caso *Menesson*, la pronuncia della «Corte di cassazione [sic] federale tedesca» del 10 dicembre 2014 e due pronunce

<sup>71</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*

<sup>72</sup> *Ibidem*, pt. 10.2.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pt. 7.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pt. 8.3.

<sup>75</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, pt. 10.3.

<sup>76</sup> C. Edu, sent. 14 gennaio 2016, n. 30955/12, *Mandet c. Francia*; sia noti, a tal proposito, che nonostante la Corte motivi la propria decisione con considerazioni di tutela del minore, nella sua opinione dissenziente la giudice Nussberger sottolinea come l'interesse del minore venga utilizzato quale formula stereotipata per tutelare interessi altrui, ignorando platealmente quale fosse l'interesse del minore concretamente coinvolto; cfr. E. LAMARQUE, *op. cit.*, 97 e 103 segg.; E. MERCKX, *Mandet v. France: Child's "duty" to know its origins prevails over its wish to remain in the dark*, in <https://strasbourgobservers.com/2016/02/04/mandet-v-france-childs-duty-to-know-its-origins-prevails-over-its-wish-to-remain-in-the-dark/> (07/01/2017).

<sup>77</sup> Corte cost., sent. 9 ottobre-18 novembre 2013, n. 278; la sentenza segue a una pronuncia della C. Edu, dicasi la sent. 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli c. Italia*.

della Cassazione francese e della Corte federale svizzera<sup>78</sup>. La Corte pone infine l'attenzione sulla citata sentenza n. 24001/2014, pronunciata dalla stessa Sezione<sup>79</sup> due anni prima, enunciando le differenze che renderebbero le due fattispecie «non assimilabil[i]»: da una, in quel caso non sussisteva alcun legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore; dall'altra, l'atto di nascita era invalido pure secondo la legge del Paese in cui la maternità surrogata aveva avuto luogo<sup>80</sup>. Considerazioni, queste, che secondo i giudici giustificerebbero la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento di cui al tempo si faceva questione e, al contrario, permetterebbero ora il riconoscimento dell'atto di nascita spagnolo.

Dalla determinazione della genitorialità discendono pure varie pretese di carattere patrimoniale, ad esempio per quanto concerne il mantenimento e le questioni ereditarie. Tali aspetti trovano precipua trattazione in due decisioni della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*), che subito si esamineranno, vertenti sul riconoscimento della cittadinanza austriaca a due bambini nati tramite maternità surrogata.

#### 4. ... la cittadinanza...

Ai fini dello sviluppo della propria individuale personalità, così come per l'esercizio di vari diritti, riveste un ruolo importante pure la questione della cittadinanza, rilevante qualora – come spesso è il caso – la nascita avvenga all'estero oppure non tutti i soggetti coinvolti siano cittadini del medesimo Stato. Nell'ambito della CEDU tali aspetti vengono ricondotti all'ampio concetto di vita privata<sup>81</sup> e hanno infatti trovato trattazione anche nelle due appena citate sentenze della Corte di Strasburgo<sup>82</sup>. Con riguardo alle Corti nazionali, con tali questioni di cittadinanza si è confrontato in particolare il *Verfassungsgerichtshof* austriaco in due succinte decisioni; in entrambi i casi si trattava di coppie eterosessuali che si erano recate all'estero per far nascere dei bambini tramite maternità surrogata. In un caso i genitori intenzionali avevano messo a disposizione pure i gameti, mentre nell'altro non era chiaro se essi fossero legati geneticamente al minore oppure no (aspetto, questo, rilevante per determinare se l'atto di nascita formato in Ucraina fosse o meno legittimo per il relativo ordinamento<sup>83</sup>; i giudici costituzionali non paiono tuttavia interessarsi di ciò). Le autorità viennesi si erano rifiutate di riconoscere ai nati la cittadinanza austriaca, al che i relativi genitori – come in Austria in determinati casi è possibile fare – avevano portato i casi dinanzi alla Corte costituzionale. Nelle due similari decisioni<sup>84</sup>, datate dicembre 2011 e ottobre 2012, i giudici ricordano come il diritto del minore ad avere una cittadinanza trovi protezione nella tutela della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU, così come letto

<sup>78</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, pt. 11.1; sulla sentenza svizzera si v. poco *supra*.

<sup>79</sup> Un solo componente è tuttavia comune ai due collegi.

<sup>80</sup> Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, pt. 13.

<sup>81</sup> C. Edu, sent. 11 ottobre 2011, ric. n. 53124/09, *Genovese c. Malta*, § 33; C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, § 97.

<sup>82</sup> C. Edu, sent. 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, § 96 segg.; C. Edu, sent. 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, § 77 segg.

<sup>83</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, *cit.* «Svolgimento del processo», 4, e precedenti sentenze di merito, *cit.*

<sup>84</sup> *Verfassungsgerichtshof*, sent. 14 dicembre 2011, B13/11; *Verfassungsgerichtshof*, sent. 11 ottobre 2012, B99/12 ua.

dalla sentenza *Genovese c. Malta*<sup>85</sup>. Alla luce della stretta correlazione tra cittadinanza e filiazione legale, la Corte costituzionale osserva come sarebbe a chiaro detrimento del bambino non riconoscere il suo rapporto di filiazione nei confronti dei due genitori intenzionali, negandogli così la cittadinanza austriaca e rendendolo apolide<sup>86</sup>. Così facendo, al minore verrebbero inoltre negati i diritti alla cura e al mantenimento propri della comunità familiare, così come altre pretese di carattere patrimoniale che egli invece possederebbe nei confronti dei «genitori genetici» (così definiti nonostante, in un caso, il legame genetico fosse tutt'altro che provato)<sup>87</sup>. Con riguardo all'ordine pubblico, i valori fondamentali tutelati dalla normativa austriaca di diritto internazionale privato ricomprendono infatti «non in ultimo la tutela del bene del bambino»<sup>88</sup>. In conclusione, pertanto, e nell'uno e nell'altro caso i giudici costituzionali sposano – senza fornire particolare giustificazione – quella posizione dottrinale<sup>89</sup> che afferma che il divieto di maternità surrogata debba cedere di fronte agli interessi del bambino e annullano la decisione della città di Vienna. La sentenza consegue pertanto a considerazioni di tutela degli interessi del minore concretamente interessato dal provvedimento e non, invece, alla mera assenza di un obbligo costituzionale di vietare la maternità surrogata<sup>90</sup>.

### 5. ...e la continuità «familiare»...

In generale, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce primario valore al mantenimento della realtà «familiare» che il minore abbia sperimentato per un certo periodo di tempo. A tal riguardo è da osservarsi, da una, come il concetto di «vita familiare» venga interpretato in maniera ampia<sup>91</sup>; dall'altra, che il periodo di convivenza a tal fine necessario può anche essere molto breve. In particolare nelle questioni concernenti la vita familiare, il decorso del tempo incide infatti in maniera irrimediabile sulle relazioni umane<sup>92</sup>.

A tal proposito appare interessante confrontare la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 24001/2014 con un pronunciamento poco successivo della seconda Sezione della C. Edu nonché con la relativa recentissima pronuncia della Grande Camera. Nella sentenza italiana, come illustrato poc'anzi, le autorità avevano deciso di sottrarre il minore ai due genitori intenzionali, con cui aveva vissuto un certo periodo di tempo senza presentare legami genetici. La Cassazione aveva confermato tali decisioni.

<sup>85</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 11 ottobre 2012, *cit.*, pt. III.1.

<sup>86</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 14 dicembre 2011, *cit.*, pt. 4.2.; Verfassungsgerichtshof, sent. 11 ottobre 2012, *cit.*, pt. III.6.

<sup>87</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 11 ottobre 2012, *cit.*, pt. III.6. L'altra sentenza si riferisce correttamente soltanto alla «madre genetica», in quanto entrambi i genitori intenzionali erano collegati geneticamente al nato e la paternità del padre era già stata riconosciuta legalmente: Verfassungsgerichtshof, sent. 14 dicembre 2011, *cit.*, pt. 4.2.

<sup>88</sup> Verfassungsgerichtshof, sent. 14 dicembre 2011, *cit.*, pt. 4.2.; traduzione dell'autore.

<sup>89</sup> La sentenza del 2012 cita in particolare B. VERSCHRAEGEN, *Internationales Privatrecht*, Vienna, 2012, n. marg. 179.

<sup>90</sup> Concede, diversamente, primaria importanza a questo aspetto M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genlus*, 1, 2015, 251.

<sup>91</sup> Sin da C. Edu, sent. 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, § 31.

<sup>92</sup> C. Edu, sent. 10 aprile 2012, ric. n. 19554/09, *Pontes c. Portogallo*, § 80; C. Edu, sent. 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, § 102.

In una vicenda molto simile la seconda Sezione della C. Edu<sup>93</sup> è giunta tuttavia a conclusioni diametralmente opposte. Nel caso *Paradiso e Campanelli* si faceva questione di un bambino nato in Russia tramite maternità surrogata, generato tramite i gameti di due donatori. Tornato in Italia assieme ai genitori intenzionali, dopo qualche mese il minore veniva loro sottratto dalle autorità italiane in quanto i due non presentavano alcun legame biologico con lo stesso; la decisione trovava conferma in sede giurisdizionale, sicché il minore veniva dato in adozione.

La Corte di Strasburgo, a cui i genitori intenzionali si rivolgono, rigetta innanzitutto le doglianze che essi avevano presentato per conto del bambino: i due non presentavano infatti alcun legame – né biologico, né legale – con lo stesso, e nel frattempo era stato pure nominato un tutore<sup>94</sup>. I giudici affrontano tuttavia la questione con riguardo alla posizione dei due ricorrenti, che avevano lamentato in nome proprio il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nonché l’allontanamento del minore. Mentre rigetta la prima questione, in quanto non erano stati esauriti i rimedi interni di verifica della legittimità del non riconoscimento, la Corte si confronta con la seconda doglianza. A tal riguardo essa afferma come gli otto mesi (di cui due in Russia) da essi trascorsi assieme al bambino, nel suo primo periodo di vita, siano sufficienti a fondare una forma di vita familiare *de facto*, tutelata dall’art. 8 CEDU<sup>95</sup>. L’ingerenza da parte delle autorità pubbliche era chiaramente prevista dalla legge e volta alla tutela dell’ordine e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui, dicasi del bambino; i giudici si chiedono tuttavia se l’ingerenza fosse pure «necessaria in una società democratica». A tal riguardo la Corte sottolinea come sia necessario valutare se sia stato garantito un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, privati e pubblici, avendo riguardo – il che potrebbe suonare contraddittorio – al principio fondamentale secondo cui gli interessi del minore devono prevalere («*the best interests of the child are paramount*», «*l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer*»)<sup>96</sup>. I giudici osservano quindi come i due genitori intenzionali – a differenza di quelli della sentenza della Cassazione – avevano ricevuto in passato l’idoneità ad adottare; le istanze di merito, nel dubitare della loro capacità di allevare il minore senza procedere a uno specifico accertamento tecnico, hanno però dato grande importanza all’illegalità della situazione che essi erano andati a creare<sup>97</sup>. L’allontanamento di un minore dal proprio contesto familiare è tuttavia una misura estrema, per la quale la giurisprudenza di Strasburgo pone requisiti molto alti. Nel caso concreto i giudici hanno ritenuto che le misure adottate non fossero giustificate, anche considerando che il minore, dopo l’allontanamento, era rimasto senza identità per più di due anni<sup>98</sup>. Pur esaminando la vertenza con riguardo alle doglianze dei genitori in-

<sup>93</sup> C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, ric. n. 25258/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; traduzione non ufficiale fornita dal Ministero della Giustizia italiano, predisposta da R. Carnevali e M. Scantamburlo, [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode\\_1=0\\_8\\_1\\_4&facetNode\\_2=1\\_2\(2015\)&previousPage=mg\\_1\\_20&contentId=SDU1126686\(05/01/2017\)](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=D7E4D7B10184F7D47D2CC86957B21A25.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1126686(05/01/2017)). Per un commento si v. M. WINKLER, *op. cit.*, 243 segg.

<sup>94</sup> C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *cit.*, § 45 segg.

<sup>95</sup> *Ibidem*, § 69; il Tribunale dei minorenni di Campobasso, in data 20 ottobre 2011, aveva invece espresso l’opinione che il breve lasso di tempo che il minore aveva trascorso con i due genitori intenzionali gli avrebbe permesso di integrarsi senza particolari traumi nella nuova famiglia adottiva: *ibidem*, § 22.

<sup>96</sup> *Ibidem*, § 75.

<sup>97</sup> *Ibidem*, § 79; sul punto v. anche L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. cost.*, 2015, 472 segg.

<sup>98</sup> C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *cit.*, § 81 segg.

tenzionali, la Corte, pertanto, giunge alle sue conclusioni in base a una valutazione degli interessi del minore<sup>99</sup>. Appare pertanto improprio leggere nella sentenza un riconoscimento di un qualche «diritto a essere considerati genitori» in capo ai due committenti, essendo invece i ragionamenti dei giudici ispirati a garantire al minore continuità affettiva<sup>100</sup>.

In conclusione la Corte sancisce tuttavia che, dal momento che il bambino avrà nel frattempo sicuramente sviluppato importanti legami affettivi con la famiglia in cui è stato collocato, alla condanna dell'Italia non debba seguire la «restituzione» del minore<sup>101</sup>; un esempio, questo, di come il decorso del tempo possa talora avere conseguenze «irrimediabili».

Non si possono tacere le differenze fattuali fra tale vicenda e quella sottoposta all'attenzione della Cassazione: nel primo caso, come detto, i due soggetti erano stati in passato valutati quali idonei per un'adozione, mentre nel secondo per tre volte una tale idoneità era stata loro rifiutata a causa di «grosse incapacità nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva»<sup>102</sup>. A ciò si aggiunge che nella vicenda sottoposta a Strasburgo i genitori intenzionali avevano fatto ricorso alla maternità surrogata senza (pare)<sup>103</sup> sostanzialmente violare la normativa russa, mentre nel secondo caso i due avevano chiaramente trasgredito la legge ucraina<sup>104</sup>.

Tali differenze non paiono nondimeno sì incisive da giustificare decisioni tanto distanti, qualora si esaminino le vicende avendo come primario – se non proprio «prevalente»: si v. *infra*<sup>105</sup> – riferimento la tutela degli interessi del minore concretamente interessato.

## 6. ...che «familiare» non è: la sentenza della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*

Nell'affrontare il caso *Paradiso e Campanelli* in seconda istanza, la Grande Camera – nell'attesissima decisione, pubblicata il 24 gennaio 2017<sup>106</sup> – sovverte tuttavia la prospettiva. La convivenza di otto mesi avvenuta tra il bambino e i due genitori intenzionali non costituirebbe infatti «vita familiare». I giudici giungono a tale decisione, che smentisce la seconda Sezione, pur accettando la tradizionale giurisprudenza della Corte che fa conseguire la presenza o meno di vita familiare a una valutazione

<sup>99</sup> Così anche L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, cit., 24 seg.

<sup>100</sup> In tal senso pure M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 104.

<sup>101</sup> C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 88.

<sup>102</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, cit. «Svolgimento del processo», 5.

<sup>103</sup> I giudici della seconda Camera menzionano la questione senza approfondirla particolarmente: C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 76; sostiene che i genitori intenzionali abbiano violato la legge russa B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali*, cit., 55; espone in tal senso fondati dubbi sulla posizione sostenuta dall'avvocato della società russa che ha gestito la maternità surrogata M. RIZZUTI, *op. cit.*, 103. In senso contrario, seppure senza assoluta certezza, C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, cit., *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 143 segg.

<sup>104</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, cit. «Svolgimento del processo», 4.

<sup>105</sup> Pt. 8 del presente contributo.

<sup>106</sup> C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

fattuale e non giuridica<sup>107</sup>. Nell'esaminare se una convivenza assurga a vita familiare, ammonisce la Grande Camera, sono infatti da soppesare attentamente la qualità e durata della stessa, in particolar modo qualora – come nel caso concreto – sia assente qualsiasi *link* biologico tra i genitori e il bambino e la convivenza sia caratterizzata da profonda incertezza giuridica a seguito delle illegalità compiute. A tal riguardo viene ricordato come la Corte abbia riconosciuto la sussistenza di vita familiare a seguito di convivenze anche più brevi, caratterizzate tuttavia dalla presenza di un legame genetico con uno dei genitori intenzionali<sup>108</sup>. Nel caso concreto, alla luce di questi elementi la durata della convivenza non è stata ritenuta sufficiente a fondare una vita familiare<sup>109</sup>.

I giudici hanno invece accettato di esaminare il caso con riguardo alla vita privata dei genitori intenzionali, al fine di verificare se l'allontanamento – la questione del riconoscimento della filiazione era stata rigettata in prima istanza, come si ricorderà – abbia violato gli interessi di questi. La Corte cita a tal riguardo il diritto a vedere rispettata la decisione di diventare genitori, il mancato sviluppo personale che avrebbe comportato l'assunzione del ruolo di genitori e infine, solo con riguardo al padre, le sofferenze conseguenti all'accertamento – nell'ambito delle analisi effettuate nel corso del procedimento – della mancanza di un *link* genetico tra esso e il bambino. I ricorrenti avevano infatti sostenuto come il padre credesse in buona fede di essere genitore genetico del minore.

In definitiva, come anche nella decisione della seconda Sezione, ad essere esaminate non sono le doglianze del bambino bensì quelle dei genitori intenzionali; questo, tuttavia, «non significa che non vadano tenuti in considerazione [...] i *best interests* del bambino»<sup>110</sup>. L'assenza di una «vita familiare» precedente all'allontanamento incide tuttavia in maniera notevolissima sulla valutazione degli interessi del bambino<sup>111</sup>, come subito si vedrà.

Nel prosieguo la Grande Camera enuncia che sarà da verificarsi – al fine di vagliare la legittimità dell'ingerenza pubblica – se le autorità italiane abbiano effettuato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, pubblici e privati. Con riguardo ai primi, l'attenzione viene posta su questioni di prevenzione generale, dicasi la difesa dell'ordine e la protezione dei bambini, ovverosia «non soltanto il

<sup>107</sup> La Grande Corte ribadisce tuttavia che l'art. 8 CEDU non contiene un diritto a fondare una famiglia o ad adottare; il diritto al rispetto della vita familiare presuppone l'esistenza di una famiglia: *ibidem*, § 141.

<sup>108</sup> Trattasi di C. Edu, Sent. 8 luglio 2014, n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*, concernente un bambino nato all'estero tramite maternità surrogata a cui le autorità in un primo momento si erano rifiutate di rilasciare un documento di viaggio per permettergli di ritornare con i genitori in Belgio. I giudici, pur riconoscendo come fosse importante per lo sviluppo psicologico di un bambino mantenere contatti con una o più persone vicine nei primi mesi di vita, hanno ritenuto di durata non irragionevole la separazione di circa tre mesi che il minore e i genitori avevano sofferto. Lo Stato belga aveva ovvero agito entro i limiti del proprio margine di apprezzamento, ragion per cui le doglianze sono state dichiarate irricevibili in quanto manifestamente infondate. La sentenza viene citata qui: C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 154.

<sup>109</sup> Tale decisione viene criticata dai giudici dissenzienti, che evidenziano come la durata fosse da considerarsi sufficiente, anche avuto riguardo al fatto che la convivenza aveva avuto inizio nei primissimi giorni di vita del bambino. Allo stesso tempo, dare rilevanza all'incertezza giuridica della situazione porterebbe ad esautorare la valutazione fattuale della sussistenza, o meno, di vita familiare, riconducendola invece a criteri giuridici: C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., Joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens and Grozev, § 4.

<sup>110</sup> C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 208, traduzione dell'autore.

<sup>111</sup> La Corte pare voglia evidenziare ciò in particolare in questo passaggio: *ibidem*, § 198.

bambino nel caso concreto, bensì anche i bambini più in generale»<sup>112</sup>. La legislazione italiana sull'adozione, infatti, mira a proteggere il minore da pratiche illecite, che potrebbero portare a fenomeni di traffico di esseri umani<sup>113</sup>. Trattasi, come la Corte non manca di annotare, di interessi pubblici davvero importanti<sup>114</sup>.

Per quanto concerne gli interessi privati del bambino direttamente interessato dal procedimento, i giudici ricordano la posizione delle istanze giudiziarie italiane, secondo le quali esso non avrebbe avuto da soffrire gravemente dal distacco data la limitata durata della convivenza<sup>115</sup>. A tal proposito la Corte, tuttavia, non si dilunga eccessivamente, forse in considerazione dell'espressa volontà di non sostituire la propria valutazione a quella delle Corti nazionali<sup>116</sup>. È anche vero, al contempo, che la Grande Camera ha già compiuto una decisiva valutazione della situazione del bambino, escludendo che esso, tramite le misure adottate, sia stato distaccato da una condizione di vita familiare.

I giudici evidenziano quindi come le autorità italiane avessero da compiere una scelta gravosa: permettere ai ricorrenti di tenere il bambino, legalizzando così quale fatto compiuto la situazione illegale da loro creata, oppure attivarsi per garantire al bambino una famiglia nel rispetto della normativa sull'adozione<sup>117</sup>.

Gli interessi privati dei due ricorrenti – osserva la Corte – avrebbero invece conosciuto poca considerazione da parte dei giudici italiani; ciò, tuttavia, sarebbe da valutarsi alla luce delle illegalità da essi compiute e del fatto che la loro relazione col bambino era caratterizzata sin dall'inizio da profonda incertezza<sup>118</sup>.

In definitiva, la Corte riconosce che i ricorrenti potrebbero aver sofferto dall'allontanamento del bambino; nondimeno, essa attribuisce agli interessi pubblici la priorità. Lasciare il minore con i genitori intenzionali avrebbe significato legalizzare la situazione da questi creata in violazione di importanti regole di diritto italiano<sup>119</sup>. Essendo dell'opinione che il bambino non ne abbia avuto a patire gravi o irreparabili conseguenze, la Grande Camera conclude pertanto – undici voti contro sei – che le autorità italiane hanno effettuato un corretto bilanciamento degli interessi, rientrando di conseguenza nell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati<sup>120</sup>.

## 7. Gli interessi dei bambini quale categoria

Abbandonando per ora il minore direttamente interessato da un procedimento giudiziale e interessandosi in un'ottica generalpreventiva dei bambini quale categoria giuridica, emergono taluni interessi che di seguito brevemente si presenteranno.

<sup>112</sup> C. Edu (GC), Sent. 27 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 197, traduzione dell'autore.

<sup>113</sup> *Ibidem*, § 202.

<sup>114</sup> «*Very weighty public interests*»: *ibidem*, § 204.

<sup>115</sup> *Ibidem*, § 206.

<sup>116</sup> *Ibidem*, § 180.

<sup>117</sup> *Ibidem*, § 209.

<sup>118</sup> *Ibidem*, § 211.

<sup>119</sup> *Ibidem*, § 215.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

In primo piano si pone sicuramente la questione della dignità, fondamento di ogni diritto<sup>121</sup> e bilancia tra gli interessi<sup>122</sup>. Nella maternità surrogata il bambino diventa infatti oggetto di un contratto, «merce in cambio di denaro»<sup>123</sup>, mentre la gravidanza assurge a prestazione commerciale<sup>124</sup>.

La questione della dignità riguarda anche la madre surrogata<sup>125</sup>, sebbene la posizione di questa presenti delle particolarità rispetto a quella del bambino. Innanzitutto, essa ha scelto – si presume<sup>126</sup> – «liberamente» di mettere a disposizione il proprio corpo. In aggiunta a ciò, con riguardo alla dignità della madre v'è chi differenzia i casi di surrogazione «altruistica» – ovvero quando la madre surrogata si sia messa a disposizione senza ricevere corrispettivo – rispetto a quelli a titolo oneroso<sup>127</sup>, sostenendo che soltanto a tale ultimo caso consegua una grave violazione della sua dignità<sup>128</sup>. Il bambino, in ogni caso, nulla ha potuto disporre con riguardo alle circostanze della propria nascita; al contempo, il carattere altruistico oppure oneroso della maternità surrogata non fa venir meno il fatto che la sua vita sia stata fatta oggetto di un contratto e che egli sia stato quindi generato col precipuo fine di essere scambiato per denaro.

Un ulteriore ambito critico in senso generalpreventivo concerne le difficoltà psicologiche che il nato potrebbe facilmente soffrire a seguito della scissione della maternità – meglio: della genitorialità – che la pratica comporta. Come noto, a seconda dei casi si può infatti assistere a ben cinque diverse costellazioni di «genitorialità». Nel caso più semplice i genitori intenzionali sono pure coloro che forniscono il materiale genetico e pertanto anche padre e madre genetici del bambino, mentre la madre

<sup>121</sup> E. LAMARQUE, *op. cit.*, 30.

<sup>122</sup> La suggestiva immagine è, come noto, di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, pt. 2, pubblicato in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html> (07/01/2017), nonché ID., *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2011.

<sup>123</sup> L'espressione è di H. KREB, *Samenspende und Leihmutterschaft - Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze*, in *Familie, Partnerschaft, Recht*, 2013, 240; traduzione dell'autore. In tal senso si veda pure COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, «*Maternità surrogata a titolo oneroso*», mozione del 18 marzo 2016, [http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione\\_Surroga\\_materna.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surroga_materna.pdf) (07/01/2017). Pure una pronuncia della Corte di prima istanza di Hamm (Nordreno-Vestfalia, Germania) osserva come il bambino in tali casi diventi oggetto di un contratto e pertanto una merce scambiata per denaro: Amtsgericht Hamm, ord. 22 febbraio 2011, *cit.*, pt. III.a.

<sup>124</sup> Fatto, questo, censurato dai giudici della Corte suprema germanica: Bundesgerichtshof, ord. 10 dicembre 2014, *cit.*, § 39.

<sup>125</sup> A tal riguardo si v. M. DELL'UTRI, *op. cit.*, 358 segg.; I. CORTI, *op. cit.*, 1482; B. SGORBATI, *op. cit.*, 111 segg.

<sup>126</sup> Ciò non è tuttavia sempre il caso: si v., anche per riferimenti storici, gli studi di A. L. ALLEN, *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, Philadelphia, 1990, 140 segg. A tal riguardo è indicata particolare prudenza, essendo variegata le motivazioni che possono portare la donna a compiere tale scelta; spesso trattasi di bisogni economici: S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 106; Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, *cit.*, pt. II.3.a.1.a.

<sup>127</sup> Ha per ora limitato la propria analisi a tale caso, condannandolo come lesivo della dignità della gestante e del nato, il COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA nella mozione intitolata «*Maternità surrogata a titolo oneroso*», *cit.*; cfr. pure Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, *cit.*, pt. 3.1.

<sup>128</sup> Rinviene, diversamente, che la dignità della donna venga violata in entrambi i casi A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2015, 415 segg. Sostiene che la dignità sia un valore oggettivabile e quindi indisponibile dal soggetto la Corte di seconda istanza di Berlino: Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, *cit.*, pt. II.3.a.1.a.

surrogata si «limita» a portarlo in grembo per nove mesi e quindi darlo alla luce; in tal caso il nato presenta tre figure genitoriali. A seconda della provenienza del materiale genetico si assiste tuttavia a un crescendo del numero degli attori coinvolti, che porta le figure genitoriali a quattro (qualora uno solo dei committenti fornisca proprio materiale genetico, mentre i restanti gameti vengono procurati da un donatore) o addirittura cinque (nel caso di due donatori)<sup>129</sup>.

In caso di maternità surrogata è, inoltre, frequente il pagamento della donna in cambio della sua gravidanza; a tal riguardo sia permesso ricordare come pure il «donatore» dei gameti nella procreazione eterologa non raramente sia tale solo per definizione, conoscendo invece spesso anch'esso (o essa) una remunerazione<sup>130</sup>. Ben diverso è, tuttavia, il legame che ha unito il nato alla madre surrogata rispetto al donatore di gameti. Mentre con quest'ultimo egli presenta «soltanto» un legame genetico, nel caso della surrogazione di maternità il nato ha trascorso nove mesi nel grembo della donna, con tutto quel che ciò comporta in termine di legame simbiotico tra partoriente e nascituro<sup>131</sup>, per poi venire «abbandonato» e consegnato ai genitori intenzionali. Indipendentemente dall'affetto che il bambino riceverà o meno da questi ultimi, appare giustificato a chi scrive che egli possa ricavarne l'impressione di essere stato trattato alla stregua di cosa materiale, «una merce in cambio di denaro», e che il suo equilibrio ne abbia a soffrire.

<sup>129</sup> Sugli effetti di tale frammentazione della genitorialità gli studi sono tuttora in corso; cfr., in particolare, S. GOLOMBOK, L. BLAKE, J. SLUTSKY, E. RAFFANELLO, G. ROMAN, A. EHRHARDT, *Parenting and the adjustment of children born to gay fathers through surrogacy*, in *Child Development*, 2017, <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/cdev.12728/asset/cdev12728.pdf;jsessionid=F7BC8B6ED78662FC8B0763224487AF5A.f02t03?v=1&t=izbj0ety&s=22d4a4ed89a913bfe15435443551bce8bc3541f3> (18/02/2017); L. BLAKE, N. CARONE, J. SLUTSKY, E. RAFFANELLO, A. EHRHARDT, S. GOLOMBOK, *Gay fathers through surrogacy: Relationships with surrogates and egg donors and parental disclosure of children's origins*, in *Fertility & Sterility*, 106, 2016, 1503 segg.; V. JADVA, S. IMRIE, S. GOLOMBOK, *Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child*, in *Human Reproduction*, 30 (2), 2015, 373 segg.; V. JADVA, S. IMRIE, *Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy*, in *Human Reproduction*, 29 (1), 2014, 90 segg.; ID., *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 29, 2014, 424 segg.; S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54 (6), 2013, 653 segg. Condivisibili le considerazioni di Rizzuti con riguardo all'importanza di non cancellare artificialmente la rilevanza delle diverse figure genitoriali in un quadro familiare – volente o nolente – sempre più complesso: M. RIZZUTI, *op. cit.*, 103.

<sup>130</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 novembre 2011, 5, [http://www.governo.it/bioetica/pareri\\_abstract/Conoscere\\_le\\_proprie\\_origini\\_biologiche\\_nella\\_procreazione\\_medicalmente\\_assistita\\_eterologa25112011.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/Conoscere_le_proprie_origini_biologiche_nella_procreazione_medicalmente_assistita_eterologa25112011.pdf) (8/10/2016); K. DANIELS, *Donor gametes: anonymous or identified?*, in *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 21, 1, 2006, 119.

<sup>131</sup> *Ex multis*, si veda l'ordinanza conseguente al tristemente celebre «scambio di embrioni» avvenuto all'ospedale Pertini di Roma: Trib. Roma, I sez. civ., ord. 8 agosto 2014, [http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/443\\_435c46ece693df5fc622ee64c711e2d5](http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/443_435c46ece693df5fc622ee64c711e2d5); in tal senso si v. anche COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, 7 e *passim*, [http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni\\_scambio\\_involontario.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf) (18/02/2017).

A ciò si ricollega la domanda se i genitori intenzionali possano essere davvero «buoni genitori»<sup>132</sup> per il minore. A tal riguardo la maternità surrogata non offre chiaramente alcuna garanzia, diversamente dalla procedura di adozione, volta a individuare delle persone idonee ad allevare il bambino. Mentre nel caso di procreazione naturale il potere pubblico non ha, e non deve avere, possibilità di valutare *a priori* l'adeguatezza dei potenziali genitori – potendo eventualmente solo intervenire a posteriori qualora sia gravemente a rischio il benessere del minore –, diversa si presenta la situazione in cui per la riproduzione siano necessari ausili esterni<sup>133</sup>. In particolare necessita considerazione il fatto che i genitori intenzionali potrebbero ricorrere a una madre surrogata proprio in quanto siano stati valutati non idonei all'adozione<sup>134</sup>, aggirando così limiti e controlli imposti dall'ordinamento<sup>135</sup>. Il fatto che in molti casi il benessere del bambino già nato richieda «continuità familiare» con i genitori intenzionali non fa venir meno che ciò costituisca – più che «il bene» – il male minore. L'avvenuta nascita, infatti, comporta un'inversione della situazione: mentre *ex post* solo una grave inidoneità dei genitori sociali può far giungere alla conclusione che il benessere del minore imponga il suo allontanamento da essi, una valutazione *ex ante*, com'è il caso nell'adozione, può adottare criteri di idoneità molto più stringenti.

Al contempo – ed è l'ultimo aspetto su cui si vorrebbe porre l'attenzione – si profila la questione se i nati abbiano potenzialmente diritto a conoscere la propria madre surrogata. Tale tematica, che sta lentamente trovando spazio nella discussione dottrinale<sup>136</sup> e pure in sparute sentenze di merito in Germania<sup>137</sup>, presenta notevoli punti di contatto con la speculare questione nell'ambito della procreazione eterologa<sup>138</sup>. Pure in tale ultimo ambito la questione ha riscosso per vari anni e in molti Paesi interesse soltanto secondario, finché i nati stessi – divenuti maggiorenni – hanno potuto attivarsi direttamente<sup>139</sup>. Chiaro è che in molti casi l'identità della madre surrogata, complice il ricorso a struttu-

<sup>132</sup> L'espressione ricorda il libro di C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, 2009, in cui, tra l'altro, sono riportate pure alcune vicende di coppie omosessuali che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata. Pur non essendovi dati precisi a proposito, stando ai casi giunti all'attenzione delle Corti pare tuttavia di poter affermare che – in termini assoluti – siano di più le coppie eterosessuali che vi fanno ricorso. Sul tema si v. anche K. TRILHA SCHAPPO, *Disegno di Legge Cirinnà e contratti internazionali di maternità surrogata: l'ammissione della step child adoption avrebbe rischiato di generalizzare una pratica vietata in Italia?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 279 segg.

<sup>133</sup> B. SGORBATI, *op. cit.*, 124.

<sup>134</sup> Com'è il caso di cui a Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, *cit.*

<sup>135</sup> Cass. civ., sent. 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001, 59; Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, *cit.*, pt. II.3.a.1.a.

<sup>136</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, marzo 2014, § 188, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf> (08/01/2017); B. SGORBATI, *op. cit.*, 121 segg.

<sup>137</sup> Ci si riferisce alla già citata decisione della Corte di seconda istanza del *Land* di Berlino – si v. *supra*, pt. 3 – in cui i giudici sottolineano che la conoscenza delle proprie origini serve primariamente allo sviluppo della propria personalità e concerne l'identità della madre surrogata pure qualora questa non sia geneticamente legata al nato: Kammergericht, ord. 1° agosto 2013, *cit.*, pt. II.3.a.1.b.

<sup>138</sup> Cfr. B. SGORBATI, *op. cit.*, 121 seg.; A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 146 e 151 segg.

<sup>139</sup> Sul tema sia permesso rimandare a D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 215; si v. anche L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto*

re e persone estere, non sarà rintracciabile; tali difficoltà fattuali non autorizzano tuttavia a ignorare la questione, soprattutto in sede di valutazione della stessa *de jure condendo*.

## 8. Alcune considerazioni sul bilanciamento degli interessi: l'individuazione del «bambino» e i principi «tiranni»

Al momento del bilanciamento giurisprudenziale degli aspetti ora citati con gli altri interessi concorrenti emergono due questioni, che pare opportuno brevemente analizzare.

Innanzitutto è infatti da chiedersi di «quale» minore effettivamente si parli quando ci si riferisce agli interessi «del bambino» oppure, con espressione invalsa anche nella giurisprudenza italiana seppure con un'accezione diversa da quella diffusa in ambito angloamericano, ai *best interests of the child*<sup>140</sup>. In secondo luogo, a ciò si aggiunge la diatriba sulla rilevanza da riconoscersi a tali interessi, spesso indicati come «prevalenti» oppure, in lingua inglese, «*primary*» o «*paramount*»<sup>141</sup>.

Con riguardo alla prima questione, nella giurisprudenza C. Edu frequente è il riferimento al minore particolare, direttamente interessato dal procedimento; in tal senso si veda, ad esempio, il bilanciamento effettuato dai giudici di Strasburgo nel caso *Paradiso e Campanelli* in prima istanza in riferimento alla necessità e proporzionalità dell'intervento pubblico<sup>142</sup>. Nella relativa decisione della Grande Camera trovano tuttavia maggiore spazio anche considerazioni di tutela dei bambini quale categoria giuridica, considerate fine legittimo di un'ingerenza pubblica e bilanciate con gli interessi privati in gioco, tra cui quelli del bambino direttamente interessato.

Variegate sono, al contempo, le opinioni sostenute nella giurisprudenza delle Corti supreme nazionali, che procedono a tale bilanciamento spesso nell'ambito della determinazione dell'ordine pubblico. Mentre il *Bundesgerichtshof*<sup>143</sup> germanico e il *Verfassungsgerichtshof*<sup>144</sup> austriaco pongono l'attenzione sul minore concreto, la Cassazione civile nella sentenza del 2014<sup>145</sup> (così come la giurisprudenza di merito che ha portato alla decisione germanica<sup>146</sup>) pare al contrario ricondurre agli interessi «del bambino» anche quegli aspetti di carattere generalpreventivo che nel presente contributo sono stati analizzati con riguardo alla tutela dei bambini quale categoria giuridica.

Per quanto concerne il caso italiano, ciò pare conseguenza della nozione tradizionalmente ivi diffusa di *best interests of the child*, comprendente in sé non solo la tutela del minore concreto bensì pure

---

*internazionale*, in *Genius*, 1, 2016, 43; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, 1, 7, in [http://www.rivistaaic.it/download/z4Bgdu29ZwQW2xS6pDx32hJ1tOIP3RxyGWSTJQP\\_XRk/nicolussi.pdf](http://www.rivistaaic.it/download/z4Bgdu29ZwQW2xS6pDx32hJ1tOIP3RxyGWSTJQP_XRk/nicolussi.pdf) (08/01/2017). A tal riguardo viene spesso citata la giurisprudenza C. Edu nell'ambito dell'adozione, in particolare C. Edu, sent. 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98, *Odièvre c. Francia*; C. Edu, sent. 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli c. Italia*.

<sup>140</sup> A tal riguardo si v. l'interessante studio di E. LAMARQUE, *op. cit.*, *passim*.

<sup>141</sup> Sui diversi termini impiegati si v. sempre E. LAMARQUE, *op. cit.*, 100 seg.

<sup>142</sup> C. Edu, sent. 27 gennaio 2015, *cit.*, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 74 segg., in particolare § 75, che ribadisce «the essential principle according to which whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount» (corsivo dell'autore); cfr. *supra* pt. 5.

<sup>143</sup> Cfr. *supra* pt. 3.

<sup>144</sup> Cfr. *supra* pt. 4.

<sup>145</sup> Cfr. *supra* pt. 3.

<sup>146</sup> Cfr. *supra* pt. 3.

l’osservanza degli interessi di tutti i minori<sup>147</sup>. Da notarsi è tuttavia che la stessa Cassazione – nella sentenza n. 19599/2016<sup>148</sup>, la cui fattispecie concreta pur presenta notevoli particolarità – ha preso decisamente posizione a favore della precipua considerazione degli interessi del bambino direttamente interessato dal procedimento, avvertendo come non si possa «ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori e, nella specie, del piccolo [nome]». Quando gli interessi «del bambino» vengono ricondotti al minore concretamente interessato dal procedimento, le istanze «generalpreventive» a tutela dei minori quale categoria trovano spesso considerazione all’interno del bilanciamento tra interessi del bambino e altri interessi coinvolti nel caso. Tale bilanciamento, di frequente effettuato nell’ambito dell’esame dell’ordine pubblico quale limite al riconoscimento di atti stranieri, vede tuttavia altrettanto spesso la prevalenza proprio degli interessi del minore concreto.

Con riferimento alla rilevanza da riconoscersi alla tutela degli interessi del bambino, è stato infatti notato come essi vengano sempre più considerati quale un aspetto «tiranno», attribuendo loro, a prescindere, la prevalenza sulle altre posizioni concorrenti<sup>149</sup>. Prevalenza, tuttavia, che non sempre trova soddisfacente giustificazione nelle decisioni delle Corti; emblematico è il caso del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, il quale nella succinta motivazione delle due sentenze analizzate si limita ad affermare apoditticamente che gli interessi del bambino prevalgono sul divieto di maternità surrogata, ragion per cui non va applicato il limite dell’ordine pubblico<sup>150</sup>.

## 9. Valutazione delle attuali tendenze giurisprudenziali e uno sguardo (amaro) al futuro

Prima della sentenza della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, la tendenza della C. Edu appariva quella di dare decisa priorità agli interessi del bambino direttamente interessato dal procedimento, riconoscendo solo secondario valore alle istanze generalpreventive. Tendenza, questa, che è stata fatta propria dalla Corte federale germanica – nonostante la giurisprudenza di merito fosse spesso di diverso avviso – così come dalla Corte costituzionale austriaca. La Cassazione italiana e i giudici di questo Paese sono stati a lungo su posizioni più scettiche a proposito, dando maggiore rilevanza – nell’ambito dell’esame dell’ordine pubblico quale limite al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, oppure nella determinazione dei soggetti a cui vanno riferiti i *best interests of the child* – agli interessi dei bambini quale categoria giuridica, dicasi in senso generalpreventivo, piuttosto che alla posizione del bambino concreto. Le tendenze internazionali hanno tuttavia trovato ingresso nella giurisprudenza di legittimità italiana tramite una recente sentenza della Cassazione civile, che cita espressamente, oltre ai pronunciamenti di Strasburgo, la decisione del *Bundesgerichtshof*.

<sup>147</sup> Lamarque la definisce «best interests secondo l’Italian style»; l’Autrice fa espresso riferimento, quale esempio di ciò, alla sent. della Cassazione n. 24001/2014: E. LAMARQUE, *op. cit.*, 16 segg. Cfr. anche quanto sostenuto da B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, *cit.*, 57 segg.

<sup>148</sup> Cfr. *supra* pt. 3; mancato è purtroppo un pronunciamento delle Sezioni Unite, essendo stata rifiutata la richiesta in tal senso del Procuratore Generale (cfr. Cass. civ., sent. 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, pt. 1).

<sup>149</sup> Critica a proposito E. LAMARQUE, *op. cit.*, 64 segg.; cfr. pure R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 5 seg.

<sup>150</sup> Cfr. *supra* pt. 4.

L'attesa decisione della Grande Camera inverte, parzialmente, la rotta, attribuendo maggiore valore alle istanze di prevenzione generale volte ad evitare che i cittadini di uno Stato si vedano incoraggiati nell'andare all'estero per praticare la maternità surrogata a casa vietata. Da notarsi è, tuttavia, come i giudici non giungano a tali conclusioni ponendo in secondo piano gli interessi del bambino direttamente coinvolto nel procedimento, bensì valutando in maniera diversa la sua situazione e i suoi interessi. Allo stesso tempo, la sentenza conferisce valore alla presenza o meno di un *link* genetico tra il nato e i genitori intenzionali, richiedendo in sua assenza un più rigoroso esame della convivenza avutasi tra tali soggetti.

Pare pertanto potersi rinvenire nella decisione della Grande Camera una certa, condivisibile cautela nei confronti dei fenomeni di «turismo procreativo»<sup>151</sup>. Quest'ultimo rappresenta infatti, per sua natura, un modo per aggirare le prescrizioni che lo Stato pone in una materia tanto delicata come quella dei rapporti familiari<sup>152</sup>; che ciò non sia sempre in sintonia con gli interessi dei bambini è evidente. Nell'opinione dell'autore di queste righe, le legittime aspirazioni a una discendenza e a una soddisfacente vita affettiva non autorizzano a relegare in secondo piano l'attenzione per l'interesse dei minori<sup>153</sup>.

Con riferimento al caso concreto, nella dottrina emergono dubbi con riguardo alla priorità che la giurisprudenza riconosce, talora in maniera sostanzialmente apodittica, alla posizione del minore direttamente interessato dalla vicenda. A parere di chi scrive pare tuttavia ragionevole riconoscere agli interessi del nato prevalenza rispetto agli altri soggetti coinvolti – responsabili, a differenza di esso, per ciò che è accaduto<sup>154</sup> – così come nei confronti di considerazioni generalpreventive. Pur alla luce delle gravi ripercussioni sulla dignità e gli interessi dei bambini che la maternità surrogata porta con sé, con il conseguente divieto comminato dai Paesi qui considerati, non pare infatti appropriato che il minore concreto venga utilizzato (anti-) kantianamente<sup>155</sup> come mezzo per un fine (di prevenzione generale).

Qualora ci si limitasse a ciò, tuttavia, la prevenzione di altri casi di maternità surrogata verrebbe sostanzialmente meno. Quel che è bene in un caso particolare e concreto – quando un bambino *c'è già* – non è necessariamente appropriato diventi la massima orientativa dei consociati che, *prima* di ricorrere alla maternità surrogata, si chiedano se convenga loro fare uso di simili pratiche. I futuri genitori intenzionali si vedrebbero, infatti, alla luce del pressoché sicuro riconoscimento del rapporto di filiazione, o perlomeno della possibilità di vivere di fatto con il nato, corroborati nei propri proponenti. La considerazione giudiziale dei *best interests of the child* diverrebbe così non un modo per tu-

<sup>151</sup> Sul «turismo matrimoniale e procreativo» si v. l'omonima analisi di J. LONG, M. NALDINI, «Turismo» *matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, in *Genlus*, 2, 2015, 163 segg.

<sup>152</sup> B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 52; cfr. pure L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, cit., 7. Sebbene con riguardo al turismo procreativo non se ne condivida la valutazione assertiva, si v. l'analisi di J. LONG, M. NALDINI, *op. cit.*, 163 segg.

<sup>153</sup> B. SGORBATI, *op. cit.*, 124.

<sup>154</sup> In tal senso anche K. TRILHA SCHAPPO, *op. cit.*, 287; sostengono la necessità di non lasciare spazio al principio «*fraus omnia corrumpit*» P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión*, in *Genlus*, 1, 2016, 20; M. WINKLER, *op. cit.*, 250 segg.

<sup>155</sup> I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, 429, [https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/\(09/01/2017\)](https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/(09/01/2017)).

telare la posizione dei minori, bensì il grimaldello per assicurare impunità ai genitori e permettere loro di realizzare i propri intendimenti: *the best interests of the parents*.

Per evitare ciò è innanzitutto necessario che l'esame della situazione, compiuto dal giudice al momento di verificare quale sia l'interesse del minore, abbia luogo in maniera rigorosa, in particolare quando manchi del tutto ogni legame genetico. Come giustamente ammonisce la Grande Camera, non può infatti bastare qualche mese di convivenza per fondare una «vita familiare» tra sconosciuti e giustificare così la permanenza *sine die* del bambino in tale contesto, quasi bastasse qualche settimana per «usucapirlo»<sup>156</sup>. In caso contrario, le pratiche di maternità surrogata potrebbero infatti aprire la strada, giuridicamente parlando, a preoccupanti forme surrettizie di commercio di bambini<sup>157</sup>. Al contempo, le gravi illegalità compiute dai genitori intenzionali – recatisi all'estero per fare uso di pratiche in patria vietate, violando talvolta pure la legge del Paese straniero – non possono non rilevare sulla valutazione delle capacità educative di tali soggetti<sup>158</sup>. Ciò non deve portare a un automatico disconoscimento della loro idoneità ad allevare il bambino; non può però neanche venire ignorato in tale esame.

In aggiunta a ciò sarebbe opportuno prevedere efficaci sanzioni, le quali – senza sovrapporsi alla questione del riconoscimento del legame di filiazione nel caso concreto – permettano di dare espressione alle istanze preventive. Difficile pare tuttavia individuare quali potrebbero essere tali penalità.

Da una si può infatti pensare a sanzioni amministrative di carattere economico. Evidente è tuttavia il rischio – sempre presente in tale ambito – di creare disuguaglianze a seconda delle capacità economiche dei genitori intenzionali. In alcuni Paesi a ciò si sopperisce determinando le ammende in maniera proporzionale al patrimonio. Pure così facendo non viene però del tutto meno il rischio di disuguaglianza, potendo tali sanzioni sottrarre alle persone meno abbienti il necessario per i propri bisogni primari, mentre al ricco rimarranno ugualmente finanze sufficienti per farvi fronte. Il modello non trova comunque spazio in Italia, al che una sua applicazione al caso della maternità surrogata necessiterebbe di ampie modifiche a livello ordinamentale.

Dall'altra si potrebbe ragionare su efficaci sanzioni penali. Una più frequente applicazione della norma penale, che già c'è, pure con riguardo a fattispecie realizzate all'estero trova tuttavia un limite nella questione della doppia incriminabilità. La necessità, o meno, che il fatto sia previsto come reato pure all'estero è stata più volte oggetto di pronunciamenti delle Corti, con la conseguenza che la Cassazione recentemente ha assolto due imputati proprio in quanto la mancata chiarezza a livello giurisprudenziale rendeva difficile la prevedibilità della sanzione penale. I giudici hanno tuttavia evitato di esprimersi sostanzialmente a proposito, cosicché la *querelle* è ad oggi tutt'altro che conclusa. Riguardo a questa ovvero altre risposte di stampo penalistico, che possano efficacemente contrastare i re-

<sup>156</sup> L'espressione è di L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, cit., 473.

<sup>157</sup> Cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, cit., 15 segg.; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 101 segg.

<sup>158</sup> Pare infatti riduttivo affermare che le (gravemente illegali) modalità di nascita – *rectius*: di approvvigionamento – del bambino proprio nulla rilevino sulla valutazione delle capacità educative, paragonando tale caso all'adozione e alla procreazione medicalmente assistita; in tal senso, invece, se si è ben compreso il pensiero dell'Autore, M. WINKLER, *op. cit.*, 256.

lativi fenomeni di «turismo procreativo», sarebbe pertanto opportuno un ampio ragionamento a livello dottrinale.

Un'altra ipotesi, avanzata da qualcuno<sup>159</sup>, è di optare per il «male minore», accettando una disciplina della maternità surrogata a livello internazionale. Prima di giungere a tale conclusione, che comporterebbe l'accettazione del fenomeno sebbene col rispetto di determinate regole, è tuttavia necessario chiedersi se davvero non sia possibile applicare strumenti di diritto interno che efficacemente lo contrastino.

Probabilmente – ed è questa una conclusione amara – non esistono soluzioni che possano interamente soddisfare, riducendo a unità le contrapposte finalità di tutela del bambino, protezione degli interessi dei minori quali categoria e, infine, prevenzione generale. Di ciò bisogna essere consapevoli: gli sviluppi scientifici, assieme all'eccessivo narcisismo di coloro che sopra a tutto e tutti pongono – a prescindere – i propri interessi, stanno creando situazioni giuridicamente irrisolvibili.

---

<sup>159</sup> K. TRILHA SCHAPPO, *op. cit.*, 288; cfr. pure L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, *cit.*, 26.