

PAPER N. 5

Interesse del minore e
gestazione per altri:
un nuovo modello di
genitorialità?

GIACOMO MINGARDO

Trento BioLaw Selected Student Papers

Interesse del minore e gestazione per altri: un nuovo modello di genitorialità? Paradiso e Campanelli c. Italia ed altre sentenze a confronto

*Giacomo Mingardo**

ABSTRACT: The debate about the modern assisted reproductive techniques leads to discuss many juridical concepts such as motherhood, fatherhood and birth. In this contest, the debate about surrogacy takes place more and more. The aim of this article is to study the concept of the best interest of the child in the above mentioned field. To do so, firstly, this paper analyzes the ECtHR judgment in "Paradiso and Campanelli v. Italy" and secondly, it focuses on the best interests of the child. In this respect, comparing the ECtHR decision with the ones ruled by the Italian Supreme Court, the juvenile court of Rome and the Supreme Spanish Court, it shows the existence of a trend which recognize the increasing relevance of the concept of social parent in the European case law. In this sense it seems possible to individuate a new juridical model. Further, it highlights the legislator problems (and unwillingness) in ruling this phenomenon this subject and the consequential need for tribunals intervention. The State can deny to transcript the child birth certificate if a violation of the woman or child dignity has occurred. Under certain circumstances, if there is a serious and concrete risk of suffering any prejudice, the State can also remove the child. But if none of those conditions are satisfied, the State has to recognize the parentage. The best interests of the child are strictly connected to the concept parenthood. Nowadays the concept of biological Parenthood has been increasingly replaced by the concept of social parenthood. Courts are describing a parenthood model that is not linked to genetic and/or biological elements, but it concerns the relationship based on affection and cure. In conclusion, this article tries to show the difficulties and the questions that arise in analyzing surrogacy, but it also tries to delineate a possible model for resolving them.

KEYWORDS: Surrogacy; Comparative law; Paradiso and Campanelli; Best interests; Parenthood

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La gestazione per altri – 3. Legislazione comparata – 4. Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia – 4.1. In fatto – 4.2. In diritto – 5. L'interesse superiore del minore – 5.1. All'interno di Paradiso e Campanelli – 5.2. Cassazione italiana e Tribunale dei minorenni di Roma – 5.3. Tribunal Supremo spagnolo – 6. Cosa emerge dunque dalle sentenze? – 7. Quale genitorialità? – 8. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Le moderne tecniche di procreazione medicalmente assistita rimettono sempre di più in discussione concetti giuridici ormai da tempo assimilati e pertanto la nozione di padre, maternità, filiazione e famiglia sono sottoposte ad una rivoluzione circa il loro contenuto e la loro disciplina giuridica. In questo quadro si inserisce la gestazione per altri, pratica certamente non nuova, ma che grazie all'avanzamento della scienza ha riscoperto una nuova applicazione e una crescente attenzione circa la sua liceità.

* *Studente dell'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.*

Il presente contributo mira a individuare come è stato letto l'interesse superiore del minore nato mediante gestazione per altri partendo dalla sentenza della Corte europea sui diritti dell'uomo Paradiso e Campanelli c. Italia. L'analisi si svolgerà alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di Cassazione italiana e del Tribunal Supremo spagnolo. Si inizierà dapprima con una descrizione della pratica, individuando gli elementi costitutivi della gestazione per altri. Successivamente si metterà in luce in ottica comparata come tale tematica è stata sviluppata nei vari contesti nazionali, facendo emergere quali sono stati i differenti approcci nei diversi Stati. Esaminato il caso, in seguito, si analizzerà l'interesse del minore sia all'interno della stessa sentenza EDU, che della Corte di Cassazione e del Tribunal Supremo. Si cercherà quindi di delineare quale possa essere il preminente interesse del minore. Alla luce di tutto ciò, si cercherà di capire quale ruolo rivesta la genitorialità nel panorama giuridico e di comprendere se sia possibile giungere ad un'unica definizione e come questa influenzi l'accesso alla stessa.

2. La gestazione per altri

Quello della gestazione per altri¹ (o anche detta maternità surrogata) è un fenomeno complesso che coinvolge questioni etiche, giuridiche, politiche ed economiche². Prima ancora di definire sul piano lessicale questo fenomeno, appare opportuno descrivere questa pratica.

Con l'espressione "gestazione per altri", si indica il fenomeno per cui una donna si presta a portar avanti una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna³. Già da questa definizione si può vedere un primo aspetto della gestazione per altri: la figura della gestante e la figura della madre sociale non coincidono. Ciò si può ulteriormente complicare in base alla provenienza del materiale genetico e delle persone coinvolte. Partendo dal caso più semplice la gestante viene fecondata con l'ovulo della coppia richiedente e in questo caso si può parlare di gestazione per altri "omologa". Seguendo il parallelo con la procreazione medicalmente assistita⁴, dunque, si può parlare di gestazione per altri "eterologa" qualora la donna gestante fornisca l'ovocita e venga fecondata con i gameti maschili del componente della coppia, ma

¹ Sui vari termini che descrivono questa pratica si veda dopo. Nel corso dell'elaborato si preferisce utilizzare il nome gestazione per altri in quanto si ritiene maggiormente aderente.

² Sul tema si veda I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in AA. VV., *Digesto IV ed.*, Discipline private, sezione civile, agg. 2011, Utet, 2011, 615 ss.

³ La definizione è tratta dal *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, in cui al punto 8.1 si legge: «*Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after birth.*» Per il testo completo in inglese si veda: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (consultato il 07/11/2016) mentre per la traduzione italiana si veda la rivista *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1986, 1278 ss.

⁴ Si preferisce ricalcare la terminologia della PMA anche se la GPA non costituisce una tecnica di per sé procreativa ma utilizza la PMA come mezzo per la sua realizzazione, si veda I. Corti, *op. cit.*, 3.

si può parlare anche di gestazione “eterologa” nel caso in cui il materiale genetico provenga in tutto o in parte da terzi estranei⁵. La complessità degli intrecci porta a individuare tre figure: la madre genetica (quella che fornisce il materiale genetico), la madre gestazionale (definita anche biologica o naturale) e la madre sociale. Tre figure che in alcuni casi rimangono distinte mentre in altri possono parzialmente sovrapporsi. Questa frammentazione ha messo in crisi la definizione unitaria del concetto di maternità, che si può individuare nel brocardo latino *mater semper certa est* il quale sottintende l’idea secondo cui sia madre colei che partorisce.

Delineati i tratti costitutivi di tale pratica, prima di affrontare i vari aspetti giuridici che ne conseguono, è doveroso soffermarsi sulla questione terminologica. Questo non è un mero esercizio di stile: dietro ad una precisa scelta terminologica soggiace un determinato modo di intendere il fenomeno e anche una sua comprensione. Una prima espressione per definire il fenomeno è stata quella di “utero in affitto”. Con questa formula si è cercato di inquadrare questa pratica inedita all’interno di categorie giuridiche già esistenti e ricalcando l’esperienza romana della *locatio ventri*⁶.

Un’altra definizione è quella di “maternità surrogata”⁷, termine per altro utilizzato dal legislatore italiano all’art. 16 co. 6 nella legge 40 del 2004 e ricalcante l’espressione anglosassone *motherhood surrogate*, conosciuta anche con il termine ellittico *surrogacy*. Tale definizione sottintende la necessaria coincidenza tra gestazione e maternità, ritendo dunque che «*il diritto non può che associare al fatto in sé biologico della gravidanza la maternità*»⁸. Il termine “maternità” comprende in sé anche un ulteriore problema: questo infatti descrive un lasso di tempo piuttosto ampio che inizia dalla gestazione fino all’allevamento del bambino⁹, ma all’interno della maternità surrogata l’intenzione è solo quella di demandare il periodo gestazionale ad un’altra donna. Ecco perché è più corretto usare la definizione di *gestazione per altri*¹⁰, non

⁵ Tuttavia è presente anche una diversa terminologia che coincide parzialmente con quella proposta: si parla di “surrogazione totale” nel caso in cui l’ovulo fecondato non provenga geneticamente dalla gestante, mentre si parla di “surrogazione parziale” quando la gestante è anche madre genetica si veda I. CORTI, *op. cit.*, 3.

⁶ A riguardo si veda E. CANTARELLA, *Marzia e la “locatio ventris”*, in R. RAFFAELLI (A CURA DI), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del convegno Pesaro 28-30 aprile 1994*, Ancona, 1995, 251 e ss. Nel testo si racconta della storia di Marzia, moglie di Catone l’Uticense, che viene ceduta dal marito al retore Ortensio per far sì che quest’ultimo possa diventare padre. In questo modo Catone e Ortensio sono legati da «una comunità di figli». Una volta morto Ortensio, Marzia ritorna in sposa a Catone. La pratica è confermata anche da Plutarco che asserisce «i romani si prestano le donne, quando uno di loro non ha figli. A differenza degli spartani, che fanno accoppiare le loro donne con altri concittadini quando vogliono figli vigorosi, i romani fanno circolare le donne», citazione tratta da E. CANTARELLA, *Il paradosso romano: la donna tra diritto e cultura*, in M. T. GUERRA MEDICI (a cura di), *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, Napoli, 1996, 13 e ss.

⁷ Ma I. CORTI, *op. cit.*, utilizza il termine “maternità per sostituzione”. Anche per quest’espressione valgono le considerazioni poste in seguito.

⁸ Cfr. A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, nota a sentenza in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 834 e ss.

⁹ Non a caso il congedo di maternità disciplinato dalla legislazione laburista copre parte del periodo della gestazione fino ai primi mesi di vita del bambino.

¹⁰ Termine usato largamente in Francia, dove si distingue tra *gestation pour autrui*, quando i genitori intenzionali sono anche genitori biologici, e *procréation pour autrui*, quando invece il bambino non è legato geneticamente ad entrambi i genitori intenzionali cfr. H. GAUMONT-PRAT, *Mère porteuse*, in M. MARZANO, *Dictionnaire du corps*, 2007, Paris, 577 e ss.

solo per l'idea di neutralità che è sottesa al termine¹¹, ma anche perché inquadra con sufficiente precisione il momento procreativo che si demanda ad un'altra donna¹².

3. Legislazione comparata

Descritto il dato fattuale, si possono immaginare le molteplici ripercussioni giuridiche che da questo possono scaturire: il problema della determinazione della filiazione, la volontà della gestante di tenere il bambino presso di sé, la validità degli accordi, la loro possibile esecutività ecc. In un'ottica comparata, gli Stati si sono approcciati alla questione in maniera differente¹³; è possibile, però, poter tracciare una suddivisione inserendo le varie esperienze all'interno di tre categorie: Stati che vietano la gestazione per altri, Stati che si astengono, non prevedendo né una regolamentazione, né una proibizione della pratica e Stati che consentono e regolano la gestazione per altri¹⁴.

In una prima collocazione si inseriscono quegli Stati che vietano del tutto gli accordi di gestazione per altri quali ad esempio Francia, Germania, Italia, Svezia, Svizzera, Spagna e Stati Uniti (in parte). Il divieto di tale pratica è giustificato come violazione della dignità del bambino e della madre surrogata¹⁵ e di conseguenza tali accordi sono ritenuti una violazione dell'ordine pubblico. Il divieto a tale pratica è accompagnato spesso

¹¹ Vedi A. SCHUSTER, *op. cit.*, 835.

¹² Tanto è vero che si parla di procreazione medicalmente assistita (ma anche fecondazione assistita) individuando il momento di intervento nel momento del concepimento non già in tutta la maternità.

¹³ La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nel 2011 ha lanciato il *Parentage/Surrogacy Project* per una possibile regolamentazione a livello internazionale della gestazione per altri. Per la necessità di una regolamentazione internazionale si veda L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 7 e ss.

¹⁴ Tale suddivisione è presente nel *Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference: A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, predisposti dal Permanent Bureau of Hague Conference on private international law, consultabile al sito <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (consultato il 07.11.2016). In questo caso la comparazione è stata fatta per quanto riguarda gli accordi di gestazione per altri. Un'analisi comparata delle esperienze dei singoli stati metterebbe in luce maggiormente le dinamiche interne, sottolineando come non sempre vi sia un allineamento tra i formanti.

¹⁵ Così si è espressa *inter alia* la Cassazione civile italiana, ma anche il *Bundesgerichtshof*. Tuttavia quest'ultimo ha attribuito, recentemente, la responsabilità genitoriale in capo ad una coppia omosessuale che era ricorsa alla gestazione per altri in California cfr. BGH, 2014/10/12 – XII ZB 463/13. Una traduzione italiana della sentenza è reperibile a <https://www.personaedanno.it/> con commento di R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto* (ultima consultazione 05.11.2016). Sulla stessa sentenza si veda inoltre M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in *GENIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2015, 214 e ss.

da una sanzione, in alcuni casi penale¹⁶. Seppur con poche differenze la pratica è vietata solamente all'interno dei confini nazionali, creando così le condizioni per il fenomeno del *turismo procreativo*¹⁷.

Un secondo modello è rappresentato da quegli Stati che non presentano una regolamentazione ma tollerano la pratica quali ad esempio il Belgio, la Repubblica Ceca e i Paesi Bassi. La questione è risolta alla luce dei principi generali del diritto e degli istituti giuridici tradizionali. Ciò, ovviamente, rende molto incerto la disciplina della gestazione per altri. Dovendo rimandare la determinazione dei singoli effetti alle differenti decisioni giurisprudenziali, infatti, si crea uno stato di incertezza per quanto riguarda il diritto applicabile. È il caso del Belgio in cui non esiste una normativa di regolamentazione, ma tale pratica non è neppure sanzionata espressamente. Questo permette che, alla luce di stringenti criteri medici¹⁸, sia possibile condurre una gestazione per altri: questa è praticata in tre ospedali¹⁹. A causa anche dei stringenti criteri di accesso alla GPA, il Belgio riconosce anche la filiazione avvenuta mediante GPA all'estero, purché vi sia il legame genetico con almeno uno dei due genitori.

Un terzo gruppo di Stati presenta invece una regolamentazione degli accordi di gestazione per altri. In questi Stati ovviamente la procedura è dettagliata e non è rimessa alla libertà delle parti²⁰ e vi possono essere varie differenze tra gli Stati. Si può però stabilire fin da subito una distinzione tra Stati che richiedono una valutazione *ex ante* dell'accordo e Stati che concedono una tutela *ex post* solamente se sono state rispettate le condizioni previste.

¹⁶ Cfr. art. 12, co. 6 della legge 40 del 2004 in cui è prevista la reclusione da tre mesi a due anni una multa da 600.000 a un milione di euro. In Francia, con la *loi de bioéthique* del 1994 si è proibito la pratica della gestazione per altri. L'art. 16-7 del codice civile dispone: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle», mentre l'art. 227-12 del codice penale sanziona con la pena di reclusione da uno a sei mesi e con l'ammenda di 7.500 euro, «le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double».

¹⁷ Per reprimere questo fenomeno, sono depositati in Parlamento diversi disegni di legge tra cui il disegno di legge A. C. 3684. Il disegno, al momento depositato alla Camera dei deputati, è rubricato "*Disposizioni in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*" in cui si prevede di estendere ai sensi dell'art. 7, n. 5) (reati commessi all'estero) la punibilità del cittadino italiano che realizza la fattispecie di maternità surrogata descritta ai sensi dell'art. 12, c.2 della legge 40/2004; si veda inoltre Cass. sez. V pen., n. 13525 del 2016 in cui riguardo l'esecuzione all'estero della gestazione per altri e la sua rilevanza penale ex art. 12 c.6 della legge 40/2004 asserisce che «Occorre, infatti, considerare che, al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso». A causa di tale contrasto giurisprudenziale la Corte rigetta il motivo secondo cui l'articolo 12 c.6 punirebbe anche il reato commesso all'estero.

¹⁸ La madre intenzionale deve essere incapace di portare avanti una gravidanza; deve esserci un rapporto di relazione tra la gestante e la madre intenzionale; la madre gestante deve essere già madre e non aver compiuto i 40 anni. Inoltre la gestazione non deve essere di tipo commerciale, dovendosi pagare unicamente le cure mediche. Inoltre i genitori devono essere genitori genetici del bambino e la gestante non può essere legata geneticamente al bambino.

¹⁹ Questi sono l'ospedale di Liège, l'ospedale universitario di Gand e l'ospedale universitario Saint-Pierre di Bruxelles.

²⁰ Eseguito un parallelo si può pensare alla legislazione in merito al fine vita, laddove la scelta di depenalizzare e permettere l'omicidio del consenziente e l'assistenza al suicidio non rimette alla libera volontà delle parti circa il procedimento da seguire ma è tassativamente previsto.

A tal proposito si prende l'esempio greco²¹. In Grecia la gestazione per altri gratuita è permessa dal 2002 in seguito ad autorizzazione del tribunale. L'articolo 1458²² del codice civile, come sostituito dalla legge del 2002, descrive infatti il procedimento per poter accedere alla gestazione per altri. Nel 2005, la legge 3305 ha rafforzato ulteriormente queste disposizione precisandole ulteriormente all'art. 13²³ e introducendo all'art.26²⁴ le sanzioni penali per il mancato rispetto dei requisiti previsti dalla legge. La legge greca, dunque, si inserisce all'interno di quegli Stati regolatori che richiedono un controllo *ex ante* per poter accedere alla pratica della gestazione per altri. La legge richiede una serie di circostanze e di procedimenti per poter ottenere l'autorizzazione: la sterilità della madre intenzionale, un'analisi clinica e psicologica della gestante, un accordo scritto tra le parti (e se la futura gestante è sposata anche il consenso del marito), la residenza permanente e temporanea in Grecia per la madre intenzionale o la gestante²⁵.

Indipendentemente dalle considerazioni di opportunità o efficacia circa i requisiti richiesti dalla legge greca, ciò che è da notare è che il legislatore in questo modello cerca di risolvere *ex ante* possibili conflitti tra le parti in gioco, cercando di assicurare una egual protezione a tutti i soggetti coinvolti. Lo stesso discorso si può fare per Israele²⁶ dove gli accordi devono essere approvati dal *Committee for Approval of Surrogacy Agreements*²⁷ e si richiedono requisiti stringenti tra cui il fatto che la donna surrogata non debba essere

²¹ Una breve panoramica è data da A. N. HATZIS, *From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in *Portuguese Economic Journal*, 2009, v.8, 205 e ss. da cui sono tratti i testi degli articoli seguenti.

²² «Article 1458. The transfer of a fertilized ova into the body of another woman (the ova should not be hers) and the pregnancy by her is allowed by a court authorization granted before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued after an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard to the fact that she is medically unable to carry the pregnancy to term but also to the fact that the surrogate mother is in good health and is able to conceive».

²³ Article 13. Surrogate Motherhood. 1. Surrogate motherhood is permitted only under the conditions of the art. 1458 of Greek Civil Code and art. 8 of Law 3089/2002. 2. The woman who is going to carry the child should be medically examined (according to art. 4)5 and should incur a thorough psychological evaluation. 3. Art. 4 §§2 and 3 are applied for the examination of the health of prospective parents. 4. The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation: a. The payment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed. b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during the periods (and because) of insemination, pregnancy, delivery and childbed. The amount of the expenses covered is going to be regulated by the National Independent Authority for Medically Assisted Reproduction».

²⁴ «Article 26. Criminal Sanctions. 8. Whoever participates in a surrogacy procedure where the requirements of art. 1458 of Greek Civil Law, art. 8 of Law 3089/2002 and art. 13 of this law, are not met, is liable to imprisonment for a term at least of two (2) years and a fine of at least €1.500. The same sanction applies to: - whoever publicly, with the circulation of documents, images or representations, introduces, draws attention to or advertise (even covertly), the procurement of a child through a surrogate mother - or he/she provides professional services as a middleman for any kind of financial consideration - or he/she offers, in the same way, his/her services or the services of another for the attainment of this goal».

²⁵ Quest'ultimo requisito è stato introdotto dalla legge 4272/2014. Precedentemente si richiedeva la residenza sia per la gestante che per la madre intenzionale.

²⁶ Per un'analisi comparata tra Regno Unito, Israele e Svezia si veda J. STOLL, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala, 2013.

²⁷ Il Committee è composto da sette membri, nominati dal Ministero della Sanità. Tre di loro sono medici (due specializzati in ostetricia e ginecologia e uno specializzato in medicina interna). Gli altri quattro sono uno psicologo, un assistente sociale, un rappresentante pubblico che ha una formazione giuridica e una rappresentante religioso della stessa religione delle parti. Tre di

sposata e non debba essere legata geneticamente al bambino. Si richiede inoltre che il gamete maschile sia del padre intenzionale e che la madre gestante e la madre sociale professino la stessa religione (parametro stringente per gli appartenenti alla religione ebraica, mentre per le altre religioni è necessario una consultazione con il rappresentante della religione dell'*Approval Committee*).

Altri Stati prevedono il rilascio di un *parental order ex post*²⁸ che permette ai genitori intenzionali di ottenere la custodia legale del bambino. È il caso dell'Inghilterra e del Galles in cui i genitori intenzionali possono richiedere, entro sei mesi dalla nascita del bambino, un *legal parent* purché formino un'unione stabile (matrimonio, unione civile o convivenza di fatto) e uno dei due genitori sia legato biologicamente al bambino²⁹. Inoltre il giudice deve verificare che non sia stato effettuato nessun pagamento per la gestazione, con eccezione per *expenses reasonably incurred*.

Diversamente in California è possibile ottenere un *prebirth parentage order* prima della nascita del bambino: i genitori intenzionali saranno dunque iscritti nel certificato di nascita al momento del parto.

4. Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia

All'interno di questo contesto, si inseriscono una serie di pronunce giurisprudenziali, sia a livello nazionale che internazionale, che hanno riaperto il dibattito riguardo alla gestazione per altri: in particolare, in questo contributo, ci si soffermerà sulla sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia³⁰. La sentenza è la quarta in ordine cronologico della Corte EDU sul tema della GPA³¹ e la prima che riguarda l'Italia.

4.1. In fatto

Dopo vari tentativi falliti di PMA, i coniugi Campanelli decidono di recarsi in Russia per poter stipulare un contratto di gestazione per altri con l'intermediazione di un'agenzia. Nel febbraio 2011, la gestante partorisce il figlio che è, con il consenso di questa, lasciato ai genitori intenzionali. Nel maggio del 2011, dopo aver ottenuto i documenti necessari per partire dal Consolato italiano, la signora Paradiso ritorna in

loro devono essere uomini e minimo tre di loro devono essere donne. Le decisioni del comitato sono prese a maggioranza dei presenti (il quorum costitutivo comprende cinque membri) e per iscritto.

²⁸ Per una critica alla validazione *ex post* degli accordi nel caso di GPA praticata all'estero, si veda: C. FENTON-GLYNN, *Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements*, in *Medical Law Review*, 24 (I), 2016, 9 e ss.

²⁹ In caso contrario infatti secondo la legge inglese si avrebbe un'adozione. Ma la giurisprudenza conosce una serie di casi di GPA avvenute all'estero senza alcun contributo genetico dei genitori intenzionali.

³⁰ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. 25358/12, deciso il 27 Gennaio 2015 in Nuova giurisprudenza civile commentata, I, 2015, con nota di A. SCHUSTER, op.cit. nella versione francese; il testo italiano è reperibile in *Genius. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2015, 315 e ss.

³¹ Le precedenti sono state le c.d. "sentenze gemelle" *Menesson c. Francia*, ric. 65192/11, deciso il 26 Giugno 2014 e *Labassée c. Francia*, ric. 65941/11, deciso il 26 Giugno 2016. In seguito è stata emessa la sentenza *D. e altri c. Belgio*, ric. 29176/13, deciso l'8 Luglio 2014.

Italia con il figlio. Il pubblico ministero minorile, avvisato dal consolato italiano, apre un procedimento in quanto ritiene che il minore sia in stato di abbandono ex art. 8 della legge n. 184/1983; nel agosto del 2011 è eseguito un test del DNA che prova la mancanza di legame biologico tra il padre e il bambino. Nell'ottobre del 2011 il bambino è allontanato dalla coppia e collocato presso una casa famiglia. I giudici motivano tale decisione asserendo che sia necessario eliminare la situazione di illegalità in cui versano i coniugi Paradiso e Campanelli. L'esser ricorsi ad una tecnica di fecondazione assistita eterologa (all'epoca vietata in Italia), la mancanza del legame genetico tra il padre e il figlio e inoltre l'aver voluto aggirare la legge sulle adozioni internazionali portavano i giudici a ritenere che vi fosse un reale pericolo per il bambino. I giudici, prima di allontanare il minore, hanno inoltre considerato il danno che questo avrebbe subito, ma vista la giovane età e il breve periodo trascorso con i genitori intenzionali lo hanno ritenuto superabile. Nel 2012 la Corte d'Appello di Campobasso respinge il ricorso dei coniugi reiterando le motivazioni del tribunale di primo grado. Nel frattempo sia il Tribunale ordinario di Campobasso che la Corte d'Appello rifiutano la trascrizione dell'atto di nascita. Nel 2013 il bambino è collocato presso una famiglia di accoglienza e contestualmente è avviata la pratica di adozione. I coniugi Campanelli sono esclusi dal procedimento in quanto colpevoli di aver commesso il reato di cui all'art. 72³² della legge 184/1983.

4.2. In diritto

I coniugi Campanelli adiscono la Corte EDU lamentando che la mancata trascrizione del certificato di nascita e l'allontanamento del bambino dal nucleo familiare costituisca violazione dell'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Inoltre, lamentano la violazione degli articoli 6 (Diritto a un equo processo), 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (Divieto di discriminazione) della convenzione in nome del minore.

Su questo punto, la Corte rigetta il ricorso, asserendo che essi non hanno un valido titolo giuridico per far valere queste violazioni in nome del minore, non essendo considerati genitori legali ed essendo stato nominato un curatore speciale. La Corte, in aggiunta, dichiara inammissibile la prima questione, riguardante la mancata trascrizione del certificato, in quanto è possibile l'esperimento di rimedi interni. La Corte, tuttavia, accoglie la doglianza per l'allontanamento del bambino e la mancata possibilità da parte dei ricorrenti di accedere all'adozione. Secondo i giudici di Strasburgo, è possibile applicare l'art. 8 sotto

³² «Chiunque, per procurarsi danaro o altra utilità, in violazione delle disposizioni della presente legge, introduce nello Stato uno straniero minore di età perché sia definitivamente affidato a cittadini italiani è punito con la reclusione da uno a tre anni. La pena stabilita nel precedente comma si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo danaro o altra utilità a terzi, accolgono stranieri minori di età in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta l'inedoneità a ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare».

l'aspetto sia della vita familiare che della vita privata. Sotto il profilo della vita familiare, infatti, il bambino ha passato le prime tappe fondamentali della sua vita con i ricorrenti, i quali si sono comportati nei suoi confronti come genitori e ciò è qualificabile come vita familiare *de facto*. D'altro canto, sotto il profilo della vita privata, intesa come la possibilità di accertare i dettagli sulla propria identità, i giudici ritengono che il signor Campanelli abbia cercato nel corso del processo di stabilire la fondatezza del suo status di padre biologico del bambino, desumendo dunque una stretta correlazione tra l'accertamento della paternità e la vita privata del ricorrente. La Corte ritiene però di dover esaminare alla luce del co. 2 dell'articolo 8 se la misura adottata fosse prevista dalla legge, perseguisse uno scopo legittimo e fosse necessaria in una società democratica. I giudici ritengono che la misura di dichiarazione di adottabilità e il successivo allontanamento siano previsti dalla legge e che perseguano uno scopo legittimo, essendo adottati per la difesa dell'ordine e per la tutela dei diritti e delle libertà del minore. Tuttavia, nell'analisi della necessità di tali provvedimenti in una società democratica, se la Corte ritiene, da una parte, che i giudici nazionali abbiano applicato correttamente la legge italiana nella dichiarazione di adottabilità, dall'altra ritiene che l'allontanamento sia stata una misura eccessiva. Nel ripercorrere la propria giurisprudenza, infatti, la Corte mostra come l'allontanamento dal nucleo familiare debba intendersi come una misura estrema, da adottare solamente laddove sia ravvisabile un pericolo concreto per il minore. Per i giudici di Strasburgo, infatti, l'ordine pubblico non può essere utilizzato come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, in quanto l'interesse del minore deve prevalere indipendentemente dal legame genetico. Essi ritengono che i giudici nazionali abbiano dedotto l'incapacità di essere buoni genitori dalla situazione di illegalità che si era creata, non aspettando tra l'altro l'esito del procedimento penale, e senza predisporre perizie per dimostrare la scarsa capacità affettiva. Intento dei giudici nazionali è stato quello di rimuovere la situazione di illegalità creatasi, optando per l'allontanamento del minore, ma un minore – statuisce la Corte- non può essere posto in una situazione di svantaggio per il semplice fatto di essere nato mediante gestazione per altri. Accertata la violazione, la Corte dispone un risarcimento di 20.000 euro a titolo di danno morale e chiarisce che non si crea in capo allo Stato italiano l'obbligo di restituzione del figlio alla coppia in quanto quest'ultimo ha ormai creato dei legami affettivi con la famiglia affidataria.

Alla sentenza è allegata l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano. I due giudici contestano la decisione della maggioranza nel punto in cui si ritiene che la misura non fosse necessaria in una società democratica. Essi ritengono che i giudici nazionali abbiano operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco e che la decisione della Corte non si basi su una valutazione di arbitrarietà o meno di questo bilanciamento, ma entri nel merito costituendosi dunque giudizio di "quarta istanza". Inoltre ritengono il giudizio della Corte non condivisibile in quanto annienta il margine di apprezzamento degli Stati nel rifiutare di riconoscere effetti alla gestazione per altri.

5. L'interesse superiore del minore³³

La sentenza non si pone dunque come sentenza riguardante la GPA³⁴, ma sicuramente questa pratica è un elemento, per quanto non analizzato, imprescindibile. La Corte EDU, operando una ricostruzione avulsa in qualche modo da ogni considerazione sulla GPA sembra voler ricostruire un quadro di portata generale e dunque applicabile in qualsiasi caso in cui sia coinvolto un minore³⁵.

Il criterio dell'interesse superiore del minore³⁶ deriva dalla «Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia»³⁷ in cui l'art. 3 co. 1 dispone che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, *l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*». Il contenuto dell'interesse superiore non è per tanto definito dogmaticamente, ma deve essere precisato dall'interprete il quale riempie, tenendo conto delle varie circostanze, questa clausola generale. Si pone, per il giudice, un determinato iter decisorio: dapprima accertare l'interesse del minore, e una volta accertata la fattispecie che rispecchia quegli interessi perseguirla. Il giudice, perciò, non deve operare un bilanciamento tra gli

³³ Cfr. C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2010, 981 e ss. il quale ricostruisce tale criterio sulla base dell'interpretazione dei trattati internazionali.

³⁴ Gli stessi giudici, infatti, ritengono che non sia necessario operare un confronto sull'avanzamento della Gpa tra le legislazioni per verificare o meno lo stato di armonizzazione di tale pratica in Europa, in quanto «La Corte osserva che, nel caso di specie, sussiste l'assenza comprovata di legami genetici tra il minore e i ricorrenti. Inoltre, la legge russa non precisa se sia necessario un legame biologico tra i futuri genitori e il minore nascituro. Inoltre, i ricorrenti non hanno argomentato dinanzi ai giudici nazionali che il diritto russo non esige un legame genetico con almeno uno dei futuri genitori per parlare di gestazione surrogata.» *Paradiso e Campanelli, cit.*, §76.

³⁵ In questo senso A. SCHUSTER, *op. cit.*, 837 secondo cui la sentenza cercherebbe di tracciare una sorta di linea guida per l'Italia da applicare ogni qualvolta sia parte in causa un minore. A tal proposito l'autore cita la sentenza *Zhou c. Italia*, ric. 33773/11, decisa il 21 Gennaio 2014.

³⁶ Interessante notare la questione circa la corretta traduzione in italiano del principio. Infatti alcuni hanno sostenuto che si dovesse parlare di "interesse maggiore del bambino" altri di interesse "migliore". Ovviamente non è solo una scelta semantica, ma dietro le diverse traduzioni si potrebbe racchiudere un diverso modo di operare la ricostruzione di tale interesse: da una parte dando peso ad un criterio quantitativo, dall'altro qualitativo. Per i motivi che si spiegheranno dopo si preferisce la nozione di "interesse superiore del bambino" o "interesse preminente del bambino" in quanto rispecchiano maggiormente l'iter di applicazione di questo principio.

³⁷ Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata a New York dall'Assemblea generale Onu nel 1989; ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176. Contra J. LONG, *Diritto italiano della famiglia e impliciti "normativi"*, in L. MORRA e B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015 in cui ritiene che il concetto di interesse superiore del minore costituisca un presupposto implicito per poter affidare i figli in seguito a separazione alla madre già ravvisabile nella giurisprudenza di fine Ottocento. Per l'Autrice questo presupposto implicito è stato successivamente esplicitato nella riforma del diritto di famiglia del 1975.

interessi contrapposti che emergono, ma deve gerarchizzarli ponendo come interesse primario quello del bambino³⁸.

Se è chiaro metodologicamente il *modus operandi*, diversamente il contenuto di tale espressione trova nella giurisprudenza diverse declinazioni, spesso contrastanti tra di loro. Lo stesso Consiglio d'Europa ha pubblicato il 17 novembre 2010 le «Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore»³⁹, in cui si cerca di delineare una serie di raccomandazioni agli Stati membri affinché si impegnino «nell'adattare il loro sistema giudiziario e non giudiziario alle esigenze specifiche dei minori nei procedimenti penali, amministrativi e civili, a prescindere dalla loro condizione o capacità».

La sentenza in esame infatti, si inserisce all'interno di una giurisprudenza della Corte EDU che è sempre più attenta alla tutela del minore. Ci si può domandare: qual è l'interesse superiore nato per mezzo di una gestazione per altri?⁴⁰ Le varie pronunce che si analizzeranno risponderanno in maniera differente, mettendo in luce aspetti tra loro differenti e concezioni ideologiche sottostanti divergenti.

5.1. All'interno di Paradiso e Campanelli

All'interno della pronuncia, per individuare l'interesse superiore del minore è stato fondamentale riconoscere lo status di famiglia di fatto che sussiste tra i coniugi e il bambino. La Corte infatti, capovolgendo il ragionamento del giudice nazionale, ha ritenuto di estrema importanza l'aver passato i primi mesi dopo la nascita comportandosi come genitori. A supporto di tali argomentazioni i giudici hanno richiamato le pronunce della corte EDU nei casi Wagner e J.M.W.L c. Lussemburgo⁴¹ e Moretti e Bonetti c. Italia⁴². Decisivo appare dunque il fattore tempo in questo primo momento⁴³, proprio grazie al quale la Corte riesce a stabilire l'esistenza della famiglia *de facto*. La Corte infatti non censura l'allontanamento vero e proprio quanto piuttosto la mancanza di un'analisi concreta di un reale pericolo: il non aver operato una perizia tecnica, che potesse evidenziare le carenze affettive dei ricorrenti, per determinare

³⁸ L. MARI, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in P. BARGIACCHI e altri (a cura di), *Studi in onore di Augusto Sinagra*, vol. III, Roma, 2013, 295 e ss.; cfr. G. MAGNO, *Il minorenne è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti?*, in *Minori Giustizia*, 2013, 3, 28 e ss. in cui l'Autore si interroga sulla qualificazione giuridica della nozione, propendendo per un suo inquadramento all'interno di diritti di rilevanza pubblicistica in capo al minore.

³⁹ Queste sono consultabili al seguente link

http://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/documenti/GuidelinesChildFriendlyJustice_IT_0.pdf (ultima consultazione 04.11.2016)

⁴⁰ Cfr. T. CHORTARA, S. PENASA, L. BUSATTA, *The best interests of the child born via cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 189 e ss.

⁴¹ *Wagner e J.M.W.L c. Lussemburgo*, ric. 16318/07, deciso il 28 giugno 2007.

⁴² *Moretti e Bonetti c. Italia*, ric. 25951/07, deciso il 27 aprile 2010.

⁴³ Proprio questo passaggio è stato criticato da J.P. MARGUENAUD e L.USUNIER, *L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parentes d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle du droit civil*, 2, 2015, 325 e ss. in cui gli autori asseriscono che la Corte «ne dit pas de combien on pourrait encore raccourcir le temps nécessaire à l'établissement, en absence de lien génétique, d'une vie familiale au sens de l'article 8 mais il faut bien constater qu'il ne reste plus beaucoup de marge (...)».

l'allontanamento del bambino. In questo caso infatti il giudice italiano ha deciso di eliminare una situazione di illegalità, desumendo l'incapacità di amare ed educare il figlio proprio da questa situazione di illegalità.⁴⁴ Questa è la portata maggiore della sentenza e la corretta applicazione del *best interests*: da una parte i provvedimenti adottati per l'eliminazione della situazione di illegalità non possono ricadere sul minore, dall'altra questo ha diritto a restare in un nucleo familiare in cui ha trascorso i primi mesi della sua vita, a meno che ciò non costituisca per lui un pericolo concreto.

La sentenza si pone in una situazione particolare rispetto agli altri casi decisi dalla Corte in materia di gestazione per altri. Infatti mentre nel caso *Labassée c. Francia* e *Menesson c. Francia* il padre era anche padre biologico delle figlie e le ragazze avevano all'incirca tra i 10 e 13 anni, in questo caso non vi è nessun legame biologico tra i genitori e il bambino. Inoltre il caso si differenzia da quello deciso dalla Corte di Cassazione⁴⁵ in quanto mentre in Russia è permessa la gestazione per altri totale, in Ucraina si chiede che almeno uno dei due genitori sia anche genitore biologico⁴⁶. Nella sentenza della Suprema Corte, inoltre i ricorrenti erano stati giudicati negativamente riguardo la possibilità di adottare in quanto presentavano «grosse difficoltà nell'elaborazione di una sana genitorialità affettiva»⁴⁷, circostanza che non era presente invece per quanto riguarda i coniugi Paradiso Campanelli⁴⁸.

Nella sentenza Paradiso e Campanelli, dunque il supremo interesse del bambino è di non essere allontanato senza un reale rischio di danno per lui dal proprio nucleo familiare. La Corte, infatti, sembra adottare il principio di non discriminazione ossia non si può discriminare un bambino solo perché nato da gestazione per altri. Essa opera, inoltre, una separazione tra la liceità dell'accordo di surrogazione e il riconoscimento dello status di figlio. Non nega, infatti, la possibilità di vietare la gestazione per altri da parte degli Stati ma sembra voler anche asserire che non sia corretto far ricadere l'illiceità, e la conseguente sanzione, sul minore⁴⁹.

⁴⁴ «[...] la Corte osserva che i ricorrenti, giudicati idonei ad adottare nel dicembre 2006 nel momento in cui ricevettero l'autorizzazione [...] 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», Paradiso e Campanelli c. Italia, *cit.*, §84.

⁴⁵ Corte di Cassazione sez. I civ., 11.11.2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3408 con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

⁴⁶ C.d. divieto di doppia eterologa ossia divieto di procreazione con il contemporaneo ricorso alla donazione di gameti femminili e di gameti maschili.

⁴⁷ Cass. sez. I civ. 24001/14.

⁴⁸ Interessante notare come il tribunale dei minori di Campobasso e successivamente la Corte d'Appello di Campobasso abbiano dedotto un desiderio narcisistico da parte della coppia dal fatto che nonostante avessero ottenuto l'idoneità all'adozione, fossero poi ricorsi alla gestazione per altri in Russia. Tuttavia la Corte di Cassazione giunge alla medesima conclusione, trattandosi però in questo caso ad una negazione dell'idoneità all'adozione.

⁴⁹ Nell'opinione parzialmente dissenziente i giudici Raimondi e Spano criticano tale aspetto sostenendo che «la posizione della maggioranza equivale, in sostanza, a negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla gestazione surrogata. Se è sufficiente creare illegalmente un legame con il minore all'estero perché le autorità nazionali siano obbligate a riconoscere l'esistenza di una «vita familiare», è evidente che la libertà degli Stati di non riconoscere effetti giuridici alla gestazione surrogata, libertà comunque riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte, viene annientata» Paradiso e Campanelli c. Italia, opinione parzialmente dissenziente, §15. Si veda anche: H. FULCHIRON e C. BIDAUD-GARON, *Reconnaissance ou reconstruction?*

5.2. Cassazione italiana e Tribunale dei minorenni di Roma

Di diverso avviso è invece la ricostruzione operata dalla Cassazione italiana. La Corte di Cassazione infatti ha ritenuto che sull'interesse superiore del minore il legislatore abbia operato una valutazione a monte, senza lasciare alcuno spazio di discrezionalità al giudice. La Corte sostiene, infatti, che il legislatore preveda l'istituto dell'adozione, in quanto percorso assistito da una serie di garanzie giurisdizionali, «per la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»⁵⁰. La Suprema Corte ricostruisce così il *best interests* seguendo due criteri: la predeterminazione da parte del legislatore e la prevalenza del dato biologico su quello sociale. Interessante notare che qui la Corte non opera un raffronto in concreto, ma decide a priori che il minore viva meglio presso i genitori biologici. Tuttavia, in questo caso, né i genitori biologici né la madre naturale rivendicano il figlio. In queste sentenze non ci si trova di fronte ad un contrasto tra volontà differenti, tra una madre intenzionale e una madre naturale⁵¹ e appare dunque

A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Revue critique de droit international privé*, 1, 2015, 1 e ss.

⁵⁰ Cass. civ. 24001/14, *cit.*

⁵¹ Diverso è stato invece il drammatico caso dell'ospedale Pertini di Roma dove vi è stato uno scambio di embrioni durante un intervento di procreazione medicalmente assistita in vitro. Due coppie rivolgendosi all'ospedale Pertini per la creazione in vitro di embrioni con il patrimonio genetico della coppia, si vedevano reciprocamente impiantare l'una gli embrioni dell'altra. Inoltre una delle due procedure non era andata a buon fine. Da qui il caso giudiziario. La coppia, la cui inseminazione non aveva avuto un buon esito, richiedeva, infatti, che venissero nominati genitori, in quanto legati geneticamente, dei bambini dell'altra coppia. L'iter giudiziario è piuttosto complesso: dapprima la coppia ricorreva ex art. 700 c.p.c con il quale sostanzialmente i coniugi chiedevano la consegna dei gemelli una volta nati, in quanto essi ne erano i genitori biologici. Il tribunale di Roma rigettava la domanda in quanto il provvedimento chiesto non poteva essere concesso in base alla legislazione vigente cfr. Trib. Roma ordinanza, 08 agosto 2014 in *Giur. It.*, 2015, 2, 319 con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*. In seguito alla decisione, i coniugi adivano la Corte EDU, adducendo la violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU in quanto lo stato non prevedeva una garanzia per il danno che questi avevano subito in seguito allo scambio di embrioni. La Corte, tuttavia, riteneva inammissibile il ricorso in quanto non erano stati esauriti i rimedi interni, essendo ancora impugnabile l'ordinanza del Tribunale di Roma: si veda *X e Y c. Italia*, ric. 41146/14, deciso il 10 ottobre 2014, consultabile al sito <http://www.biodiritto.org/>. In seguito il padre genetico proponeva domanda di disconoscimento di paternità contro il padre sociale delle bambine. Pur non essendo legittimato ad agire chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 243-bis c. c. (azione di disconoscimento della paternità) nella parte in cui non prevedeva la legittimazione del padre genetico in seguito a scambio di embrioni. Il tribunale respingeva la richiesta in quanto non vi era il requisito di rilevanza per sollevare questione di legittimità, in quanto un suo accoglimento avrebbe contrastato con il superiore interesse delle bambine. Si veda Trib. Roma, ordinanza, 22 aprile 2015 in www.biodiritto.org (ultima consultazione 04.11.2016). Infine i due coniugi chiedevano al tribunale di Roma, ex art. 669-terdecies (Reclamo contro i provvedimenti cautelari), di ritirare l'ordinanza del 22.04.2015 e di sollevare questione di illegittimità costituzionale per gli artt. 243-bis e 269 co. 3 nella parte in cui non prevedevano legittimazione attiva, rispettivamente nell'azione di disconoscimento della paternità e della maternità, per i genitori genetici in seguito allo scambio di embrioni durante un procedimento di PMA. La Corte respinge il reclamo allineandosi alle motivazioni dei precedenti procedimenti. Cfr. Trib. Roma ordinanza, 02 ottobre 2015 consultabile al sito <http://www.biodiritto.org/index.php/item/750-pertini-ottobre> (ultima consultazione 04.11.2016). Ad una attenta lettura delle sentenze emerge la difficoltà dei giudici di poter affermare con certezza il diritto applicabile, circa la preminenza del dato genetico o di quello sociale. Lo stesso Comitato di Bioetica, intervenuto sul caso con il parere «Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni» non era riuscito ad individuare i criteri etici-giuridici per la risoluzione della controversia. Questo caso mette ben in luce, le difficoltà che il Legislatore dovrebbe affrontare per la

debole la motivazione della Suprema Corte. La richiamata preminenza del dato biologico sul dato sociale potrebbe trovare fondamento qualora si parlasse di un contrasto tra due volontà, ma una ricostruzione più approfondita permetterebbe di mostrare come oramai nel nostro ordinamento sia accettata una responsabilità genitoriale anche disgiunta sul dato biologico⁵².

Di diverso approccio è stato il Tribunale dei minorenni di Roma nel dicembre 2015⁵³. In questo caso il tribunale non si pronuncia tanto sulla possibilità di riconoscere il certificato posto in essere all'estero, ma sul poter accogliere la domanda di adozione in casi speciali proposta dal marito del genitore biologico. Il tribunale, dunque, si inserisce sul solco della giurisprudenza straniera la quale permette il riconoscimento del figlio tramite l'adozione, ma non il riconoscimento al partner non legato biologicamente dello status di genitore all'interno dello stesso certificato di nascita. Il caso riguarda due uomini, sposati in Canada e poi in Spagna, i quali sono ricorsi alla GPA in Canada da cui era nato un bambino. Il collegio romano, come si evince dalla sentenza, svolge un'attenta disamina del nucleo familiare in cui è inserito il bambino, mettendo in luce l'ottimo sviluppo fisico e psichico di questo. La sentenza si preoccupa anche di analizzare le perizie riportate dagli psicologi e dagli assistenti sociali, le quali mostrano come il bambino sia perfettamente integrato all'interno della realtà in cui è inserito e viva in un contesto familiare sereno e favorevole per il suo sviluppo. L'interesse del minore è il filo rosso di tutta la sentenza, e questo, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, diventa preminente rispetto agli altri interessi in gioco. L'accoglimento della domanda di adozione nei casi speciali, nonostante il parere discorde del PMM, deriva proprio dalla necessità di garantire l'interesse del minore di continuare a vivere in un contesto familiare in cui non vige una disparità tra i due genitori, disparità dovuto al mancato riconoscimento di uno status legale al genitore non biologico. La sentenza, inoltre, è divenuta irrevocabile a causa della mancata impugnazione da parte della Procura.

5.3. Tribunal Supremo spagnolo

regolamentazione della materia laddove siano presenti più persone che rivendichino una responsabilità genitoriale. Tuttavia è anche pur vero che nei casi pervenuti alla CEDU o nella maggior parte delle sentenze dei giudici interni non emerge questo profilo di conflitto. Si tratta, infatti, di trascrizioni di certificati di nascita da parte dei genitori intenzionali, da cui non emerge in alcun modo la volontà della partoriente di trattenere presso di sé il bambino.

⁵² Cfr. Tribunale Milano, sez. V, n. 3301 del 12/06/2015, consultabile su www.dejure.it (ultima consultazione 05.11.2016).

⁵³ Tribunale dei minorenni Roma, 23 Dicembre 2015 consultabile al sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2016/03/SENTENZA-TRIBUNALE-ROMA-IRREVOCABILE.pdf> (ultima consultazione 10.11.2016). Per un primo commento si veda A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, pubblicato nel sito <http://www.articolo29.it/2016/la-sentenza-perfetta-paternita-omosessuale-e-diritti-del-bambino-2/#more-11419> (ultima consultazione 10.11.2016).

La questione ha interessato anche la Spagna e, infatti, il Supremo Tribunale spagnolo si è pronunciato con la sentenza 835/2013⁵⁴ sulla questione della gestazione per altri e la trascrizione del certificato di nascita nell'ordinamento spagnolo. In Spagna, la gestazione per altri è vietata dall'art. 10 della *ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida*.⁵⁵ Il caso riguarda una coppia omosessuale sposata nel 2005, che ricorre alla gestazione per altri in California da cui nascono due bambini nel 2008. In seguito all'iscrizione nei registri dello stato civile presso Los Angeles su ordine della Direzione generale dei registri e del notariato⁵⁶, la decisione è impugnata dal Procuratore della Repubblica. In primo grado, il giudice accoglie l'istanza e ordina la cancellazione dal registro dello stato civile del certificato di nascita così formatosi. I genitori impugnano la sentenza, ma il giudice di appello respinge il ricorso confermando il giudizio di primo grado. I due uomini ricorrono in Cassazione. Il Tribunale Supremo respinge il ricorso confermando che non può essere trascritto il certificato di nascita di un bambino nato mediante gestazione per altri in quanto contrario all'ordine pubblico internazionale, anche se avvenuta nel rispetto della legislazione dello Stato estero, poiché la legge spagnola vieta tale pratica.

Appare interessante notare le diverse ricostruzioni che sono operate dell'interesse del minore. Per i ricorrenti infatti tra i motivi del ricorso compare il fatto che il non riconoscimento del certificato di nascita comporterebbe una lesione di tale interesse. Infatti privando i figli dell'effetto della filiazione li si porrebbe in un limbo giuridico, li si priverebbe di un'identità unica. I ricorrenti, poi, si considerano i migliori genitori per il bambino tenendo conto che la donna che li ha partoriti si è posta solamente come contraente per il contratto di gestazione. D'altra parte, il Tribunale Supremo ritiene invece che l'interesse preminente del bambino si configuri come clausola generale, introdotta dal legislatore per aumentare la discrezionalità del giudice, ma questo interesse ha la caratteristica di « *conceptos esencialmente controvertidos*» ossia un concetto su cui non vi sia un consenso unanime circa il suo contenuto. Per il Tribunale una concezione dell'interesse del minore come quella prospettata dai ricorrenti non può essere accettata in quanto andrebbe contro il dato letterale della legge⁵⁷. L'interesse superiore del minore non si può infatti porre come bene assoluto, ma deve essere bilanciato con altri beni garantiti quali la dignità della madre gestante e del minore. Accettare la registrazione sarebbe dunque lesivo della dignità del minore il quale si troverebbe ad essere trattato come oggetto di un contratto. Tuttavia, la Corte non ritiene che il minore sia

⁵⁴ Tribunal Supremo di Madrid, Sala de lo Civil, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2015, 354 e ss.; per la gestazione per altri in Spagna si veda

⁵⁵ L'art. 10 rubricato "Gestación por sustitución" dispone: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

⁵⁶ I coniugi hanno infatti proposto un ricorso interno, impugnando di fronte alla Direzione generale dei registri e del notariato il rifiuto dell'incarico del Registro civile di trascrivere l'atto di nascita.

⁵⁷ Per il Tribunale Supremo invece compito di tale clausola è «interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas», non potendo invece entrare in contrasto con il dettato normativo a pena di una censura di incostituzionalità dell'articolo 117 co.1 della Costituzione spagnola, secondo cui i giudici sono «sometidos únicamente al imperio de la ley».

sprovvisto di tutela giuridica, dovendosi la filiazione ricostruire secondo i criteri dell'ordinamento giuridico spagnolo: il genitore biologico può infatti esperire un'azione di reclamo della paternità e successivamente il coniuge potrà accedere all'adozione co-parentale. La Corte ritiene dunque corretto il bilanciamento operato dalle corti di merito in quanto l'interesse superiore del minore non può tradursi in una legittimazione del contratto di gestazione per altri, ma può essere interpretato come il mantenimento della famiglia *de facto*.

Anche se nella sentenza il Tribunale Supremo si è pronunciato contrario al fatto che si possa considerare la filiazione come un effetto secondario del contratto di gestazione per altri, sembra però nei fatti arrivare alla scelta successiva. Essi infatti non riconoscono l'accordo in quanto contrario all'ordine pubblico, ma nello stesso tempo prevedono una serie di azioni, proposte alla ricostruzione della filiazione alla luce dei criteri dettati dall'ordinamento spagnolo⁵⁸. Nel parere dissenziente i giudici accusano la Corte di aver operato una disamina della questione alla luce di un ordine pubblico, inteso in senso astratto. Essi sostengono infatti che bisogna operare un bilanciamento nel concreto, valutando caso per caso⁵⁹. È necessario infatti tener conto di tutte le garanzie che lo Stato straniero pone a tutela della gestazione per altri, evidenziando come non vi sia una lesione della dignità della donna qualora questa fornisca un consenso libero e informato e neppure della dignità del bambino qualora non vi sia stato il coinvolgimento di intermediari. L'opinione dissenziente si mostra maggiormente consapevole della portata del problema proponendo una soluzione "a geometrie variabili" in cui i vari interessi del minore sono bilanciati concretamente alla luce degli altri interessi in gioco.

Sia la sentenza che l'opinione dissenziente si pongono dunque all'incirca nello stesso solco. L'interesse del minore è quello di godere di una dimensione familiare che lo accolga e non osta a questo la nascita mediante gestazione per altri⁶⁰. I giudici, sia pur in maniera contraddittoria nella sentenza, affermano dunque l'importanza di una genitorialità sociale superando quello che è stato argomento della Corte di

⁵⁸ Secondo G. PALMIERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2015, 199 «È prevalsa una valutazione meramente astratta, scollata dalla peculiarità del caso concreto, a discapito della continuità affettiva dei due bambini nati dalla gestazione di sostituzione con i genitori sociali, innervandosi tale valutazione in una soluzione tendenzialmente ed esemplarmente punitiva, in quanto diretta ad impedire il reiterarsi di una condotta consistente nell'aggirare il divieto posto dal diritto interno ricorrendo alla maternità di sostituzione in un paese straniero.»

⁵⁹ I giudici dissenzienti infatti affermano che «Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas».

⁶⁰ Sempre secondo G. PALMIERI, *op.cit.*, 211 dunque la sentenza è «un diniego che in concreto finisce per compromettere una situazione familiare armoniosa, non conflittuale né patologica, e soprattutto non in contrasto con i modelli ammessi dallo stesso ordinamento spagnolo, dove come è noto è consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, è riconosciuta la convivenza di fatto ed è ammessa la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ossia con materiale genetico di soggetti terzi rispetto alla coppia».

Cassazione italiana secondo cui l'unica possibilità di una filiazione slegata al dato biologico si possa aver soltanto mediante adozione.

Si potrebbe pensare che maggiormente lungimiranti siano stati i giudici dissenzienti, in quanto anticipano delle considerazioni che la Corte EDU svolge nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Non tanto che l'ordine pubblico non debba considerarsi come *carte blanche*, quanto piuttosto che esso non debba essere considerato in una sua mera lesione astratta, ma vi deve essere una valutazione concreta dell'interesse del minore. I giudici dissenzienti sembrano maggiormente attenti a porre al centro della questione l'interesse superiore del minore piuttosto che salvaguardare la tenuta interna dell'ordine pubblico.

6. Cosa emerge dunque dalle sentenze?

Emerge, in maniera sempre più determinante, una visione di una genitorialità responsabile, condivisa e autodeterminata. Le sentenze in esame mostrano come, pur con le varie difficoltà di prescindere dal dato biologico e naturale, sempre più venga in luce una genitorialità sociale. L'interesse del minore si realizzerebbe pertanto nel poter vivere con i propri genitori sociali⁶¹, ossia in quella relazione genitoriale intesa come «il rapporto di parentela che si consolida emotivamente e legalmente indipendentemente dal vincolo genetico»⁶², e a non essere discriminato in ragione della sua nascita mediante gestazione per altri. Gli Stati, i quali riconoscono sia la necessità di salvaguardare l'ordine pubblico, sia il diritto del minore ad una vita di relazione piena e non pregiudicata dal mancato riconoscimento dello status di figlio, si trovano in un vero e proprio corto circuito giuridico (e politico). Infatti, se da una parte si ammette l'esistenza di queste istanze e si vuole perseguire la loro attuazione, dall'altra ci si trova nell'impossibilità di dare piena attuazione alle stesse, ormai considerate in pieno contrasto. A fronte di una mancanza di presa di posizione dei legislatori nazionali, è la giurisprudenza, attraverso le varie sentenze, a mostrare diversi approcci che potrebbero dare vita ad un modello di per sé non contraddittorio. Lo Stato infatti si può riservare uno spazio di decisione nell'accettare o meno la trascrizione del certificato di nascita laddove ravvisi una violazione della dignità della donna e del minore e si può riservare la possibilità di allontanamento del minore laddove ravvisi un concreto pregiudizio per questo. Qualora questo scrutinio dia esito negativo (dunque non vi è stata né la lesione della dignità né un pregiudizio concreto) lo Stato può permettere il pieno riconoscimento del legame di filiazione. La responsabilità genitoriale può nascere attraverso diverse forme. Ormai il dato biologico è solamente una delle possibili opzioni per divenire genitori.

⁶¹ Naturalmente qualora non vi sia un motivo di conflitto con i genitori naturali. Si richiamano le considerazioni svolte riguardo al caso di scambio di embrioni avvenuto all'ospedale Pertini.

⁶² M. F. MOSCATI, *Genitorialità sociale e orientamento sessuale: profili di diritto comparato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità-Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 67 e ss.

7. Quale genitorialità?

Interrogarsi sull'interesse superiore del minore, dunque porta a chiedersi quale sia la genitorialità⁶³: quella biologica? Quella gestazionale? Oppure quella sociale?

Partendo dal dato costituzionale è stato dichiarato che l'art. 30 della Costituzione descriverebbe una gerarchia: la genitorialità biologica è la regola, mentre la genitorialità sociale rappresenta un'eccezione⁶⁴. A tale impostazione, soccorrerebbe inoltre l'art. 31 Cost. nella parte in cui prevede che la Repubblica protegge la maternità, intesa come maternità naturale⁶⁵. La stessa Corte Costituzionale ha più volte appoggiato tale concezione ad esempio nella sentenza 11/1981⁶⁶. Tuttavia la Corte ha legittimato questa lettura dell'art. 30 co.1, ossia di una responsabilità per procreazione, soltanto nella misura in cui questa corrisponda all'interesse del minore. Infatti il primo comma dell'articolo 30 è stato letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost. portando alla definizione di uno «uno statuto dei diritti costituzionali del minore»⁶⁷. Dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale riguardante la mancata previsione della possibilità di esperire l'azione di disconoscimento da parte del marito la cui moglie si sia sottoposta ad un trattamento di PMA, è la stessa Corte Costituzionale ad affermare che «preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare»⁶⁸.

⁶³ Per un aspetto psicologico si veda D. HOZIER, *Le dimensioni della genitorialità*, in *Interazioni. Clinica e ricerca psicoanalitica su individuo-coppia-famiglia*, 1, 2005, 7 e ss. O nella stessa Rivista A. M. NICOLÒ, *Nuove forme di genitorialità. Riflessioni a partire da un caso di procreazione assistita*, in *Interazioni*, 1, 2005, 43 e ss.

⁶⁴ A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, II, 2015, 415 ss.

⁶⁵ A. RENDA, *op. cit.*, 431.

⁶⁶ La Corte stessa delinea «il carattere “funzionale” del diritto dei genitori del sangue, che sta e vien meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione; il carattere di “effettività” che deve rivestire l'assolvimento dei compiti stessi, non delegabili ad altri e dunque da svolgersi con impegno personale e diretto; infine il carattere di “adeguatezza” che deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva – quando trovi applicazione l'art. 30, secondo comma, della Costituzione – il che comporta la ricerca della soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”», Cort. Cost. n. 11/1981, in *Giurisprudenza costituzionale*, 81, I, 1981, 44 e ss.

⁶⁷ E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, I, 2006, 622 e ss.

⁶⁸ Corte costituzionale, n. 347/1998 in *Giurisprudenza costituzionale*, 43 (I), 1998, 2632 e ss. Con osservazione di E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte Costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*.

Tale lettura costituzionalmente orientata, nel punto in cui i genitori sono definiti in termini di chi «si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità», richiede pertanto una genitorialità *responsabile*. Questa passa in prima battuta attraverso una responsabilità procreativa⁶⁹, ossia l'assunzione della genitorialità in seguito ad una autonoma e consapevole ricerca di progetto procreativo. In questo solco rientra il caso della donna che decida di non essere nominata al momento del parto⁷⁰. O ancora la presunzione di paternità in capo al marito della donna che si sottoponga a fecondazione assistita eterologa, laddove la paternità è attribuita sulla base del consenso⁷¹. Nella stessa legge 194 del 1978, riguardante l'interruzione volontaria di gravidanza, il legislatore all'art. 1 parla di «diritto alla procreazione cosciente e responsabile»⁷². Diventare genitori è sempre più frutto di una scelta consapevole, frutto di un progetto procreativo che può anche prescindere dal rapporto genetico⁷³. La stessa Corte Costituzionale lo ha sostenuto nella sentenza 162/2014⁷⁴ in cui afferma che «[l]a considerazione che quest'ultimo [il dato genetico] mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...] rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». Lo stesso Legislatore ha preso atto di questa nuova consapevolezza nella riforma dello status di figlio, laddove ha previsto la sostituzione della locuzione "potestà genitoriale" con "responsabilità genitoriale"⁷⁵. Ha inoltre previsto che la stessa azione di disconoscimento della paternità esercitata dal presunto padre sia soggetta a decadenza di un anno dalla nascita del figlio o dalla conoscenza dell'adulterio della madre o della propria impotenza, non potendosi proporre in ogni caso dopo i cinque anni dalla nascita del bambino. In questo modo il legislatore ha legittimato la possibilità di una paternità anche in assenza di un legame genetico con il figlio. Se si può prescindere talvolta dal dato genetico, il percorso per una definizione della genitorialità può prescindere anche dal dato biologico naturale che ne è presupposto. Non solo, infatti nel caso dell'adozione, ma sempre di più emerge la necessità di regolare giuridicamente i rapporti di filiazione

⁶⁹ M. R. SPALLAROSSA, *La procreazione responsabile*, in S. CANESTRARI ed altri (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

⁷⁰ Art. 30 co. 1 d.P.R. n. 396/2000.

⁷¹ Come si è visto tratto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e poi recepito dal legislatore all'art. 9 co.1 legge 40/2004. Allo stesso modo l'art.9 co.2 nega la possibilità per la partoriente di non essere nominata in seguito all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

⁷² All'art. 2, co. 3, della medesima legge preveda la possibilità di prescrizione anche ai minorenni «dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile».

⁷³ Infatti l'art. 9 co. 3 della legge 40/2004 prevede che in caso di PMA con tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non assume alcuna relazione giuridica con il nato.

⁷⁴ Cort. Cost. 162/2014 in *Giurisprudenza costituzionale*, 59 (III), 2563 con nota di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*.

⁷⁵ Il termine "patria potestà" evoca un'idea autoritaria del rapporto genitoriale, richiamando un modello patriarcale, incentrato sulla disciplina e "adultocentrico". Al contrario la nozione di responsabilità genitoriale richiama un modello puerocentrico, in cui il minore è posto al centro di una relazione tesa alla sua promozione e valorizzazione. In questo senso P. RONFANI, *Alcune riflessioni sulla responsabilità genitoriale. Enunciati del diritto, rappresentazioni normative e pratiche sociali* in *Sociologia del diritto*, 1, 2010, 7 e ss.

che non seguano il “corso naturale”⁷⁶ e che si costituiscano successivamente alla nascita del figlio. Ecco allora che il ruolo della genitorialità sociale costituisce sempre di più un modello capace di tenere assieme le istanze coinvolte, garantendo un soddisfacente bilanciamento.

L’accesso alla genitorialità può essere garantito in maniera differente. Ripensare la genitorialità significa poter ripensare le modalità giuridiche per essere considerati genitori⁷⁷. Non si tratta di un mero compito di trascrizione della realtà da parte del diritto, significa piuttosto prendere atto della realtà che cambia. Tuttavia bisognerebbe operare una distinzione tra situazioni di conflittualità (due o più persone rivendicano una pretesa genitoriale nei confronti dello stesso bambino) e situazioni in cui la conflittualità non emerge. Laddove la genitorialità produce una situazione di conflitto è necessario dettare regole circa i criteri utili per dirimere questa controversia. Diversamente, però, nel caso in cui tale conflittualità non emerga, l’accesso alle pratiche dovrebbe essere regolamentato, individuando percorsi per diventare genitori. Questo non significa negare il valore del vincolo biologico e naturale, come non significa neppure sostituire questo vincolo. Significa solamente poter applicare regole diverse laddove il dato biologico non può soccorrere a pieno⁷⁸, dando così attuazione al principio di cui all’art. 3 co. 2 della Costituzione.

La gestazione per altri obbliga a tenere presente queste considerazioni in ordine alla genitorialità. Dopo aver affermato dunque la difficoltà del rivolgersi al solo dato genetico e la necessità di accogliere il modello di genitorialità responsabile, proposto anche dalla Corte Costituzionale, appare evidente la centralità, in relazione alla qualificazione giuridica del rapporto tra minore e genitore intenzionale, del concetto di volontà. Con ciò, non si vuole affermare che la “volontà” debba essere assunta a criterio unico per determinare il rapporto di filiazione, quanto piuttosto che anche a questo profilo debba essere riconosciuta dignità, valutandolo e tenendolo in dovuto conto.

8. Considerazioni conclusive

⁷⁶ Si veda per esempio M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità” il problema del terzo genitore*, Torino, 2010 in cui si disamina l’aspetto della genitorialità sociale, ossia della genitorialità assunta nei confronti del figlio del partner. Un esempio di regolamentazione di tale fenomeno può essere fornito dal DDL S. 1320 “*Modifiche al codice civile in materia di delega dell’esercizio della responsabilità genitoriale*” proposto dal senatore Luigi Manconi. Il disegno di legge si prefigge attraverso la delega di responsabilità genitoriale, la possibilità di estendere alcuni diritti e doveri nei confronti del figlio biologico del partner. La delega, che richiede il consenso di entrambi i genitori, è autorizzata dal tribunale nell’interesse superiore del minore. In caso di rottura del rapporto, la delega non è revocata con il semplice consenso del delegato ma è autorizzato dal tribunale laddove ravvisi situazioni pregiudizievoli per il minore.

⁷⁷ Cfr. R. D’HALTON-HARRISON, *Mater semper incertus est: who’s your mummy?*, in *Medical Law Review*, 22 (3), 2014, 357 e ss. In cui l’autrice auspica un differente approccio nella nozione legale di madre, staccato dal dato biologico. Si veda inoltre E. CARACCILO DI TORELLA e P. FOUBERT, *Surrogacy, Pregnancy and Maternity Rights: A Missed Opportunity for a More Coherent Regime of Parental Rights in the EU*, in *European Law Review*, 40(1), 2015, 52 e ss.

⁷⁸ Ritorna in molte sentenze riguardanti la GPA il fatto che la partoriente non abbia alcuna intenzione di assumersi la responsabilità del bambino che ha portato in grembo. Lo stesso dicasi del donatore all’interno della pratica della PMA.

In conclusione, la breve rassegna giurisprudenziale proposta ha permesso di mettere in luce come l'interesse del minore venga valutato in relazione alla gestazione per altri. Pur di fronte a molte difficoltà e contraddizioni, si sta tracciando una strada maestra nella quale, a prescindere dalle modalità di nascita, l'interesse superiore è valutato alla luce del caso concreto. Secondo tale impostazione, dunque, i *best interests* andrebbero valutati inserendoli non in un ragionamento preconfezionato o deciso a priori, ma piuttosto tenendo conto delle peculiarità e delle specificità del caso concreto in cui questo si inserisce. All'interno di questa modalità emerge dunque, a tratti lo si potrebbe ritenere quasi imprescindibile, il concetto di *genitorialità sociale*, ossia di una genitorialità che a prescindere dal dato genetico (e biologico) si fonda sulla relazione affettiva e sulla cura del bambino.

Questo concetto permette di segnare una svolta. Storicamente, infatti, in relazione alle leggi che disciplinano l'ambito procreativo, si parte da una prospettiva secondo cui la coppia non è in grado di compiere scelte autonome. Se si compara il dibattito sul fine vita a quello dell'inizio vita, emerge un dato interessante: il dialogo sulle questioni del fine vita è maggiormente riflessivo, mentre quello sull'inizio vita è maggiormente giudicante. Questo è dovuto al fatto che, secondo alcuni, le questioni riguardanti la morte sono percepite come maggiormente personali, e quindi sono più facilmente lasciate alla libera decisione del soggetto direttamente coinvolto.

Accompagnare le coppie nel loro progetto procreativo, non significa assolutamente considerare lecito ogni comportamento, ma, al contrario, trovare un quadro giuridico di riferimento permetterebbe di trovare i confini all'interno dei quali ci si può muovere. Delimitare per garantire libertà e diritti. Delimitare per tutelare tutti i soggetti, nelle varie e reciproche posizioni. Non bisogna scadere, però, nella convinzione secondo cui il diritto risolverebbe ogni problema e dissiperebbe ogni dubbio. Le "zone grigie" rimangono tante e molte di queste permarranno, non esistendo risposte precompilate o standardizzate. Il diritto può però tracciare una strada, un percorso che accompagni i soggetti coinvolti verso una relazione matura, che intrecci i diritti e le aspirazioni della coppia, la protezione della gestante e diritti del nascituro. Permettere non equivale imporre, ma significa lasciare spazio all'autonomia consapevole.