

MATERNITÀ SURROGATA E TUTELA DELL'INTERESSE
SUPERIORE DEL MINORE: UNA LETTURA CRITICA ALLA LUCE
DI UN RECENTE INTERVENTO DELLA CORTE EDU.

SURROGATE MOTHERHOOD AND BEST INTEREST OF THE
CHILD: A CRITICAL READING IN THE LIGHT OF A RECENT
JUDGMENT OF THE COURT EDU

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 287-312.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dr. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Borsista presso la Scuola di Specializzazione
in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino
giobertidemarinis@libero.it

RIASSUNTO: Il lavoro si propone di analizzare le problematiche connesse alla difficoltà di riconoscere l'instaurazione di validi vincoli di filiazione nella maternità surrogata alla luce di un recente intervento della Corte EDU. Viene evidenziato come l'esigenza sicuramente irrinunciabile di proteggere l'interesse del minore, non può portare a riconoscere -anche se indirettamente- la tutelabilità di condotte illecite praticate dalla coppia committente.

PAROLE CHIAVE: Procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; filiazione; interesse superiore del minore.

ABSTRACT: The paper aims to analyze the issues related to the difficulty of recognizing the creation of valid parental relationship in case of surrogate motherhood with regard a recent intervention of the Court of Human Rights. It is highlighted as the essential requirement of protecting the interests of the child, can not lead to recognize - even indirectly - the protectability of illegal conduct practiced by the couple.

KEY WORDS: Medically assisted procreation; surrogate motherhood; filiation; best interest of the child.

SOMMARIO: I. LA MATERNITÀ SURROGATA: IL QUADRO NORMATIVO ED IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA.- II. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ITALIANI IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA.- III LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA EDU IN TEMA DI MATERNITÀ PER SOSTITUZIONE.- IV. LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA EDU PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA. – V. CONSIDERAZIONI CRITICHE. – VI. VONTÀ E FILIAZIONE: INOPPORTUNITÀ DI RICONOSCERE - PUR INDIRECTAMENTE – GLI EFFETTI PRODOTTI DA GESTAZIONI PER SOSTITUZIONE.

“Dance me to the children who are asking to be born”
Leonard Cohen, *Dance me to the end of love*

I. LA MATERNITÀ SURROGATA: IL QUADRO NORMATIVO ED IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA.

L'avvento di nuove tecnologie utilizzabili in ambito procreativo ha prodotto non secondarie problematiche in relazione alla creazione artificiale non solo della vita umana ma anche dei relativi rapporti di filiazione che derivano dalla stessa¹. Ciò si percepisce in tutta la sua evidenza in relazione alla c.d. maternità surrogata² in funzione della quale una coppia committente si avvale di altra donna che porta a termine il parto al fine di mettere al mondo un figlio³.

¹ In una prospettiva generale, v. PERLINGIERI, P.: “Riflessioni sull’inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica”, in ID.: *La persona e i suoi diritti*. Napoli (2005): ESI, pp. 174 ss.; ID., “L’inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative”, in ID.: *La persona e i suoi diritti*, cit., pp. 183 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed. Napoli (2006): ESI, pp. 773 ss.

² Si veda, fin d’ora, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Reproducción humana asistida”, *Rev. Boliviana de Derecho* (2009), pp. 207 ss.

³ Per qualche considerazione preliminare, CLERICI, D.: “Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici”, *Dir. fam. pers.* (1987), pp. 1011 ss.; SISTO, F.P.: “Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione”, *Dir. fam. pers.* (1987), p. 1467; BALDINI, G.: “Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità”, *Dir. fam. pers.* (1999), pp. 579 ss.; CASSANO, G.: “Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?”, *Fam. dir.* (2000), pp. 162 ss.; SESTA, M.: “Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?”, *Nuova giur. civ. comm.* (2000) II, pp. 203 ss.; ZATTI, P.: “Maternità e surrogazione”, *Nuova giur. civ. comm.* (2000) II, pp. 202 ss.; CORTI, I.: *La maternità per sostituzione*. Milano (2000): Giuffrè; ID.: “La maternità per sostituzione”, in AA.VV.: *Trattato di Biodiritto*, II, *Il governo del corpo*, 2. (a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI). Milano (2011): Giuffrè, pp. 1479 ss.; ROSSI CARLEO, L.: “Maternità surrogata e status del nato”, *Familia* (2002), pp. 377 ss.; CASSONE,

Va subito segnalato che tale fenomeno, lungi dal configurarsi in maniera unitaria, assume diverse sfaccettature che comportano l'emersione di distinte problematiche coinvolgendo una molteplicità di interessi e di soggetti che, a seconda dei casi, partecipano al processo procreativo in varia misura e con diversa rilevanza⁴. Basti pensare che la madre surrogata può risultare coinvolta solo quale gestante senza contribuire geneticamente alla creazione dell'embrione che, in tali casi, potrà essere generato attraverso i gameti della coppia committente o attraverso quelli di terzi donatori; ovvero potrà partecipare con il proprio materiale genetico alla creazione dell'embrione che poi porterà in grembo fino al parto. Nel caso in cui si usufruisca di donatori esterni, inoltre, il materiale genetico che forma l'embrione potrà provenire parzialmente dalla coppia committente (sia per parte paterna che materna) o totalmente da soggetti estranei⁵.

Come pare evidente dalla breve introduzione, quello della maternità surrogata è un problema di estrema complessità e delicatezza e che, proprio per le diverse sembianze nelle quali si presenta, non può che ricevere un distinto giudizio in ambito giuridico. Va subito precisato che sembra opportuno, al fine di analizzare in maniera il più possibile coerente ed equilibrata tale problematica, scindere le vicende attinenti la maternità surrogata in due profili che, nonostante connessi, risultano però separati: da un lato la liceità e meritevolezza degli accordi fra coppia committente e donna gestante e,

F.: "La surroga materna tra tutela dell'integrità e diritto alla salute", *Riv. crit. dir. priv.* (2008), pp. 103 ss. Per la prospettiva spagnola v., da ultimo, BATALLER I RUIZ, E.: "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2015), 2, pp. 777 ss. In chiave comparatistica, v. TORINO, R.: "Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia", *Familia* (2002), pp. 179 ss.

⁴ Tutto trae origine dalla evoluzione sociale e scientifica che ha caratterizzato la nostra epoca storica. Si vedano, sul punto, le riflessioni di MARINELLI, F.: *Scienza e storia del diritto*, 3^a ed. Roma-Bari (2012): Laterza, p. 206, ove fa notare: "Un tempo, infatti, la vita e la morte erano sostanzialmente rimesse al caso o al volere di Dio, o quantomeno venivano accettate come situazioni che per lo più sfuggivano al controllo umano, poiché la medicina non si era ancora sviluppata compiutamente. Oggi non è più così, in quanto gli uomini pretendono di decidere essi stessi se e quando far nascere una vita e quando e come farla finire".

⁵ Appare evidente la profonda differenza fra le ipotesi prospettate che vanno dalla "meno problematica" in cui l'embrione viene generato con i gameti dei committenti e "semplicemente" portato in grembo dalla madre surrogata (c.d. affitto d'utero), a quella più complessa in cui due genitori committenti ottengono l'impianto di un embrione nel ventre di una madre surrogata il quale, però, è formato con il materiale genetico di soggetti terzi. In tale ultimo caso, come pare evidente, i soggetti coinvolti sono ben cinque e, paradossalmente, coloro che chiedono l'instaurazione di un rapporto di filiazione con il nato sono proprio coloro che in nulla hanno contribuito alla produzione del feto se non attraverso la mera volontà di iniziare un procedimento procreativo utilizzando materiale genetico e capacità riproduttiva di terze persone.

dall'altro, l'individuazione della maniera corretta attraverso la quale un ordinamento evoluto debba rapportarsi al fatto che un bambino sia nato – pur se in violazione di un eventuale divieto - da surroga di maternità⁶.

Sotto tale profilo, prima di passare ad analizzare i punti centrali della problematica alla luce dei più recenti interventi giurisprudenziali interni ed europei, sembra opportuno soffermarsi per un attimo sui dati normativi che disciplinano la materia in Italia. Come noto, infatti, le tecniche di procreazione medicalmente assistite sono state disciplinate in Italia attraverso la l. 19 febbraio 2004, n. 40⁷ che all'art. 12, comma 6, vieta in maniera espressa la maternità per sostituzione facendola, peraltro, oggetto di sanzioni di natura penale e pecuniaria⁸. Per quanto concerne, invece, la creazione di rapporti di filiazione, centrale appare la disposizione contenuta nell'art. 269, comma 3, c.c. che disciplina i rapporti di filiazione fra la madre ed il nascituro in funzione dell'evento "parto" attribuendo la qualità di "madre" alla donna che materialmente ha dato alla luce il figlio⁹. Ed è proprio sotto tale ultimo aspetto che si è concentrata in maniera maggiormente attenta l'attenzione degli interpreti per il semplice fatto che la disposizione di riferimento appare evidentemente il frutto di un'epoca storica nella quale non poteva assolutamente ipotizzarsi una scissione fra figlio e genitori genetici¹⁰. Come pare evidente, però, oggi tale scissione è tecnicamente possibile e, tutto ciò, ha portato ad interrogarsi su chi debbano essere considerati "genitori" nel caso di procreazione attraverso tecniche di maternità surrogata nella quale, lungi dal poter affermare l'unicità della figura genitoriale, vi sono una molteplicità di potenziali "mamme" e/o "padri" che, ciascuno per via

⁶ Il problema riguarda, prevalentemente, la possibilità di riconoscere efficacia all'interno dell'Italia ad atti di nascita formati all'estero nei confronti di un minore nato da maternità surrogata. Su tale profilo generale, TONOLO, S.: "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", *Riv. dir. int. priv. proc.* (2014), pp. 81 ss. Nella prospettiva spagnola, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley* (2010), núm. 7501.

⁷ Per qualche riferimento generale sul punto, si veda, volendo, BERTI DE MARINIS, G.: "Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita", *Resp. civ., prev.* (2014), pp. 1716 ss.; ID.: "La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2015), núm. 2, pp. 761 ss.

⁸ "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

⁹ "La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre".

¹⁰ V., sul punto, PORCELLI, M.: "La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo", *Dir. fam. pers.* (2012), pp. 1765 ss.

diversa, potrebbe richiedere l'istaurazione di un vincolo di filiazione con il nascituro¹¹.

Ed è proprio all'interno di tale problematica che va inquadrata la recente sentenza della Corte EDU del 17 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹², che si pronuncia su una vicenda che riguarda i due coniugi Paradiso e Campanelli i quali si erano recati in Russia e, dietro pagamento della somma di 50.000 euro, avevano individuato una madre surrogata la quale avrebbe condotto a compimento la gestazione di un embrione formato attraverso gameti assolutamente non riconducibili alla coppia committente in quanto appartenenti a terzi donatori. Nato il bambino, la coppia committente ottiene il riconoscimento della filiazione in Russia – in cui tali tecniche sono legali – ma non riesce ad ottenere l'iscrizione del certificato di nascita in Italia stante il divieto di maternità surrogata e la totale assenza di qualunque derivazione genetica del figlio rispetto alla coppia che ne reclama la genitorialità. Il figlio, privo dunque di genitori, viene dichiarato in stato di abbandono, viene prontamente allontanato dai coniugi Paradiso e Campanelli e, successivamente, affidato ad altra famiglia per l'adozione. Nonostante si tornerà diffusamente in seguito sul punto, giova da subito segnalare che la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU poiché i provvedimenti dei giudici interni con i quali era stato allontanato il minore dalla coppia committente hanno concretizzato una illegittima e sproporzionata intrusione nella vita privata e familiare dei ricorrenti. Tali atti, infatti, sarebbero stati assunti dallo Stato italiano senza tenere nella debita considerazione il superiore interesse del minore.

Il modesto scopo del presente lavoro è quello di analizzare la pronuncia in parola alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali nazionali ed europei al fine di individuare le sue possibili ricadute pratiche sulla concreta disciplina della maternità surrogata.

¹¹ DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Resp. civ. prev.* (2010), p. 361, il quale, notando le distinte conformazioni che può assumere la c.d. maternità surrogata, evidenzia come "le diverse ipotesi rassegnate inducono all'articolazione di altrettante nozioni di «maternità»: potendo riservarsi, alla donna cui risale l'ovocita fecondato, la qualità di madre «genetica»; a quella che ha condotto la gestazione, la nozione di madre «biologica»; ed infine alla donna che ebbe a determinare il procedimento procreativo, con l'originaria scelta della maternità, e ad esprimere la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato (la c.d. madre «committente»), la nozione di madre «sociale»".

¹² La sentenza è disponibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int> ed in *Foro it.* (2015) IV, c. 117, con nota di CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata".

II. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ITALIANI IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA.

In quest'ottica, partendo dal panorama nazionale, va immediatamente segnalato come questo appaia non univoco in relazione alla tutela giuridica da riconoscere alla coppia committente¹³. Celebre è il caso deciso dal Tribunale di Monza¹⁴ nel quale una coppia si rivolge ad una madre surrogata che acconsente dietro corrispettivo a sottoporsi ad una inseminazione artificiale con il seme del marito della coppia committente. Nata la figlia, però, la madre surrogata si rifiuta di consegnare la minore e, quindi, la coppia committente agisce per l'esecuzione del contratto di maternità surrogata. Nel caso di specie il Tribunale ritiene nullo il contratto di maternità surrogata poiché, oltre ad individuare una violazione dell'art. 269 c.c. che attribuisce la maternità alla donna che ha partorito il figlio, prospetta anche un contrasto con l'art. 5 c.c. che nel disciplinare gli atti di disposizione del proprio corpo,

¹³ Anche parte della dottrina ha avallato, pur con giustificazioni diverse, tale soluzione in relazione all'impossibilità di riconoscere alcun rapporto giuridico fra madre committente e nato. Si veda, a tal proposito, TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.* (1986) I, p. 501, il quale, in relazione alla posizione assunta dalla partoriente, pur distinguendo l'ipotesi della "madre in affitto" (che, oltre a portare a termine la gestazione, contribuisce geneticamente alla formazione del feto) dall' "affitto del ventre" (in cui la madre surrogata si limita a portare a termine la gestazione), afferma che "il risultato ci darà sempre la maternità riconosciuta alla partoriente. Corrispondentemente, ogni diritto viene escluso per la datrice del germe vitale. A questa conclusione si arriva, non per negare valore di elemento primo della nuova vita ma per una necessaria valutazione comparativa, fatta dall'ordine giuridico nel presupposto che a ciascuno una madre soltanto può venire riconosciuta nella premessa di un elementare rapporto di vita". Nessun rapporto, quindi, si creerebbe con la coppia committente. Su posizioni sostanzialmente analoghe, AULETTA, T.: "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", *Quadrimestre* (1986), pp. 55 ss. Si veda, pure, quanto affermato da LIPARI, N.: "La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive", *Rass. dir. civ.* (1986), pp. 575 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, P.: *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*. Napoli (1989): ESI, pp. 99 ss., i quali fondano la propria posizione sul fatto che la stessa Costituzione, all'art. 31, parla di "maternità" intendendola su di un piano relazionale ricavabile dal "rapporto" che si crea fra figlio e donna che lo porta in grembo. Sotto un profilo più generale, poi, altra parte della dottrina ha evidenziato come l'impossibilità di riconoscere la nascita di qualsivoglia vincolo giuridico fra coppia committente e minore trova ulteriore giustificazione alla luce della sua efficacia deterrente che sarebbe necessaria al fine di consolidare il divieto di praticare tali forme di gestazione previsto dalla l. n. 40 del 2004. In questo senso, BARELA, V.: "La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni", in AA.VV.: *Procreazione assistita* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE). Milano (2004): Giuffrè, p. 200. Sul punto, da ultimo, v. le riflessioni di VESTO, A.: "Maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.* (2015), pp. 309 ss.

¹⁴ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *Dir. fam. pers.* (1991), pp. 191. Su cui, v. PALMERI, G.: "Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana", *Giur. it.* (1990) I, p. 296 ss. Si vedano, pure, le riflessioni di POLIDORI, S.: "Illiceità della funzione negoziale e reato", *Rass. dir. civ.* (2012), p. 521.

ne vieta la legittimità in tutti i casi in cui comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. Ciò evidenzia come un atto di disposizione sui propri gameti, oltre a porre problemi in termini di contrarietà all'ordine pubblico ed al buonc Costume, dovrebbe sempre risultare revocabile poiché sarebbe qualificabile quale atto dispositivo di un diritto della personalità.

Molto più recente è invece la sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello di Bari¹⁵ che, in un caso del tutto simile, si è invece dimostrata favorevole al riconoscimento di un legame di filiazione nei confronti della madre committente. La vicenda trae origine, questa volta, da una surroga di maternità avvenuta in Inghilterra con la quale una coppia (moglie italiana e marito inglese) ottiene l'impegno da parte di una cittadina inglese – poi integralmente adempiuto dalla stessa – di portare a termine una gravidanza generata con il proprio materiale genetico e quello del marito della coppia committente. Nato il figlio, lo stesso viene consegnato alla coppia che ottiene dalle Corti inglesi il riconoscimento del vincolo di filiazione (*parental order*). Il problema sorge, però, quando la coppia chiede il riconoscimento del *parental order* inglese in Italia dove gli viene rifiutato. La Corte barese, tuttavia, non rinviene nel caso di specie una violazione dei principi di ordine pubblico che vieterebbero il riconoscimento di efficacia interna ai provvedimenti stranieri poiché ritiene che tale nozione vada necessariamente valutata alla luce del caso concreto e, in particolare, per quello che qui interessa, in relazione al c.d. *best interest of the child* che verrebbe leso dal mancato riconoscimento del vincolo di filiazione fra il bimbo e la coppia con la quale vive stabilmente ormai da anni¹⁶.

Tale orientamento maggiormente accondiscendente verso la possibilità di riconoscere un vincolo di filiazione fra nato e coppia committente¹⁷, trova

¹⁵ Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009, *Resp. civ. prev.* (2010), p. 349. In senso parzialmente analogo, più di recente, Trib. Napoli, 1 luglio 2011, *Corr. merito* (2012) I, p. 13.

¹⁶ V., sul punto, DE TOMMASI, M.C.: "Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004", *Fam. dir.* (2010), pp. 277 ss.

¹⁷ Va segnalato come anche tale posizione non sia rimasta priva di riscontri dottrinali uniti dall'intento di riconoscere, pur se in misura diversa e con diversa estensione, la possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione fra nato e coppia committente. In questo, infatti, una parte della dottrina ha fatto riferimento al concetto di "maternità responsabile" che dovrebbe portare ad attribuire il legame parentale ad i soggetti che non solo abbiano in qualche misura partecipato al processo procreativo, ma che sommino a tale dato materiale, anche quello psicologico di voler essere genitori. Si veda, in tal senso, SANTOSUOSSO, F.: *La fecondazione artificiale umana*. Milano (1984): Giuffrè, pp. 57 ss.; ZATTI, P.: "Artificio e "natura" nella procreazione (Note a margine dei progetti legislativi)", *Riv. crit. dir. priv.* (1986), p. 698; GORASSINI, A.: "Procreazione (dir. civ.)", *Enc. dir.*, XXXVI, Milano (1987): Giuffrè, p. 963; VERCELLONE, P.: "La fecondazione artificiale", *Pol. dir.*

ulteriore conferma in un caso in cui la Corte d'Appello di Torino¹⁸, non discostandosi dalla precedente pronuncia della Corte d'Appello di Bari, riconosce il rapporto di filiazione fra il nato, la madre genetica e la moglie di quest'ultima che lo ha partorito. Questo il caso: una coppia di donne sposate in Spagna ottiene la fecondazione dell'ovulo di una di queste attraverso il seme di un donatore esterno e l'embrione così formato viene impiantato nell'utero dell'altra donna che forma la coppia la quale porta a termine la gravidanza e partorisce il figlio. Ottenuta l'iscrizione dell'atto di nascita in Spagna, la coppia chiede che lo stesso venga registrato anche in Italia e, avverso un primo rifiuto, ricorre al giudice il quale valorizza il superiore interesse del minore a vedersi legalmente attribuito il diritto di essere riconosciuto figlio di entrambe le donne. Essendosi formato legittimamente tale stato di filiazione all'estero, i possibili profili di contrasto con l'ordine pubblico devono cedere di fronte all'esigenza di garantire una piena tutela al minore.

Sempre per la validità dei contratti di maternità surrogata – e, di conseguenza, per la sua produttività di effetti anche sotto il profilo del rapporto di filiazione – sembra propendere, pur in una vicenda del tutto diversa dalle precedenti, il Tribunale di Roma¹⁹ che è chiamato a pronunciarsi sulla tematica poiché una coppia – prima dell'emanazione della l. n. 40 del 2004 – aveva concluso con un medico l'accordo con il quale quest'ultimo si era obbligato a praticare la surrogazione di maternità non appena la coppia fosse risuscita a trovare una gestante disponibile. Avvenuta la fecondazione

(1986), pp. 384 ss.; CLARIZIA, R.: *Procreazione artificiale e tutela del minore*. Milano (1988): Giuffrè, p. 142. Sulla stessa linea di pensiero sembra inquadrabile la recente opinione di altra dottrina che sembra aprire alla possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione sulla base di un mero atto di volontà che, nel caso di specie, porterebbe ad individuare nella coppia committente che esprime la volontà di essere genitori i soggetti ai quali è opportuno assegnare una responsabilità genitoriale. Così DI MASI, M.: “Maternità surrogata: dal contratto allo status”, *Riv. crit. dir. priv.* (2015), p. 646, ove afferma: “Oggi le nuove tecniche procreative portano a riconsiderare ancora una volta il paradigma ed a rivalutare una realtà che da sempre è stata alla base dell'adozione: la verità biologica, tutto sommato, non è un requisito indispensabile per svolgere il ruolo genitoriale, ed anzi, è possibile distaccarsi totalmente dall'*imitatio naturae*. Ed allora, quello che giuridicamente rileva è l'autodeterminazione procreativa, la quale implica l'intenzionalità di divenire responsabile per l'educazione, il mantenimento e l'istruzione di un figlio voluto e fatto nascere anche con l'ausilio biologico di terzi estranei al progetto genitoriale”.

¹⁸ Si tratta di Corte d'Appello di Torino, 29 ottobre 2014, www.altalex.it, con nota di VASSALLO, G.: “Minore nato da due madri: si alla trascrizione dell'atto di nascita spagnolo”; ed anche in www.articolo29.it, con commento di GATTUSO, M.: “Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia”.

¹⁹ Trib. Roma, 27 marzo 2000, *Giur. it.* (2001) I, p. 300, con nota di NATOLI, R.: “La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto” ed in *Rass. dir. civ.* (2000), p. 199, con nota di CAPOBIANCO E. e PETRUCCI, M.G.: “La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale civile di Roma”.

dell'embrione, la coppia non riesce a trovare immediatamente una gestante rendendosi pertanto necessaria la crioconservazione dell'embrione. Una volta trovata la gestante, i coniugi chiedono al medico l'esecuzione del contratto il quale, però, si rifiuta poiché nel frattempo, pur in assenza di un espresso divieto legale, erano state emanate le norme deontologiche mediche le quali proibivano la praticabilità di tali forme di procreazione. Il Tribunale, accoglie l'istanza della coppia committente valorizzando sia il profilo della volontarietà dell'atto da parte della coppia e della gestante sia, soprattutto, la gratuità del rapporto dal momento che la madre surrogata non avrebbe ricevuto alcun compenso. Proprio l'evoluzione tecnologica, secondo il giudicante, impone di guardare la genitorialità in maniera diversa e, quindi, non necessariamente ancorata a dati genetici o all'evento gestazione-parto²⁰.

Tali ultimi casi paiono accomunati da un dato che non sembra assolutamente secondario e, cioè, il fatto che, almeno in parte, il prodotto del parto sia riconducibile geneticamente ad uno dei membri della coppia committente. Sotto tale profilo, quindi, appare riscontrarsi in Italia la tendenza a riconoscere – pur con le peculiarità dei singoli casi - la creazione di vincoli di filiazione fra il nato e la coppia committente nel caso sussista un vincolo genetico minimo fra gli stessi²¹.

Non sembra un caso, infatti, che nel momento in cui i giudici italiani si siano trovati a dover decidere in merito a surroghe di maternità nelle quali non si riscontrava nessun rapporto genetico fra coppia committente e nato, la soluzione adottata dai giudici sia stata diversa. In questo senso si è espressa recentemente la stessa Corte di Cassazione²² che ha confermato le sentenze di merito con le quali veniva dichiarato lo stato di abbandono di un minore generato attraverso una maternità surrogata il quale non presentava alcun

²⁰ V., DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", cit., p. 367.

²¹ Si veda, sul punto, DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo status", cit., p. 631, il quale, analizzando la più recente evoluzione giurisprudenziale in materia, fa notare opportunamente come "emerge la tendenza della giurisprudenza a tutelare il *best interest* dei minori in conformità alla scelta genitoriale espressa nel ricorrere alla maternità per sostituzione – seppur corrispondente ad una pratica da noi ritenuta illecita – purché vi sia alla base della filiazione un substrato biologico minimo". V., tuttavia, Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, *www.dejure.it*, ove, in un caso di maternità surrogata effettuata in Kenya dalla quale erano nati due gemelli, si riconosce il vincolo di filiazione solo nei confronti del padre che aveva fornito il proprio materiale genetico per la formazione degli embrioni ma non nei confronti della madre che, al contrario, non aveva dato alcun apporto alla nascita dei gemelli.

²² Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Foro it.* (2014) I, c. 3408 con nota di CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata"; ed in *Nuova giur. civ. comm.* (2015) I, p. 235, con nota di BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore".

vincolo genetico con la coppia committente. La coppia italiana, infatti, si era recata in Ucraina dove aveva utilizzato gameti di terzi donatori ed impiantato l'embrione all'interno di una gestante. Nato il figlio, la coppia torna in Italia dove però, come detto, i giudici dichiarano lo stato di abbandono dello stesso. Il rifiuto di riconoscere il vincolo di filiazione fra nato e coppia committente viene giustificato dalla Suprema Corte a causa della violazione dell'ordine pubblico che comporterebbe riconoscere all'interno del nostro ordinamento un vincolo di filiazione completamente sprovvisto di legami biologici²³.

Proprio tali considerazioni sono alla base per una diversa valutazione del c.d. *best interest of the child* che, utilizzato nelle altre pronunce per giustificare il riconoscimento in Italia di un vincolo di filiazione formato all'estero, viene qui visto sotto un diverso profilo: nel caso in cui un minore sia privo di genitori, il suo *best interest* si realizza attraverso l'apertura di una procedura di adozione che, con le garanzie che la stessa presenta, è l'unico mezzo previsto al fine di selezionare la famiglia migliore per un minore che non ne ha una. Il *best interest*, infatti, non consiste nell'essere affidati a chiunque, ma nell'individuare i soggetti che siano maggiormente idonei ad assicurare un ambiente familiare ad un minore che ne è sprovvisto.

Ciò, però, può avvenire solo dopo una accurata selezione e non affidando *sic et simpliciter* il minore alla coppia committente il cui unico dato caratterizzante è quello di aver pagato per mettere al mondo attraverso un'altra donna un essere umano composto dai geni di soggetti terzi²⁴. Non si vede, infatti, per

²³ Afferma la Corte: "Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. Le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, com'è pacifico nel caso in esame; né tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come nella specie è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal Tribunale".

²⁴ Prosegue infatti la Corte affermando: "Neppure può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, da considerare preminente "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York richiamata nel ricorso. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e

quale motivo si dovrebbe assegnare una posizione di preminenza nell'affidamento del minore a tale coppia a scapito di tutte le altre coppie che, al contrario, si sono sottoposte al lungo e tortuoso *iter* burocratico dell'adozione che, è bene ricordarlo, ha proprio la funzione di assicurare che il minore venga a trovarsi in un ambiente familiare ottimale. Aggirare tale *iter*, equivale a porre in pericolo proprio quel *best interest of the child* che, al contrario, dovrebbe assumere centrale rilevanza nella decisione del caso concreto.

III. LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA EDU IN TEMA DI MATERNITÀ PER SOSTITUZIONE.

Ulteriori elementi di riflessione giungono, poi, dai precedenti emessi su tali tematiche da parte della stessa Corte EDU²⁵ che, è bene ribadirlo, in nessuna sentenza ripotata si pronuncia in astratto sulla legittimità o meno di un eventuale divieto interno circa la possibilità di accedere ad una maternità per sostituzione²⁶. Su tale materia, infatti, sembra regnare quell'ampio margine di apprezzamento che deriva dalla totale assenza al livello europeo di principi ed orientamenti consolidati. Ciò su cui interviene la Corte è, invece, il profilo delle modalità attraverso cui i singoli Stati aderenti sono chiamati a comportarsi di fronte al riconoscimento dei legami parentali fra coppie committenti e figli nati da surroga di maternità.

In due importanti e recenti sentenze la Corte di Strasburgo²⁷ si trova a dover verificare la sussistenza di una illegittima intrusione nella vita privata e familiare – come tale vietata dall'art. 8 CEDU – da parte della Francia che si era rifiutata di trascrivere nei registri di stato civile il vincolo di filiazione che due coppie francesi – i coniugi Labassee ed i coniugi Mennesson – avevano legittimamente formato in due distinti Stati degli U.S.A. ricorrendo a tecniche

affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto”.

²⁵ In generale, MEDINA, G.: “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tema de reproducción”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2014), núm. 1, pp. 53 ss.

²⁶ Sulla profonda incidenza della CEDU in ambito familiare, v. CHIAPPETTA, G.: “I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio”, in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. CHIAPPETTA). Napoli (2014): ESI, pp. 23 ss.; DE GAETANO, V.A.: “L’incidenza della CEDU nel diritto di famiglia”, in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. Chiappetta), cit., pp. 37 ss.

²⁷ Corte EDU, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, *www.dejure.it*; Corte EDU, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, *ivi*. Sui quali, diffusamente, DI MASI, M.: “Maternità surrogata: dal contratto allo status”, cit., p. 621 ss.

di maternità surrogata. In entrambi i casi la madre surrogata era chiamata a portare a termine la gravidanza di un feto formato in vitro con il gamete del marito di ciascuna coppia²⁸. Contro il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita nei registri francesi - il cui ordinamento vieta la surroga di maternità, propende per l'indisponibilità degli *status* personali e considera tali pratiche nulle poiché contrarie all'ordine pubblico²⁹ - i coniugi ricorrono alla Corte EDU al fine di veder accertata e dichiarata una lesione della vita privata e familiare sia propria che dei figli poiché il mancato riconoscimento del vincolo parentale non permette agli stessi di ottenere il riconoscimento di uno *status* legittimamente formato all'estero con incidenza negativa in termini di sviluppo della propria personalità.

Nei casi di specie la Corte, se da un lato ritiene non violato l'art. 8 CEDU nei confronti dei genitori, condanna però lo Stato francese per violazione della stessa norma nei confronti dei figli delle coppie. Mentre verso i genitori l'intrusione nella loro vita privata e familiare risulta giustificata dall'esigenza di ordine pubblico derivante dalla necessità di adottare misure deterrenti verso pratiche vietate, la discrezionalità dello Stato viene fortemente compressa quando il *best interest of the child* imponga di privilegiare la posizione dei minori rispetto agli interessi collettivi. Il diniego di trascrivere il vincolo di filiazione nei registri di stato civile comporterebbe, quindi, una lesione della vita privata e familiare dei figli che non vedrebbero riconosciuto in Francia il loro *status* con la conseguenza di non veder accertata con chiarezza la propria identità personale.

²⁸ Tale elemento sembra di estrema rilevanza nella decisione della Corte EDU. In questo senso, v. il § 100 della sentenza *Mennesson c. Francia*, dove si afferma: "Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation".

²⁹ Cfr., PRINCIGALLI, A.M.: "Maternità surrogata nella esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli", *Riv. crit. dir. priv.* (2005), pp. 519 ss. Per una comparazione fra modello francese e modello italiano, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación", *La Ley* (2005), pp. 1510 ss.

Non deve però pensarsi che, alla luce di tale orientamento, sia costante nelle sentenze della Corte EDU l'affermazione di un obbligo per gli Stati aderenti alla CEDU di riconoscere automaticamente validità ai vincoli di filiazione formati all'estero attraverso una maternità per sostituzione. Infatti, in un diverso caso³⁰ nel quale una coppia belga si era recata in Ucraina al fine di ottenere attraverso una maternità surrogata un figlio che era stato formato con gameti provenienti da terzi donatori, la stessa Corte di Strasburgo ha negato che potesse concretizzare una violazione dell'art. 8 CEDU la condotta del Belgio che aveva negato alla coppia i documenti validi a trasportare il figlio dall'Ucraina al Paese di residenza della coppia committente. Tale iniziale diniego – alla luce della stessa condotta della coppia committente – viene ritenuto del tutto giustificato rientrando nel margine di apprezzamento concesso agli Stati. La suddetta scelta comporta, infatti, una intrusione nella vita privata e familiare della coppia che appare del tutto giustificata alla luce della superiore esigenza di prevenire condotte criminali – quali la tratta di esseri umani – nonché di tutelare i diritti della madre surrogata e del minore. Sembra – o meglio sembrava – che anche all'interno dei precedenti specifici emessi dalla Corte di Strasburgo³¹ potesse notarsi una sorta di distinzione di disciplina a seconda del fatto che il minore presentasse o meno vincoli biologici con uno dei genitori.

IV. LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA EDU PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA.

Ma tale conclusione pare essere oggi posta in discussione dall'ultimo recentissimo caso in tema di maternità surrogata che, dunque, offre spunti critici anche alla luce degli stessi precedenti emessi dalla Corte di Strasburgo. Si sta parlando del già menzionato caso Paradiso e Campanelli c. Italia del quale si è dato atto in principio.

Andando per gradi, va precisato che, come nelle precedenti sentenze, anche in questa pronuncia la Corte non si sofferma sull'astratta legittimità o meno di un divieto interno di accesso alla maternità per sostituzione ma, al contrario, viene passata sotto setaccio la condotta interna dello Stato italiano in relazione ad una maternità surrogata praticata all'estero (nel caso di specie in Russia) e al relativo riconoscimento degli effetti giuridici prodotti dalla stessa all'interno del nostro Paese. Contrariamente ai casi precedenti, però,

³⁰ Corte EDU, 8 luglio 2014, D. e altri c. Belgio, *www.dejure.it*.

³¹ Va segnalato che, sulla specifica tematica, sono ad oggi pendenti ulteriori giudizi che potranno meglio chiarire qual è la posizione della Corte EDU su tale problematica. Si vedano i casi Laborie e altri c. Francia (ric. 44024/13); Folulun c. Francia (ric. 9063/14) e Bouvet c. Francia (ric. 10410/14).

L'attenzione della Corte di Strasburgo si concentra sulla legittimità della condotta dello Stato italiano che, riscontrata l'assenza di qualunque legame biologico fra la coppia committente ed il figlio, dichiara lo stato di abbandono dello stesso e lo sottrae ai coniugi Paradiso e Campanelli – dopo 6 mesi circa di convivenza - per affidarlo ai servizi sociali al fine di iniziare una procedura di adozione.

Va detto che i coniugi Paradiso e Campanelli agiscono di fronte alla Corte EDU per far valere una presunta violazione dell'art. 8 CEDU sia in proprio sia per conto del minore. Tale secondo profilo, però, viene considerato irricevibile dalla Corte poiché i due coniugi, non essendo i genitori del bambino - né geneticamente né ai sensi della legge italiana che gli aveva revocato la responsabilità genitoriale -, risultano sprovvisti della necessaria legittimazione ad agire³². La Corte, quindi, si sofferma esclusivamente sulla presenza di una eventuale violazione della vita privata e familiare della coppia committente per effetto dell'allontanamento del bambino.

Ebbene, come anticipato all'inizio, la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU avallando, in primo luogo, una concezione della vita privata e familiare ampia e tale, cioè, da inglobare anche tutti quei rapporti di fatto che, anche se non sorretti da un formale riconoscimento giuridico, concretizzano comunque la nascita di sentimenti di affetto e di vicinanza fra esseri umani³³. Sotto tale profilo, quindi, la Corte riconosce l'applicabilità dell'art. 8 CEDU anche al caso di specie e, tutto ciò, nonostante la creazione di tale "vita privata e familiare" non si basi sulla

³² V., § 49: "la Corte osserva anzitutto che i ricorrenti non hanno alcun legame biologico con il minore. Indipendentemente dalla questione di stabilire se il certificato di nascita redatto in Russia abbia prodotto effetti in Italia e quali, il minore è stato posto sotto tutela dal 20 ottobre 2011 ed è stato rappresentato dal tutore nei procedimenti interni. La procedura ai fini del riconoscimento del legame di filiazione in Italia non ha avuto esito positivo e il minore ha una nuova identità e un nuovo certificato di nascita. Il procedimento avviato dai ricorrenti ai fini dell'adozione del minore si è concluso negativamente. La procedura volta a dare in adozione il minore a un'altra famiglia è in corso, e il minore è già stato affidato a una famiglia. Non è stata firmata alcuna procura in favore dei ricorrenti affinché gli interessi del minore siano da loro rappresentati dinanzi alla Corte. Ciò implica che i ricorrenti non possiedono, da un punto di vista giuridico, la qualità necessaria per rappresentare gli interessi del minore nell'ambito di un procedimento giudiziario".

³³ Cfr., § 69: "Pertanto, la Corte ha il dovere di tenere conto dei legami famigliari de facto. A questo riguardo, essa osserva che i ricorrenti hanno passato con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita: sei mesi in Italia, a partire dal terzo mese di vita del minore. Prima di tale periodo, la ricorrente aveva già passato alcune settimane con lui in Russia. Anche se il periodo in quanto tale è relativamente breve, la Corte ritiene che i ricorrenti si siano comportati nei confronti del minore come dei genitori e conclude in favore dell'esistenza di una vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore. Pertanto nel caso di specie si applica l'articolo 8 della Convenzione".

presenza di un vincolo genetico e si sia generata da una condotta che, ai sensi delle disposizioni interne, è del tutto illecita e riprovevole³⁴.

In tale contesto, il fondamento sul quale la Corte EDU condanna l'Italia è quello secondo il quale le autorità italiane non hanno tenuto in considerazione il *best interest of the child* la cui corretta valutazione avrebbe portato a ritenere l'allontanamento del minore quale *extrema ratio* da adottare esclusivamente nel caso di pericolo per il minore conseguente a condotte della coppia che incidano negativamente sul suo stato fisico e psichico³⁵. Siccome ad avviso della Corte tale giudizio non è stato effettuato da parte dei giudici interni con sufficiente specificità, il provvedimento di allontanamento è illegittimo in quanto lesivo dell'interesse superiore del minore e dunque – passaggio questo che, come si vedrà, avrebbe necessitato forse una maggiore ponderazione da parte dei Giudici - si concretizza in una irragionevole intrusione nella vita privata e familiare della coppia. Precisa la Corte che, perché una intrusione nella vita privata e familiare sia qualificabile come illegittima, devono ricorrere cumulativamente tre circostanze la cui sussistenza deve essere dimostrata dallo Stato resistente: deve trattarsi di una intrusione prevista dalla legge; deve perseguire uno scopo legittimo e deve essere necessaria in una società democratica. Tale ultima circostanza deve poi essere valutata attraverso il filtro della proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo perseguito³⁶. Nonostante la Corte riconosca la sussistenza di un intervento previsto dalla legge che persegue uno scopo legittimo, ciò che sembra mancare a giudizio dei Giudici di Strasburgo è la proporzionalità della misura adottata da parte dello Stato italiano volta ad allontanare il minore dalla coppia committente³⁷.

³⁴ Circostanza, questa, ampiamente evidenziata al § 3 dell'Opinione parzialmente dissenziente comune ai Giudici Raimondi e Spano, dove affermano: “Riteniamo che la Corte, in situazioni come quelle che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui deve stabilire se si sia o meno sviluppata una vita familiare de facto. Sottolineiamo che l'articolo 8 § 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una «vita familiare» tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico”.

³⁵ V. § 80, dove la Corte afferma che “l'allontanamento del minore dal contesto familiare è una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo in ultima ratio. Affinché una misura di questo tipo sia giustificata, essa deve rispondere allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui”.

³⁶ Cfr., § 71.

³⁷ Così la Corte motiva la propria posizione (§§ 82 – 87): “Anzitutto, il solo fatto che il minore avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi genitori intenzionali qualora fosse rimasto presso di loro, non basta per giustificare il suo allontanamento. Inoltre, per quanto riguarda il procedimento penale avviato nei confronti dei ricorrenti, la Corte osserva anzitutto che la corte d'appello di Campobasso aveva ritenuto che non fosse necessario attenderne l'esito in quanto la responsabilità penale degli

La sentenza, quindi, si conclude con una condanna dello Stato italiano a pagare la somma di € 20.000 a titolo di “danno morale” in favore della coppia committente ma non con l’obbligo di riaffidare il minore agli stessi ricorrenti. Anche sotto tale profilo, la ragione giuridica va rintracciata nella necessità di tutelare il *best interest of the child* che, essendo stato affidato ad altra famiglia, aveva ormai iniziato a intrattenere rapporti affettivi con la stessa. Un eventuale ulteriore allontanamento dal nucleo familiare in parola avrebbe determinato una ingiustificata lesione degli interessi del minore che la Corte ha inteso evitare³⁸.

V. CONSIDERAZIONI CRITICHE.

Alla luce di quanto detto, qualche considerazione critica si impone in relazione alla scelta fatta nel caso di specie da parte della Corte EDU.

Un primo elemento che desta qualche perplessità attiene la maniera in cui la Corte combini il rilievo dell’assenza di una legittimazione ad agire della coppia nell’interesse del minore, con la presunta lesione della loro vita privata e familiare posta in pericolo da un provvedimento che sarebbe illegittimo poiché contrario all’interesse del minore. Il “danno” illegittimamente prodotto dal provvedimento, cioè, affligge un interesse del minore e non

interessati non svolgeva alcun ruolo (paragrafo 25 *supra*), cosicché nemmeno i sospetti che gravavano sugli interessati sono sufficienti per giustificare le misure controverse. Secondo la Corte non è comunque possibile prevedere quale sarebbe l’esito del procedimento penale. Inoltre, solo in caso di condanna per il reato previsto dall’articolo 72 della legge sull’adozione i ricorrenti sarebbero divenuti legalmente incapaci di adottare o accogliere il minore in affidamento. A quest’ultimo riguardo, la Corte osserva che i ricorrenti, giudicati idonei ad adottare nel dicembre 2006 nel momento in cui riceverono l’autorizzazione (paragrafo 12 *supra*), sono stati giudicati incapaci di educare ed amare il figlio solamente in quanto avevano aggirato la legge sull’adozione senza che fosse stata disposta una perizia da parte dei tribunali. Infine, la Corte osserva che il minore ha ricevuto una nuova identità soltanto nell’aprile 2013, il che significa che è stato inesistente per più di due anni. Ora, è necessario che un minore non sia svantaggiato per il fatto che è stato messo al mondo da una madre surrogata, a cominciare dalla cittadinanza o dall’identità che rivestono un’importanza primordiale (si veda l’articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia del 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3). Tenuto conto di questi fattori, la Corte non è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità si sono basate per concludere che il minore doveva essere preso in carico dai servizi sociali. Ne deriva che le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco. In conclusione, la Corte ritiene che vi è stata violazione dell’articolo 8 della Convenzione”.

³⁸ Così, il § 88: “Tenuto conto che il minore ha certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza presso la quale è stato collocato all’inizio del 2013, la constatazione di violazione pronunciata nella causa dei ricorrenti non può dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati”.

della coppia. Il ragionamento della Corte sembra, cioè, essere il seguente: siccome il provvedimento è illegittimo in quanto lede un interesse del minore, riconosco il risarcimento a due soggetti - che non sono legittimati ad agire nell'interesse del minore in quanto non sono i suoi genitori - poiché se lo Stato italiano avesse agito nell'interesse del minore non sarebbe avvenuta la separazione del piccolo dalla coppia committente. Da ciò si dovrebbe desumere che secondo la Corte i coniugi erano legittimati a trattenere presso di sé il nato e che tale allontanamento abbia illegittimamente leso una loro situazione giuridica soggettiva.

Sembra, però, che tale ragionamento si ponga in contrasto, in primo luogo, con gli stessi precedenti *Labassee* e *Menesson c. Francia* nei quali, si badi bene, viene sì riscontrata l'illegittimità dell'intrusione nella vita privata e familiare poiché il provvedimento adottato dalle autorità francesi non rispettava il superiore interesse dei minori, ma è anche vero che tale illegittimità viene riscontrata nei confronti dei minori mentre nessuna illegittima intrusione nella vita privata e familiare viene riconosciuta in capo alle coppie committenti (nelle quali i rispettivi mariti erano, peraltro, anche i padri genetici dei figli). Anzi, nei due casi in questione, la Corte EDU afferma che il margine di discrezionalità degli Stati aderenti in relazione alla lesione della vita privata e familiare dei "genitori" è molto più ampio e tale, quindi, da giudicare il medesimo intervento (mancata trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero) non lesivo della vita privata e familiare della coppia ma illegittimo nei confronti dei minori in quanto lesivo dell'interesse superiore degli stessi. Perché in questo caso la Corte, una volta pervenuta alla illegittimità del diniego di trascrivere l'atto di nascita (che, si badi bene, incide sicuramente anche sulla situazione giuridica dei genitori poiché impedisce agli stessi di vedersi riconosciuto un vincolo di filiazione nei confronti del minore), non ha concluso con una condanna anche in favore dei genitori? È vero che nei casi francesi non c'è stato alcun allontanamento del minore dalla coppia ma, se il diniego di trascrivere l'atto risulta illegittimo, perché non viene riscontrata una violazione dell'art. 8 CEDU nei confronti della coppia? La risposta è che se si vuole parlare di intrusione giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 8 CEDU è solo ed esclusivamente nei confronti del minore il cui interesse superiore è stato leso da un provvedimento che si assume essere illegittimo.

Se ciò è vero nei casi francesi, lo è ancor di più nel caso italiano nel quale nessun interesse giuridicamente rilevante della coppia viene ad essere illegittimamente leso e, dunque, del tutto fuori luogo appare l'affermazione di una lesione della loro vita privata e familiare³⁹.

³⁹ Nota tale contrasto, CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125: "Si noti

Ed allora sembra che colgano pienamente nel segno le Opinioni dissenzienti espresse da due giudici del collegio quando evidenziano che nonostante il concetto di vita privata e familiare sia ampio e tale da ricomprendere anche situazioni di fatto, lo stesso non può inglobare anche tutte quelle circostanze nelle quali il legame si crei illegalmente. Nel caso di specie, infatti, la situazione di fatto viene *arrogantemente* ad essere *imposta* alla società civile quale *fatto compiuto* che deriva da un condotta completamente *illegale*. Ma anche ove si volesse riconoscere astratta tutela a tali vicende, non può comunque trascurarsi che nel valutare una eventuale lesione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo della proporzionalità dell'intervento dello Stato, deve tenersi in considerazione la condotta che ha portato quei soggetti a trovarsi in quella situazione della quale ora chiedono tutela⁴⁰. In poche parole, la domanda da porsi era: sono i coniugi Paradiso e Campanelli meritevoli di tutela?

Si badi bene, infatti, che oggetto del giudizio non è l'eventuale lesione della vita privata e familiare del minore che la coppia non può far valere, ma la situazione in cui si trovano i coniugi Paradiso e Campanelli. Che il minore sia sempre meritevole di tutela – qualunque sia la tecnica con la quale viene messo al mondo - è un dato scontato che nessuno mette in discussione ma che rimane completamente al di fuori della problematica trattata dalla Corte EDU nel caso di specie che, però, pare si lasci abbagliare dal *best interest of the child* senza rendersi conto che non è quello il profilo caratterizzante la vicenda giuridica ed umana che gli è stata sottoposta.

Ma anche nella valutazione del *best interest of the child*⁴¹ nel caso di specie la Corte sembra trascurare il fatto che quell'essere umano non ha genitori e compito di uno Stato culturalmente evoluto è quello di attivarsi in maniera tale da fare in modo che lo stesso passa averne al più presto. La procedura – che passa attraverso la dichiarazione di stato di abbandono per accedere poi all'*iter* che porta all'adozione del minore – è sicuramente travagliata ma sarà tanto meno invasiva dell'interesse del minore quanto più rapidamente si acceda alla stessa.

I giudici italiani sanno bene che allontanare un minore è una eventualità quanto mai da evitare e che, come afferma l'art. 8 della l. 184/1998 come modificato dalla l. 149/2001, sono dichiarati in stato di abbandono “i minori

che, ben diversamente, le «sentenze gemelle» citate avevano tenuta distinta la situazione della coppia committente, di per sé non ritenuta meritevole di tutela, quanto al rispetto della vita familiare, e quella dei figli nati da maternità surrogata, questa sì da tutelarsi (sotto il profilo del rispetto della vita privata), a fronte però di un rapporto ben altrimenti e più stabilmente consolidato”.

⁴⁰ V. § 3 dell'Opinione parzialmente dissenziente comune ai Giudici Raimondi e Spano.

⁴¹ Su cui, diffusamente, PARISI, M.R.: “L'interesse superiore del bambino”, in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. CHIAPPETTA), cit., pp. 155 ss.

di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi”, ma tale regola ha quale fondamento che vi siano “genitori o parenti tenuti a provvedervi”⁴². Ma tale presupposto manca completamente nel caso di specie in cui il piccolo non ha né genitori né parenti che siano “tenuti a provvedervi”.

La Corte EDU, a ben vedere, sembra voler fare in modo che lo Stato italiano riservi ai coniugi Paradiso e Campanelli disposizioni a loro inapplicabili: vuole che vengano trattati, cioè, come se fossero realmente i genitori del minore pur non essendolo.

Si pone quindi il problema di trovare qualcuno che non solo voglia provvedere al minore – o magari lo stia già facendo – ma, in maniera più concreta, qualcuno che sia “tenuto” per l’ordinamento a farlo. L’unico strumento perché ciò avvenga è l’adozione che necessita, però, di un *iter* che è incompatibile con la permanenza del minore in ambienti familiari nei quali, con tutta probabilità, non è destinato a rimanere. Ed allora il distacco assume tutte le sembianze di un passaggio gravoso per il minore ma necessario al fine di realizzare quel diritto ad avere dei genitori che non saranno sicuramente geneticamente il papà e la mamma ma che, quantomeno, sono stati giudicati dall’ordinamento idonei ad assolvere nei confronti di quell’essere umano l’obbligo di assistenza materiale e spirituale.

Sarebbe stato maggiormente sensato, allora, domandarsi con maggiore attenzione qual è realmente nel caso di specie il *best interest of the child* e se l’intervento delle autorità italiane sia stato veramente lesivo di tale interesse o se, al contrario, nella drammaticità degli eventi, sia stata la soluzione più giusta ed oculata proprio per permettere che l’interesse del minore si realizzasse in maniera definitiva e stabile – come di fatto è poi avvenuto -⁴³.

Pertanto, a ben vedere, le autorità italiane hanno analizzato la situazione nella quale si è trovata la coppia committente con un giudizio che evidenzia la ritenuta incapacità della stessa di dare un apporto positivo alla crescita di quel minore⁴⁴. Un giudizio che sicuramente può essere opinabile ma che la Corte

⁴² Il *favor* del legislatore verso la permanenza del minore all’interno del proprio nucleo familiare è ancor più evidente dall’art. 1 della l. 4 maggio 1983, n. 184, come modificata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149 che, nel disciplinare l’adozione, afferma: “Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia”.

⁴³ Si vedano, sul punto, le riflessioni di MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Dove finirà l’embrione se il piano si inclina ancora?”, *Nuova giur. civ. comm.* (2015) II, pp. 152 ss.

⁴⁴ Cfr. § 79: “La Corte osserva al riguardo che il tribunale per i minorenni di Campobasso ha ritenuto che il minore fosse privo di un ambiente familiare adeguato ai sensi della legge sull’adozione internazionale. Per giungere a una tale conclusione, i giudici nazionali hanno tenuto conto del fatto che il minore era nato da genitori biologici sconosciuti e che la

EDU ritiene insufficiente senza in alcun modo spiegarne le ragioni. Si ritiene l'opinione dei giudici italiani sommaria ed incompleta attraverso l'esposizione di motivazioni ancor più sommarie ed incomplete⁴⁵.

Sembra, quindi, che il *best interes of the child* nasconda con sempre maggior evidenza un malcelato intento di tutelare interessi che nulla hanno a che vedere con quelli del minore⁴⁶. L'interesse del minore, infatti, se è elemento che necessita di attenta e ponderata valutazione al fine di verificare la situazione del minore stesso ed una eventuale illegittima ingerenza dello Stato nella sua vita privata e familiare, non può in nessun caso essere utilizzato per

madre surrogata aveva rinunciato a lui. Essi hanno inoltre attribuito una grande importanza alla situazione nella quale versavano i ricorrenti: questi ultimi avevano condotto il minore in Italia facendo credere che si trattasse del loro figlio e avevano così violato il diritto italiano, in particolare la legge sull'adozione internazionale e la legge sulla riproduzione assistita. Inoltre, dal fatto che i ricorrenti si erano rivolti alla Rosjurconsulting i giudici avevano dedotto una volontà di scavalcare la legge sull'adozione malgrado l'autorizzazione ottenuta e hanno ritenuto che questa situazione risultasse da un desiderio narcisistico della coppia o che il minore fosse destinato a risolvere alcuni problemi della coppia stessa. Pertanto, si poteva dubitare della loro capacità affettiva ed educativa. Era dunque necessario porre un termine a tale situazione allontanando il minore dal domicilio dei ricorrenti ed escludere qualsiasi possibilità di contatto con lui. La prospettiva seguita dai giudici nazionali rispondeva evidentemente alla necessità di porre fine alla situazione di illegalità”.

⁴⁵ Si veda, quale esempio, l'apodittica affermazione, priva di qualunque spiegazione, contenuta al § 82 dove la Corte afferma: “Anzitutto, il solo fatto che il minore avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi genitori intenzionali qualora fosse rimasto presso di loro, non basta per giustificare il suo allontanamento”. Verrebbe da chiedersi il perché tale circostanza non è di per sé sufficiente. Al contrario sembra che tale profilo sia di fondamentale importanza proprio nell'ottica della concreta tutela del *best interest of the child*. Sarebbe cioè stato lesivo dell'interesse del minore lasciare che lo stesso generasse sentimenti di affezione ed amore verso una coppia alla quale, con tutta probabilità, non poteva essere affidato. Sul punto, v. le riflessioni di CASABURI, G.: “La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata”, cit., c. 125, che, riflettendo sulle decisioni prese dai giudici interni circa l'inidoneità della coppia a dare un contributo positivo alla crescita del minore, afferma che “la (nuova) valutazione di inidoneità genitoriale non appare certo irragionevole; e davvero non si vede in cosa hanno mancato i giudici molisani, sotto il profilo istruttorio e motivazionale. La Corte europea, di fatto sostituendosi a questi ultimi, reputa che quanto da questi argomentato non basta e sembra ritenere che non avrebbe dovuto darsi alcuno spazio ai profili relativi all'illegalità della condotta dei due (quasi che sulla stessa possa pronunciarsi solo il giudice penale) e che si sarebbe dovuto comunque disporre una consulenza (riconoscendo a tale mezzo istruttorio un'obbligatorietà che non trova altri riscontri)”.

⁴⁶ Cfr., ancora, CASABURI, G.: “La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata”, cit., c. 125, ove nota: “È qui sottesa una concezione davvero astratta dell'interesse del minore, che poi si risolve (in realtà) nella tutela effettiva di quello, ben diverso, della coppia «committente», come appunto avvenuto nella specie”.

giustificare e legittimare – pur se in maniera indiretta - pratiche procreative vietate.

Il *best interest*, infatti, presuppone che un *child* esista e solo in quel momento si porrà il problema del suo superiore interesse. Se si utilizza l'interesse superiore del minore al fine di giustificare di fatto gli effetti derivanti da qualunque forma di procreazione si entra su un terreno scivoloso che rende difficile fare una qualche distinzione fra le diversissime e sempre nuove (ma non sempre meritevoli) modalità artificiali di procreare. Se così fosse, attraverso l'individuazione di una astratta prevedibilità di mezzi di tutela, si giustifica la creazione in qualunque modo possibile ed immaginabile del titolare di quella tutela. Bisogna però rendersi conto che non ci sono bambini che chiedono di essere messi al mondo ma, più semplicemente, adulti che vogliono soddisfare il proprio desiderio di essere genitori di un figlio che nasce per loro, per mezzo di un esercizio della loro volontà ed in loro esclusiva funzione.

VI. VOLONTÀ E FILIAZIONE: INOPPORTUNITÀ DI RICONOSCERE – PUR INDIRETTAMENTE – GLI EFFETTI PRODOTTI DA GESTAZIONI PER SOSTITUZIONE.

La sentenza, in ultima istanza, sembra rappresentare un primo ed indiretto passo verso il riconoscimento della possibilità di creare vincoli di filiazione attraverso la semplice volontà. Questa, però, non pare di per sé sola sufficiente a creare un vincolo di filiazione fra soggetti estranei. Tutto ciò, non perché si introduce un elemento (la volontà di creare un figlio) che non è rilevante neanche nella filiazione naturale (in cui a prescindere dal fatto che il figlio sia voluto o meno, una volta concepito è di coloro che lo hanno concepito) ma piuttosto perché, così ragionando, attraverso un atto di mera volontà si attribuisce ad un soggetto terzo (il minore che, peraltro, subisce passivamente gli effetti di quella decisione) uno *status* che è fatto non solo di obblighi coercibili (assistenza materiale), ma anche di obblighi incoercibili (assistenza morale). La situazione si presenterebbe, per certi versi, in maniera del tutto simile a ciò che avviene nel matrimonio. In tale circostanza, è vero che il nostro ordinamento fa discendere dalla mera volontà la costituzione di rapporti personali fatti non soltanto di pretese coercibili ma è altrettanto vero che, nel momento in cui venga meno la volontà di mantenere quei rapporti viene concessa alle parti la possibilità di sciogliere quel vincolo. Ciò è del tutto ragionevole alla luce del fatto che appare illusorio autoconvincersi che un soggetto possa essere obbligato ad amare, rispettare, assistere ed avere cura di un essere umano estraneo, anche se quel rapporto si sia costituito con una espressione di volontà che, al momento della sua manifestazione, era pienamente ed integralmente genuina.

Ma la filiazione è qualcosa di profondamente diverso. Ciò di cui non si tiene conto, è il fatto che anche in questi casi la volontà – per i più disparati eventi – potrebbe mutare nel tempo e lasciar emergere la pericolosità per il minore di una dissociazione fra dato genetico e dato sociale. Attribuire alla volontà – di per sé sempre volatile – la possibilità di creare tali vincoli sembra possa creare difficoltà nella piena realizzazione dell’interesse del minore che si sommano a quelle che già normalmente caratterizzano i rapporti genitori-figli. Ed infatti, se da una manifestazione di volontà di tal genere – che dovrà essere necessariamente irrevocabile - l’ordinamento può tranquillamente far discendere l’obbligo per i genitori di assolvere i propri doveri di assistenza materiale nei confronti di un soggetto che giuridicamente è diventato loro figlio, come potrà obbligarli – dopo che si siano “pentiti” della manifestazione di volontà prestata – ad assolvere correttamente i propri doveri morali nei confronti del minore? Come potrà garantire che gli stessi continueranno ad essere dei buoni genitori nei confronti di un figlio che, se in un primo momento hanno voluto come figlio proprio, adesso non lo considerano più tale (perché tale, di fatto, non è)?⁴⁷ E se nel corso della gestazione muta la volontà della madre surrogata che, eventualmente, abbia fornito anche il proprio materiale genetico per la creazione dell’embrione?

Chi è la madre?⁴⁸ Sarebbe legittimo sottrarre il minore alla partoriente o, al contrario, sarebbe anche questa attività qualificabile come una illegittima intrusione nella vita privata della stessa?⁴⁹

Non sembra che a ciò si possa obiettare con il rilievo che neanche il vincolo biologico assicura la capacità dei genitori di prendersi cura dei figli poiché a tale aspetto, sicuramente possibile, non può che conferirsi una posizione del

⁴⁷ Si pensi al caso di una maternità surrogata (ma l’esempio risulterebbe valido anche in un caso di fecondazione eterologa) nel quale una coppia commissioni la gestazione di un figlio prodotto con il patrimonio genetico di uno solo dei committenti ad una madre surrogata. Nato il figlio, la coppia si separa eliminando, così, anche uno dei legami che avvicinava il genitore “non genetico” al figlio. Siamo così sicuri che l’amore per il figlio da parte del genitore “non genetico” non possa in qualche modo essere turbato da tale evento in maniera più incisiva rispetto al coniuge “genetico”?

⁴⁸ Si vedano, sul punto, le riflessioni di D’ADDINO SERRAVALLE, P.: “Ingegneria genetica e valutazione del giurista”, cit., pp. 100 s., dove, criticando le teorie che affermano la possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione in funzione della volontà e propendendo per il criterio del parto, afferma: “La soluzione appare farraginosa e non riesce comunque a criterio del parto quando sorge un conflitto e ciascuna delle donne, avendo offerto un contributo, reclama il nato come figlio o a converso neghi il rapporto col nato. [...] Il criterio psicologico non appare risolutivo perché al più darebbe ragione delle motivazioni che hanno indotto la donna a rivolgersi alle tecniche fecondative artificiali”.

⁴⁹ Non credo possa essere negato il fatto che fra gestante e feto si crei un rapporto di simbiosi estremamente forte soprattutto nel caso in cui la gestante sia anche madre genetica del feto.

tutto patologica e marginale nella maniera in cui normalmente si sviluppano i rapporti parentali tanto che, ove ricorra la suddetta ipotesi, sicuramente l'ordinamento reagisce attivando una procedura di adozione del minore in stato di abbandono. Allo stesso tempo, però, trascurare la potenza del vincolo genetico in termini di vicinanza, e di trasporto sia affettivo che emotivo alle vicende dell'altro, equivale a trascurare un dato di fatto che è la natura stessa ad imporre⁵⁰.

Allo stesso modo, non sembra calzante paragonare una maternità surrogata ad una procedura di adozione poiché la differenza sostanziale – oltre che nella funzione assoluta⁵¹ - sta proprio nel controllo che viene esercitato sulla coppia che vuole accedere all'adozione circa la sua concreta capacità a svolgere correttamente la propria funzione genitoriale nei confronti di un figlio con il quale non ha alcun vincolo genetico. Tale controllo non esiste nel caso di maternità surrogata in cui tutto è rimesso ad un autogiudizio – quantomeno parziale e, perciò, non del tutto attendibile - di idoneità della coppia committente a svolgere il proprio ruolo di genitori per l'intera vita di un essere umano che non è riconducibile geneticamente a loro.

Ma “non sempre ciò che vien dopo è progresso”⁵² e, quindi, spetta alla sensibilità del giurista utilizzare filtri corretti al fine di non lasciarsi abbagliare dalla luce accecante di interessi che sono sicuramente di primario rilievo ma che, se mal gestiti, non permettono di discernere i contorni di ciò che ci circonda. Affermare che non sia corretto sottrarre ad una coppia un minore con il quale non ha alcun legame – accezion fatta per quello creato attraverso un fatto qualificabile come reato consistente nel pagamento di una controprestazione di 50.000 euro in favore di una donna per farsi generare un bimbo poi portato in Italia⁵³ - a meno che la stessa coppia si comporti in

⁵⁰ Si narra la vicenda delle due madri che, contendendosi un unico figlio, si recano al cospetto del Re Salomone affinché lo stesso decida chi delle due fosse la madre: “Allora il re ordinò: «Prendetemi una spada!». Portarono una spada alla presenza del re. Quindi il re aggiunse: «Tagliate in due il figlio vivo e datene una metà all'una e una metà all'altra». La madre del bimbo vivo si rivolse al re, poiché le sue viscere si erano commosse per il suo figlio, e disse: «Signore, date a lei il bambino vivo; non uccidetelo affatto!». L'altra disse: «Non sia né mio né tuo; dividetelo in due!». Presa la parola, il re disse: «Date alla prima il bambino vivo; non uccidetelo. Quella è sua madre». Tutti gli Israeliti seppero della sentenza pronunciata dal re e concepirono rispetto per il re, perché avevano constatato che la saggezza di Dio era in lui per render giustizia”. Pezzo tratto dalla Bibbia, Libro dei Re, 3, 24 – 28.

⁵¹ L'adozione ha la funzione di dare una famiglia ad un soggetto che già è nato e che si trova in uno stato di abbandono; la maternità surrogata, invece, ha lo scopo di dare un figlio ad una coppia che vuole averne uno.

⁵² Alessandro Manzoni, *Del romanzo storico*.

⁵³ Sulla evoluzione che ha portato a considerare la vita come un “bene” commercializzabile, v. MARINELLI, F.: *Scienza e storia del diritto*, cit., pp. 206 s., il quale, dando atto dei progressi

maniera tale da porre in serio ed attuale pericolo l'integrità psico-fisica del minore, equivale di fatto a legittimare la maternità surrogata svolta all'estero⁵⁴ poiché, di fatto, si va a riconoscere nei confronti della coppia committente il diritto a trattenere presso di sé il minore così generato⁵⁵. Ma l'interesse di un minore che non ha nel mondo alcun vincolo rintracciabile di sangue - a meno che non lo si voglia a condannare a "cent'anni di solitudine" - non si realizza attraverso la temporanea ed instabile permanenza presso il "miglior offerente" con il quale, magari, inizia a stabilire legami che poi andranno recisi. Sembra, al contrario, che l'effettiva tutela del minore, se si vuole dare

sociali e scientifici, fa notare che "la vita è divenuta un bene, e come tale essa ha un valore patrimoniale perché si scambia con il denaro e quindi corrisponde ad un prezzo. [...] Chiunque può farsi curare in qualsiasi parte del mondo, può sfruttare insieme la miseria dei paesi meno sviluppati per ottenere organi del corpo umano a pagamento e la ricchezza delle nazioni più sviluppate per realizzare modernissimi trapianti; qualunque donna, se ciò gli è impedito in patria, può trasferirsi in una clinica dove l'inseminazione artificiale sia permessa e tornare a casa per terminare la gestazione; ciascun individuo può recarsi in Olanda o in Svizzera dove confortevoli cliniche permettono una «buona» morte".

⁵⁴ CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125 s., dove nota che "la decisione qui in rassegna finisce per incidere pesantemente proprio sul divieto di maternità surrogata (di cui pure, come detto, mostra di non occuparsi), sostanzialmente paralizzando in ogni caso e per ogni stato che ha ritenuto di prevederlo, a fronte della tutela, pressoché sempre e comunque, delle situazioni di fatto comunque determinatesi (ciò in contrasto con le sentenze gemelle citate, le quali avevano riconosciuto che gli stati nazionali possono introdurre un tale divieto, salva sempre la concreta tutela dei figli). I rapporti di fatto suscettibili di ricomprensione nell'ambito dell'art. 8 cit., e quindi tutelabili, possono allora essere anche solo embrionali (e agevolmente rimuovibili nell'interesse del minore) e soprattutto – giova ribadirlo – illegalmente costituiti. Si pensi proprio al caso delle maternità surrogate realizzate in Russia, come nel caso di specie. [...] In definitiva, attraverso la facile soluzione dell'effettività del rapporto (anche brevissimo, anche nato illegalmente) si finisce per legittimare quello che è «il lato oscuro» della maternità surrogata, fatto di sfruttamento di soggetti e di reificazione (anzi, commercializzazione) di gameti e addirittura bambini".

⁵⁵ Non va infatti dimenticata la forte incidenza esercitata dalle sentenze della Corte EDU non solo sul diritto interno ma anche sui giudici nazionali che, alla luce del principio sopra enunciato, dovrebbero propendere per il lasciare il minore presso la coppia committente, magari non riconoscendo il vincolo parentale, e rimandare la decisione a quando il minore sia in grado di percepire in tutta la sua drammaticità un eventuale distacco. Evidenzia la possibile incidenza delle sentenze della Corte EDU in termini di legittimazione delle pratiche di procreazione per surroga di maternità, VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", cit., p. 312, ove afferma che "sebbene la legge italiana preveda espressamente il divieto del contratto di maternità surrogata, è lecito domandarsi se gli orientamenti della Cedu aprano un varco verso forme di legittimità di simili accordi e, dunque, se il diritto interno dei Paesi che non ammettono queste tecniche di procreazione subirà modifiche o conferme dalla regola stabilita". In generale, sulla rilevanza interna delle sentenze della Corte di Strasburgo, v. CAVALLO, M.: "La rilevanza delle decisioni EDU sulle sentenze dei tribunali italiani e sulla normativa interna", in AA.VV.: *Famiglia e minori* (a cura di G. CHIAPPETTA e G. VECCHIO). Napoli (2013): ESI, pp. 43 ss.

allo stesso “una seconda opportunità sulla terra”⁵⁶, sia quella di venir affidato ad una coppia che, dopo essersi sottoposta al vaglio dell’ordinamento, sia stata giudicata dalla società civile e democratica nella quale ancora viviamo, idonea a prendersi cura di quel soggetto in maniera stabile e definitiva.

⁵⁶ “[...] perché le stirpi condannate a cent’anni di solitudine non avevano una seconda opportunità sulla terra”; verso conclusivo del celebre romanzo *Cent’anni di solitudine*, di Gabriel García Márquez.