

LA MATERNITÀ SURROGATA TRA COPPIE SAME-SEX E COPPIE ETERO. UN ESAME DELLA GIURISPRUDENZA (ULTIMA) INTERNA E DELLA CORTE EDU*

di Luigi Ferraro**

Sommario: 1. La più recente giurisprudenza interna tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore, con particolare riguardo alle coppie dello stesso sesso. – 2. La Corte EDU e le novità della *Grande Chambre* sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia (24 gennaio 2017). – 3. Alcuni degli aspetti problematici: il divieto di maternità surrogata e il principio dell'ordine pubblico. – 4. ... (segue) Il tema della *stepchild adoption* e l'interesse superiore del minore nelle coppie *same-sex*. – 5. La *stepchild adoption* e la GPA: un legislatore che decide...di non decidere.

234

1. La più recente giurisprudenza interna tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore, con particolare riguardo alle coppie dello stesso sesso.

La decisione ultima della Corte di Appello di Trento del 23 febbraio 2017, con cui per la prima volta viene riconosciuta direttamente la genitorialità di padre ad uno dei membri di una coppia *same-sex* in concorso con il padre biologico, rappresenta un nuovo tentativo della giurisprudenza teso ad individuare rinnovati punti di equilibrio tra il divieto di maternità surrogata e l'interesse del minore. Esiste un recente indirizzo giurisprudenziale – di merito, di legittimità e della Corte EDU, di cui si proverà a dare conto, seppure brevemente, in questo contributo – che affronta i tentativi, tanto delle coppie *same-sex* quanto di quelle etero, di eludere il divieto di maternità surrogata recandosi negli Stati in cui questa pratica di procreazione assistita è permessa dall'ordinamento. Ciò è conseguenza della nota sanzione penale prevista in Italia dalla legge 40, del 19 febbraio 2004, art. 12, 6° co., per cui «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza [...] 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».

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore di Diritto pubblico comparato – Università della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Come si accennava, l'ordinanza della Corte di Appello di Trento acconsente la trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero in cui si riconosce il legame genitoriale tra due minori gemelli e il padre non genetico, partner del loro padre biologico⁵⁰⁷. Per la prima volta è ammessa subito, senza ricorrere all'istituto dell'adozione, la genitorialità al padre sociale, affettivamente legato al padre biologico, dopo essere stata esperita all'estero una maternità surrogata o gestazione per altri (da ora in poi anche GPA) nel rispetto dell'ordinamento del luogo.

Tra gli aspetti problematici affrontati nella decisione quello relativo all'ordine pubblico è risolto accogliendo l'indirizzo ultimo della Corte di cassazione (sent. n. 19599/2016), secondo cui la nozione di ordine pubblico si sostanzia nei principi supremi della nostra Costituzione, sicché il giudice non potrà considerare violato quel principio nell'ipotesi di mero contrasto tra la norma straniera e la legislazione nazionale vigente, dal momento che quest'ultima rappresenta la sola discrezionalità del legislatore ordinario in una specifica contingenza storica. Ne consegue che il divieto di GPA posto dalla legge 40/2004 – peraltro non contestato dalla Consulta nella pronuncia sulla fecondazione eterologa⁵⁰⁸ – non è sufficiente per negare gli effetti al suddetto provvedimento giudiziale straniero, poiché tale disciplina interna è da considerarsi «non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo» sulla materia (Corte App. Trento)⁵⁰⁹.

Richiamandosi a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 162/2014)⁵¹⁰, la stessa Autorità Giudiziaria trentina sancisce la legittimità del progetto familiare sottoposto alla sua attenzione, in quanto si deve «escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il

⁵⁰⁷ La suddetta ordinanza è rinvenibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>, con un primo commento a cura di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017.

⁵⁰⁸ Il richiamo è alla nota sent. n. 162/2014, in particolare al punto 9 del *Considerato in diritto*, che sarà ripreso più avanti nel corso del contributo.

⁵⁰⁹ Corte App. Trento, ordinanza, 16.

⁵¹⁰ Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*, laddove si afferma «che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [...]. Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo 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». Sul punto v. A. SCHILLACI, *ult. op. cit.*

nato»⁵¹¹. Pertanto, diviene essenziale per tale modello di famiglia il principio di responsabilità procreativa a carico della coppia.

L'altro profilo problematico che rileva è quello dell'interesse del minore che la Corte di Appello rinviene nel diritto dei due bambini a conservare lo *status* di figli acquisito nel Paese che ha emesso il provvedimento giudiziario, determinandosi in caso contrario un evidente pregiudizio dei bambini per tutti i diritti connessi allo *status filiationis* (il Collegio accoglie ancora l'indirizzo della Corte di cassazione, sent. n. 19599/2016). Il giudice adito riconosce che il principio del supremo interesse del minore non possiede una valenza assoluta, potendosi bilanciare con altri interessi di rango costituzionale, ma non di meno evidenza come essi non emergano nella legge 40/2004, poiché tale disposto legislativo – si ribadisce – non è «espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati»⁵¹². Il giudice trentino di secondo grado nelle motivazioni dell'ordinanza si è richiamato in più occasioni alla sent. n. 19599/2016 della Corte di cassazione. In questa decisione il giudice della legittimità ha affrontato il caso di una coppia lesbica, sposata in Spagna e poi divorziata, in cui una delle donne, quella italiana, ha donato l'ovulo fecondato da donatore esterno attraverso procreazione medicalmente assistita (anche PMA), mentre l'altra, la partner spagnola, ha ricevuto l'ovulo ed ha portato avanti felicemente la gestazione, per cui l'oggetto della controversia ha riguardato la trascrizione dell'atto spagnolo di nascita. Questa fattispecie per la Cassazione non è pienamente configurabile come GPA, quanto piuttosto assimilabile da un lato alla fecondazione eterologa per l'intervento di un donatore esterno, dall'altro ad una fecondazione omologa per l'apporto genetico fornito da uno all'altro dei componenti della stessa coppia.

Anche in questo caso, tuttavia, uno dei profili più rilevanti della sentenza ha riguardato la nozione di ordine pubblico. Secondo la Cassazione per «ordine pubblico internazionale» deve intendersi il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. [...] Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione [...], ma anche [...] dai Trattati fondativi e dalla Carta dei

⁵¹¹ Corte App. Trento, ordinanza, 17.

⁵¹² Corte App. Trento, ordinanza, 16.

diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». La trascrizione dell'atto di nascita non è in questo caso contraria all'ordine pubblico, «trattandosi di materia [quella della PMA] in cui è ampio il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario», per cui «se è ampia la discrezionalità del legislatore [...], ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire» la trascrizione in oggetto⁵¹³. In breve, per ciò che interessa, il divieto di maternità surrogata non è costituzionalmente obbligato, come poi ha ripetuto anche la Corte di Trento, bensì è il frutto di una scelta del legislatore rappresentativa di un equilibrio politico in un determinato momento storico⁵¹⁴.

Quest'indirizzo giurisprudenziale, però, sembra difforme da quanto aveva sostenuto la stessa Cassazione appena due anni prima. Difatti, nella sent. n. 24001/2014 la Suprema Corte, pur riconoscendo che l'ordine pubblico si identifica con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ha ritenuto che «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» quali «la dignità umana della gestante» e «l'istituto dell'adozione»⁵¹⁵.

Alla luce di ciò appare allora piuttosto evidente come la Corte di cassazione nel suo più recente indirizzo del 2016 parta dal medesimo presupposto della precedente decisione del 2014, cioè l'identificazione dell'ordine pubblico con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ma pervenendo poi ad una ben diversa conclusione per cui il

⁵¹³ Le diverse citazioni sono della Corte cass., sent. n. 19599/2016, in <http://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=32673&dpath=document&dfile=24102016101456.pdf>, 22 s. e 40. Sulla nozione di ordine pubblico internazionale, in senso confermativo a quanto sostenuto dalla Cassazione, v. anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/06/mi-appello-2017-adozione-Ordinanza.pdf>

⁵¹⁴ Per ciò che riguarda la specifica fattispecie all'attenzione della Corte di cassazione nella sent. n. 19599/2016 i divieti che rilevano sono quelli dell'art. 5, legge 40/2004, a mente del quale «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», e dell'art. 12, 2° co., per cui «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie [...] che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro».

⁵¹⁵ Corte di cass., sent. n. 24001/2014, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>, 14. La Suprema Corte avanza anche una definizione di surrogazione di maternità, «ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna» (sent. n. 24001/2014, 13 s.). Per un commento alla sent. n. 24001/2014, in cui si condivide la qualificazione del divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico internazionale, v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, 479.

divieto di maternità surrogata non può considerarsi di ordine pubblico in quanto la legge che lo sancisce non è espressione di principi fondamentali⁵¹⁶. La ragione di questo mutamento di indirizzo è da rinvenire nel supremo interesse del minore che nella sent. n. 19599/2016 è considerato «sul piano assiologico» di «rilievo costituzionale primario», quindi prevalente rispetto alle regole poste dalla legge 40/2004. Ne consegue che questo interesse – relativamente al divieto di surrogazione – si configura quale diritto a conservare lo *status* di figlio avuto a seguito di GPA, mentre nella sent. n. 24001/2014 il *best interest of the child* si ritiene realizzato «proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione [...] la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»⁵¹⁷. In questo secondo caso, cioè, il divieto di maternità surrogata sembra esso stesso funzionale alla tutela dell'interesse del minore.

L'indirizzo espresso dalla Cassazione nella sent. n. 19599/2016 sembra essere accolto da una parte della giurisprudenza di merito, come dimostra la Corte di Appello di Milano che ha dovuto giudicare sulla trascrizione degli atti di nascita di gemelli nati in California in seguito a maternità surrogata in favore di una coppia omosessuale. In questa decisione la Corte meneghina non solo richiama la nozione di ordine pubblico come prospettata in quella sentenza della Cassazione, ma ribadisce esplicitamente «che la difformità della legge straniera (che consente la gestazione per altri) da quella italiana, non è causa di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico»⁵¹⁸.

Relativamente poi alla possibilità per le coppie *same-sex* «di accogliere e anche generare figli», la Corte di cassazione è esplicita sempre nella sent. n. 19599/2016: non vi sarebbe al riguardo alcun divieto di carattere costituzionale dal momento che il rapporto di filiazione dovrebbe considerarsi quale fattore di sviluppo della personalità dei membri di

⁵¹⁶ Per B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 58, «la nozione di ordine pubblico (internazionale) esprime la “sintesi” di molteplici valori e principi considerati come “irrinunciabili” dall'ordinamento (principi e valori tanto di fonte interna quanto esterna, tanto di rango ordinario quanto costituzionale), destinati ad integrarsi in un “sistema” armonico nel quadro di un ragionevole contemperamento di beni e valori giuridici concorrenti e, talora, contrapposti».

⁵¹⁷ Anche C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genius*, n. 1, 2016, 7, ritiene che la Corte di cassazione con la sent. n. 19599/2016 «sembrerebbe invertire il precedente indirizzo».

⁵¹⁸ La decisione della Corte di Appello di Milano, (proc. n. 345/2016+346/2016 V.G.), del 28 ottobre 2016, è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/01/Corte-app-Milano-trascrizione-nascita-gemelli.pdf>. Relativamente alla fattispecie in questione si trattava di due uomini che hanno fecondato con il proprio seme due distinti ovuli, così da generare un legame genetico con i due gemelli.

una coppia omosessuale, intesa quale formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, oltre che espressione della libertà di autodeterminazione delle persone.

In proposito è interessante richiamare anche una recente sentenza passata in giudicato del Tribunale di Roma che affronta oltre al tema della GPA per una coppia di uomini, anche quello della *stepchild adoption*. Si trattava di una coppia *same-sex* che in Canada ha proceduto ad una maternità surrogata senza finalità commerciali, come consentito dall'ordinamento di quel Paese. Anche l'Autorità Giudiziaria capitolina si è confrontata con il concetto di ordine pubblico internazionale e ha sostenuto – attingendo dalla Corte EDU⁵¹⁹ – che quel principio «trova un limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla sussistenza di una relazione genitoriale genetica o di altro genere»⁵²⁰; pertanto, la tutela di tale interesse si antepone rispetto a qualunque valutazione sulla liceità di ricorrere all'estero a tecniche di PMA.

Ebbene, proprio il *best interest of the child* giustifica la richiesta del ricorrente, ai sensi della legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d*, di adottare il minore in quanto convivente con il padre del bambino nell'ambito di un progetto procreativo consentito anche alle coppie *same-sex*. Questa ipotesi è un tipo di adozione differente da quella legittimante – per la quale invece sarebbe necessario un rapporto matrimoniale all'interno della coppia – e viene definita quale adozione in casi particolari, cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, lett. *d*). Il Tribunale ha inteso quest'ultima condizione non come una mera impossibilità di procedere all'affidamento in relazione ai fatti concreti posti alla sua attenzione, dove comunque deve sussistere lo stato di abbandono del bambino (c.d. impossibilità di fatto), ma come una c.d. impossibilità giuridica, nel senso che non è presente lo stato di abbandono del minore quale presupposto giuridico per l'adozione legittimante (in cui vi rientrerebbe l'affido preadottivo), poiché il piccolo è comunque accudito dalla coppia in questione.

Il *best interest of the child* supporta anche questa interpretazione del Tribunale di Roma – seppure non sempre seguita in giurisprudenza – le cui ragioni specifiche di interesse si concentrano sulla possibilità di adozione all'interno della coppia omosessuale, quando al

⁵¹⁹ Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia (27 gennaio 2015), di cui si tratterà a breve.

⁵²⁰ Trib. Roma, 23 dicembre 2015, in <http://www.articolo29.it>, 14.

contrario il Parlamento aveva deciso di stralciare dal c.d. d.d.l. Cirinnà (ora legge 76/2016) tale soluzione tesa a favorire un progetto di tipo familiare per le coppie *same-sex*⁵²¹.

2. La Corte EDU e le novità della Grande Chambre sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia (24 gennaio 2017).

Sul tema del divieto di maternità surrogata previsto nel nostro Paese si è espressa anche la Corte EDU, come dimostra il caso Paradiso e Campanelli c. Italia richiamato dalla sentenza del Tribunale di Roma. Si tratta di una giurisprudenza contrastata dal momento che di recente la *Grande Chambre* (24 gennaio 2017) ha autorevolmente modificato l'orientamento espresso dalla stessa Corte EDU in prima istanza (27 gennaio 2015)⁵²² cui rinvia il giudice capitolino.

La fattispecie riguarda questa volta una coppia eterosessuale che ha fatto ricorso in Russia alla tecnica della GPA. In seguito ad esplicito assenso della donna che portò a termine la gestazione del bambino, nell'atto di nascita furono inseriti direttamente i nominativi dei due genitori committenti, pur non essendovi alcun legame genetico tra questi ultimi e il neonato come invece richiesto dalla legge russa almeno con riferimento ad uno dei genitori⁵²³. Al loro rientro in Italia, perciò, fu rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita perché ritenuto falso, per cui la coppia italiana fu indagata per questa ipotesi di reato, oltre che per alterazione dello stato civile. Dopo un tormentato *iter* giudiziario fu accertata per l'appunto la insussistenza di legami genetici tra il bambino e i ricorrenti, insieme al pagamento di una consistente somma di denaro da parte della coppia, sicché il giudice

⁵²¹ Legge 76/2016, rubricata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze». In senso diverso rispetto all'indirizzo del Tribunale di Roma, si veda quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Tribunale-per-i-minorenni-di-Milano-Sentenza-261_2016.pdf. Tale ultima pronuncia è stata recentemente riformata dalla Corte d'appello di Milano con la sentenza del 9 febbraio 2017, commentata da M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, 8 maggio 2017, entrambi i documenti in <http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>. Per un'interpretazione del richiamato art. 44 cfr. G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, 4 settembre 2014, 2 ss., e per un commento alla legge 76/2016 cfr. G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, 17 maggio 2016, entrambi i contributi in <http://www.questionegiustizia.it>

⁵²² Corte EDU, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

⁵²³ Sul punto cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici*, cit., 55.

decise per l'allontanamento del minore in quanto la sua tenera età e soprattutto il breve periodo di convivenza con i genitori committenti suggerivano la possibilità di adottare questo tipo di soluzione⁵²⁴.

Come si è accennato il caso in questione è stato risolto diversamente in seconda istanza dalla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo rispetto alla decisione precedente della stessa autorità, avutasi nel gennaio 2015. Uno dei profili di maggiore rilievo riguarda la configurabilità, in un'ipotesi di questo tipo, della vita familiare *ex art. 8 CEDU* (Diritto al rispetto della vita privata e familiare). Mentre la sentenza di primo grado ha ritenuto sussistente una vita familiare *de facto* in ragione della presenza dei ricorrenti nelle prime tappe di vita del bambino, che li ha visti impegnati come veri e propri genitori, al contrario la *Grande Chambre* ha valutato insussistente tale requisito, seppure *de facto*, innanzitutto per la breve durata della convivenza tra gli interessati e il minore (8 mesi), cui si aggiungono l'assenza del legame genetico e la precarietà giuridica della situazione a seguito della condotta illecita tenuta dagli stessi committenti (parr. 151-158)⁵²⁵.

Per la sentenza di seconda istanza il rapporto che si è instaurato tra i ricorrenti e il minore è, invece, qualificabile come semplice «vita privata», in quanto è comunque emerso alla base un progetto genitoriale che la coppia da tempo stava portando avanti con convinta determinazione⁵²⁶. La diversa qualificazione di tale relazione ha prodotto conseguenze

⁵²⁴ Il profilo penalistico del problema è evidenziato da C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, cit., 8 s. Per tutte le diverse ipotesi di maternità surrogata, tenendo conto anche della «variante delle coppie omosessuali», cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 2 ss.

⁵²⁵ Al riguardo, secondo C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2 marzo 2017, 4, «non dovrebbe [...] essere la durata del rapporto l'elemento determinante la nozione di vita familiare, e dunque la sua tutela. La tradizione civilistica – e di certo non solo quella italiana – insegna che ciò che rende una situazione di fatto meritevole di tutela è l'*affidamento legittimamente nutrito* nella sua stabilità. È dunque la legittima aspettativa nutrita dalle parti nella stabilità e definitività della situazione quale si è venuta a creare e si è consolidata nel tempo. L'estensione temporale gioca certamente un ruolo, ma non è il semplice scorrere dei mesi che fa la differenza, quanto il fatto che il prolungarsi della situazione contribuisce a rafforzare l'elemento soggettivo delle parti che confidano nella sua stabilità. Per questo la vita familiare, per essere riconosciuta sul piano del diritto come tale, deve essere pubblica, nota ai terzi e vissuta in modo palese».

⁵²⁶ La Corte EDU ricorda, in proposito, come la coppia avesse inizialmente optato per una fecondazione in vitro, passando poi per l'adozione e arrivando infine alla maternità surrogata (par. 163). Relativamente all'art. 8 CEDU, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 7, evidenzia come nella formulazione della CEDU la vita privata sia «più schiettamente *individualistica* [e] riguarda, quanto al minore, il diritto alla sua identità (genetica, biologica e giuridica), e quanto all'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) il principio di autodeterminazione». La vita familiare invece «salvaguarda

rilevanti circa il giudizio sulle misure che sono state adottate dall'autorità giudiziaria italiana nei riguardi del bambino, tra cui l'allontanamento di quest'ultimo dai coniugi Campanelli, e sono proprio queste misure a rappresentare il vero oggetto di valutazione della Corte EDU⁵²⁷.

Difatti, a differenza di quanto statuito in primo grado per cui il *best interest of the child* non può giustificare misure, seppure legittime, come quelle adottate in Italia, poiché risultano sproporzionate rispetto agli interessi coinvolti, invece nella sentenza della Grande Camera tale livello di sproporzione non è più evidenziato in relazione a misure che – si sottolinea nella pronuncia – riaffermano la competenza dello Stato nel riconoscere il legame di filiazione, avendo il potere centrale come fine ultimo quello di preservare i minori (parr. 175-178).

La decisione della Grande Camera, in particolare, sottolinea come il divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge 40/2004 intenda perseguire *l'interesse pubblico* a tutelare le donne e i bambini «potenzialmente interessati da pratiche [...] altamente problematiche da un punto di vista etico» (par. 203)⁵²⁸. Se a tale interesse pubblico si aggiungono la condotta *contra legem* dei ricorrenti che – oltre a violare la legge russa – hanno tentato di eludere il divieto italiano di GPA e la breve durata del rapporto vissuto dalla coppia con il bambino, la cui precarietà è stata ancora di più accentuata dall'assenza di ogni legame biologico, ne deriva che le autorità italiane hanno mantenuto nelle misure adottate un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, anche in considerazione dell'ampio margine di apprezzamento di cui godevano. Dunque, secondo la *Grande Chambre* non c'è stata violazione dell'art. 8 CEDU (parr. 200-216).

Appare evidente dal caso in questione il mutamento di indirizzo della Corte EDU. Nella decisione di primo grado, infatti, il giudice di Strasburgo aveva considerato prevalente l'interesse del minore soprattutto sotto il profilo dell'identità personale, di cui il bimbo era rimasto privo per oltre due anni con inevitabili conseguenze sulla cittadinanza e sul diritto

la dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) *sociale*, sotto il profilo del riconoscimento all'esterno di detta relazione».

⁵²⁷ Cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1.

⁵²⁸ Per B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 3 s., la Corte EDU ritiene che lo Stato italiano nel fissare il divieto di GPA «persegue l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori soprattutto allorché in gioco vi siano contratti commerciali».

al nome⁵²⁹. Al contrario, nella pronuncia della Grande Camera si registra «l'assenza di [...] riferimento al superiore interesse del minore», per cui nel bilanciamento non si contrappone più all'interesse pubblico l'aspetto familiare, bensì «il più 'leggero' interesse dei ricorrenti a vedere rispettata la loro vita privata, ovvero il diritto a manifestare e sviluppare la propria personalità, quale si esprime (anche) nel desiderio di allevare un minore come proprio figlio»⁵³⁰. In questo contesto, allora, risulta prevalente l'interesse generale, prima richiamato, teso a tutelare le donne e i bambini, escludendosi pertanto ogni violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Anche in altre precedenti decisioni (*Labassee e Mennesson c. Francia*)⁵³¹ riguardanti la maternità surrogata, la Corte EDU ha affrontato il tema dell'interesse superiore del minore sotto il profilo dell'identità personale. Si tratta di casi in cui per la negata trascrizione dell'atto di nascita da parte delle autorità francesi, a seguito del divieto di GPA anche in questo Paese, si è determinata un'incertezza in termini di cittadinanza del minore con un'ovvia conseguenza sull'identità della persona. In questi casi il giudice di Strasburgo, attraverso il principio del *best interest of the child*, ha sottolineato «la necessità di rispettare il diritto all'identità personale dei minori nati da maternità surrogata», soprattutto in queste fattispecie in cui, a differenza del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sussisteva il legame biologico tra i minori interessati e il padre⁵³². È evidente che la parentela biologica incide sull'identità della persona, così che rientra nel superiore interesse del minore il

⁵²⁹ In tal senso cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2015, 208, la quale precisa che il periodo in cui il minore è rimasto privo di identità va «dalla nascita, alla sentenza della Corte d'appello di Campobasso dell'aprile 2013». In termini critici su tale decisione di prima istanza della Corte EDU v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 484 s.

⁵³⁰ Ancora C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1 e 5, mentre S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2017, 3, sempre in riferimento alla pronuncia della Grande Camera, preferisce parlare di «depotenziamento del principio del *best interest of the child*».

⁵³¹ Corte EDU, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, e ricorso n. 65942/11, *Mennesson c. Francia*.

⁵³² Cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 204 s., la quale continua evidenziando che «dal diritto all'identità personale discendono anche complesse conseguenze successive, dal momento che in presenza del divieto di surroga di maternità nell'ordinamento francese la situazione dei figli nati da tali pratiche viene regolata secondo le indicazioni del *Conseil d'État* in data 9 aprile 2009 [...] meno favorevolmente di quanto previsto per altri figli».

«riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica»⁵³³.

Le sentenze ora citate, pur nella peculiarità della loro fattispecie, e soprattutto quella di primo grado del caso Paradiso e Campanelli c. Italia mettono in risalto il cambio di prospettiva stabilito dalla recente pronuncia della Grande Camera, nel momento in cui essa non ha evidenziato il *best interest of the child* ritenendo prevalente l'interesse generale alla tutela delle donne e dei bambini come si ricava dal divieto di GPA. Ciò però rende problematica l'individuazione di un preciso indirizzo giurisprudenziale della Corte EDU su questo tipo di problematiche, soprattutto alla luce di quanto affermato recentemente dalla nostra Corte costituzionale nella nota sent. n. 49/2015 secondo cui «è [...] solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»⁵³⁴. Sicuramente è significativo che la *Grande Chambre* non abbia avallato l'indirizzo della decisione di prima istanza, ma è altrettanto certo che in questo modo i nodi problematici si sono ulteriormente intricati sul tema della maternità surrogata, così da rendere più difficoltosa anche un'interpretazione convenzionalmente orientata.

3. Alcuni degli aspetti problematici: il divieto di maternità surrogata e il principio dell'ordine pubblico.

Le diversità di orientamenti giurisprudenziali, invero, non hanno riguardato solo la Corte EDU, ma come si è visto anche la nostra Corte di cassazione e uno degli aspetti più controversi riguarda la qualificazione del divieto di GPA quale principio di ordine pubblico. Qualora si volesse seguire l'orientamento espresso dal nostro giudice della legittimità nella sent. n. 24001/2014, il divieto di maternità surrogata sarebbe da considerare come principio di ordine pubblico, espresso da una norma penale a tutela di un principio costituzionale quale la dignità umana della gestante. In questa prospettiva il

⁵³³ Così B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 53 ss.

⁵³⁴ Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

divieto di GPA sarebbe perciò direttamente funzionale a tutelare un principio fondamentale, con un ulteriore riscontro, seppure di rango legislativo, nell'art. 269, 3° co., cod. civ., a mente del quale «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* (corsivo nostro)»⁵³⁵.

Al contrario, nel caso in cui si volesse preferire l'altra pronuncia della Cassazione (sent. n. 19599/2016) il divieto di maternità surrogata non sarebbe da configurare quale principio di ordine pubblico, in quanto la legge 40/2004 che lo prevede non avrebbe un contenuto costituzionalmente vincolato, per cui non sarebbe espressione di principi fondamentali bensì di scelte politiche contingenti del legislatore.

A fronte di questi diversi indirizzi giurisprudenziali della Corte di cassazione, il nuovo orientamento della Corte EDU consente di avanzare qualche riflessione. Nel momento in cui il giudice di Strasburgo evidenzia come l'obiettivo del divieto di surrogazione di maternità sia in realtà quello di perseguire l'interesse generale delle donne e dei bambini, sembrerebbe esprimere un indirizzo più vicino a quello della sent. n. 24001/2014, che per l'appunto ritiene la legge 40/2004 – che sancisce tale divieto – espressione di un principio costituzionale quale la dignità della gestante. Nella valutazione effettuata dalla Grande Camera sembra, cioè, che, pur partendo dalla fattispecie concreta, si voglia recuperare il valore dell'interesse *generale e astratto* a favore delle donne e dei bambini, che per le prime si sostanzia nella tutela del loro diritto alla salute, nel divieto di sfruttamento del loro corpo e nella protezione della propria libertà personale da accordi di GPA invasivi della loro libertà⁵³⁶, mentre per i secondi si concretizza nel voler evitare al neonato «l'esperienza

⁵³⁵ Sul punto cfr. C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2015, 243.

⁵³⁶ In tal senso B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 124 ss., considera «che la *surrogacy* espone la gestante ad una serie di rischi non irrilevanti per la sua salute», con un'ulteriore valutazione per cui «anche nei Paesi più sviluppati, dove le condizioni della donna sono migliori e dove sono meno probabili casi estremi di sfruttamento, si deve rilevare che vi è, in genere, una disparità socio-economica non irrilevante tra committenti e gestanti». Allo stesso tempo l'A. paventa anche il rischio, in questo caso di PMA, «di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile», senza dimenticare infine «che gli accordi di maternità surrogata non si limitano a prevedere la «messa a disposizione» dell'utero della gestante, ma regolano in modo molto pervasivo la sua vita nel corso della gravidanza, giungendo a limitarne la libertà personale con modalità che appaiono poco compatibili con la dignità della donna». Per S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, 45, il divieto di GPA «esprime una doppia, congiunta valenza: esso afferma l'insostituibilità della figura materna e si oppone alla contrattualizzazione-mercificazione della maternità e della filiazione».

del distacco dalla partoriente (per lui prima madre) a cui è costretto, [...] il pericolo di mercificazione di cui può diventare oggetto nonché [...] la possibilità di trovarsi al centro di conflitti, anche violenti, tra madre sostituta e genitori committenti sulla spettanza della potestà genitoriale»⁵³⁷.

In breve, alla presenza di determinati requisiti che caratterizzano la fattispecie all'esame della Corte di Strasburgo, come l'assenza di legame genetico tra i ricorrenti e il neonato e la breve durata del loro rapporto di convivenza, l'interesse concreto del singolo minore non sembra più prevalente, tanto da non essere messo in risalto dalla *Grande Chambre*, e la fattispecie tende a non assumere più i caratteri della vita familiare, ma della vita privata *ex art. 8 CEDU*, sicché nel bilanciamento complessivo di tali interessi il percorso argomentativo della Corte EDU mette in luce quell'interesse generale e astratto delle donne e dei bambini ora illustrato⁵³⁸.

Sulla vincolatività di tale orientamento della Corte EDU – anche se espresso dalla Grande Camera – si devono ribadire, tuttavia, le perplessità prima emerse a seguito della sent. n. 49/2015 della nostra Corte costituzionale, soprattutto in considerazione del fatto che «è [...] la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra»⁵³⁹. Ebbene, *rebus sic stantibus* non sembra che si sia arrivati, almeno al momento, ad alcun indirizzo definitivo proprio per i contrasti presenti all'interno della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ciò naturalmente comporta un ulteriore carico di responsabilità per l'interprete, principalmente i giudici, che devono operare con la consapevolezza di affrontare una materia gravida di interessi contrapposti, com'è tipico che accada nelle tematiche bioetiche in cui l'approccio di base non può che essere caratterizzato dalla «“ricerca di un [ragionevole] bilanciamento”» all'interno di un modello costituzionale ispirato al pluralismo assiologico. In tale criterio metodologico si rinviene «la principale soluzione

⁵³⁷ Cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici*, cit., 69 s.

⁵³⁸ Per J. LONG, M. NALDINI, “Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genius*, n. 2, 2015, 167, il principio del superiore interesse del bambino può anche essere inteso «non con riferimento concreto a un singolo bambino, ma a tutti i bambini che potrebbero essere astrattamente lesi nel loro diritto a una famiglia migliore possibile qualora si aprisse un canale indiscriminato per il loro procacciamento a opera di aspiranti genitori».

⁵³⁹ Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche», mentre risulta «incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi “ritorno a forme di monolitismo etico”»⁵⁴⁰. In particolare il divieto di maternità surrogata va allora valutato con grande attenzione alla luce di una «bioetica costituzionale»⁵⁴¹, che deve adottare quale criterio guida il ragionevole bilanciamento di principi e interessi costituzionali eventualmente confliggenti.

In via preliminare, è utile richiamare la Corte costituzionale che nella sent. n. 162/2014 si è espressa sul divieto di maternità surrogata, ritenendolo di «perdurante validità ed efficacia». La valutazione è importante se si considera che nella decisione la Consulta, pur trattando di disposizioni legislative sul diverso tema della fecondazione eterologa, ha avvertito comunque la necessità di esprimere questo tipo di giudizio sul divieto di GPA, nonostante la «prescrizione [normativa di divieto] non [fosse stata] censurata e [...] in nessun modo ed in nessun punto [...] incisa dalla [...] pronuncia»⁵⁴².

L'esame complessivo del tema richiede, in ogni caso, di soffermarsi sulla differenza tra maternità surrogata a titolo oneroso e quella a titolo gratuito. Per ciò che concerne la prima, la valutazione non può prescindere dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, secondo cui «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»⁵⁴³. A tale disposto va poi aggiunto l'art. 3, 2° co., lett. c, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per il quale «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: [...] c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Esiste, dunque, un limite assoluto alla possibilità di disporre del proprio corpo per fini lucrativi in ossequio al (pur complesso) principio costituzionale di dignità della persona umana⁵⁴⁴: come è stato efficacemente evidenziato in dottrina «una

⁵⁴⁰ Ci si richiama all'approccio metodologico, condivisibile, espresso da A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 2.

⁵⁴¹ Cfr. L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI ss., secondo cui «nella contrapposizione tra più modi di intendere le più controverse questioni della vita umana, l'interprete dovrà [...] sforzarsi di rinvenire il giusto punto di equilibrio fra tutti i beni di rilievo costituzionale ritenuti meritevoli di analoga considerazione».

⁵⁴² Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 9 del *Considerato in diritto*. Per un commento a tale pronuncia della Consulta cfr., *ex multis*, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, e A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 1 ss.

⁵⁴³ Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 4 aprile 1997.

⁵⁴⁴ Cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2016, 180 s., la quale evidenzia come la Convenzione di Oviedo sia stato «il “primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina”». Tuttavia, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, 57 ss., non manca di sottolineare la problematicità del concetto di dignità umana nel

tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui»⁵⁴⁵.

Più problematica, invece, appare la valutazione nell'ipotesi in cui si abbia una gestazione per altri a titolo gratuito, quindi per fini soltanto solidaristici. In questo caso vi sarebbe lo spirito di piena solidarietà da parte della donna surrogata, il cui fine esclusivamente altruistico escluderebbe l'illiceità di tipo commerciale, unitamente alla «libertà fondamentale [...] di formare una famiglia con dei figli», come recentemente è stato precisato dal giudice delle leggi relativamente al caso della fecondazione eterologa⁵⁴⁶. Pertanto, questi due aspetti sembrerebbero evidenziare la conformità a Costituzione di tale pratica surrogatoria sotto più profili, quello della solidarietà *ex art. 2 Cost.*, quello della libertà di autodeterminazione della coppia nel voler procreare, ai sensi dell'*art. 13 Cost.*, e quello, infine, del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, dal momento che, secondo la Consulta, «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*» può «incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia» dal punto di vista psichico⁵⁴⁷.

Dall'altro lato, tuttavia, permangono talune obiezioni già considerate per la GPA a titolo oneroso, come ad esempio la constatazione che nella pratica della maternità surrogata la donna – anche nell'ipotesi di libera e gratuita autodeterminazione – rimarrebbe comunque «un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri»⁵⁴⁸. Soprattutto, però, nella

biodiritto, che rappresenta «spesso un elemento controproducente, potente catalizzatore di *Weltanschauungen* lontane e fra loro complessivamente incompatibili».

⁵⁴⁵ Così si esprime A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480. Sulla distinzione della maternità surrogata in funzione della natura del rapporto negoziale che si instaura tra i soggetti interessati v. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., 4.

⁵⁴⁶ Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 13 del *Considerato in diritto*. In tema di diritto alla procreazione cfr. F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2015, 345 ss. È significativo quanto sostenuto da L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in *federalismi.it*, n. 21, 2015, 16, il quale riporta un passo di una pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085) per cui il «diritto al concepimento [...] fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)».

⁵⁴⁷ Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 7 del *Considerato in diritto*. Per questi aspetti sulla GPA a titolo gratuito cfr. A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 142 ss. Considera conforme a Costituzione la GPA a titolo gratuito, soprattutto in caso di «profonde ragioni di oblatività endofamiliare», S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 216 s. Circa la difficoltà nel verificare il titolo gratuito e il puro spirito di solidarietà in questo tipo di maternità surrogata v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2016, 1222 s.

⁵⁴⁸ Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480.

GPA a titolo gratuito si evidenzia la necessità di tutelare l'interesse costituzionale del minore, nel senso di preservarlo nella sua salute psichica che potrebbe essere compromessa dall'interruzione dei «legami di tipo epigenetico» che sorgono tra la madre gestante e il nascituro, condizionandone lo sviluppo psicologico⁵⁴⁹. Inoltre, e sempre nell'ottica del *best interest of the child*, è utile rammentare quanto sostenuto dalla Cassazione relativamente all'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»⁵⁵⁰. Naturalmente, il giudice della legittimità quando richiama i profili di garanzia dell'istituto dell'adozione si riferisce al relativo procedimento giurisdizionale e alla «valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice», sulla genitorialità disgiunta dal legame biologico, «alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto»⁵⁵¹.

Come si vede in un contesto così problematico di principi e interessi costituzionali contrapposti è veramente difficile riuscire ad individuare una soluzione opportunamente bilanciata, anche in considerazione del fatto che i ragionevoli punti di equilibrio possono essere diversi, tutti rimessi *ab initio* alla valutazione del legislatore. Perciò, partendo dalla tutela del minore sarebbe forse opportuno tenere conto dell'evidenza scientifica circa il problema dei risvolti psicologici conseguenti alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato. Dinanzi a «chiare ed incontestabili prove di evidenza» scientifica che attestino sul punto una ripercussione negativa sulla nascente struttura psichica del bambino, dovrebbe propendersi per la legittimità del divieto di maternità surrogata, seppure a titolo

⁵⁴⁹ Sul punto cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, cit., 183 s., la quale richiama (nota 36) dottrina scientifica a supporto della tesi relativa al danno psicologico, mentre B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 43, avanza qualche dubbio laddove afferma che «non sappiamo con certezza come la maternità di sostituzione possa influire sullo sviluppo psicologico del bambino». Riguardo al rapporto unitario tra madre gestante e bambino, cfr. N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, 572, che evidenzia come «il legame madre-figlio si esprime nella sua insopprimibile corporeità, per esaurirsi con lo svezzamento». Infine, relativamente al profilo psichico, il suo rilievo nello sviluppo del bambino è stato da ultimo evidenziato da Corte di cassazione, sent. n. 7762/2017, secondo cui «il prioritario interesse del minore va in ogni caso temperato con il diritto del genitore che trova tutela nell'articolo 30 Cost. e che può essere sacrificato soltanto in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore».

⁵⁵⁰ Corte cass., sent. n. 24001/2014, 14.

⁵⁵¹ Ancora Corte cass., sent. n. 24001/2014, 16.

gratuito⁵⁵². In tal caso, infatti, il divieto sarebbe non irragionevolmente giustificato dalla necessità di tutelare il minore, ex artt. 30, 1° co., Cost., e 31, 2° co., Cost., quale soggetto debole dei rapporti giuridici: «il biodiritto» troverebbe «nella scienza, che non può però sostituirsi al ruolo ineliminabile della politica, una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi, anche legittimità, delle scelte legislative»⁵⁵³.

In attesa di verificare la sussistenza o meno di prove di evidenza scientifica, in una direzione o in un'altra⁵⁵⁴, rimane ovviamente il problema più urgente della differente disciplina a livello internazionale del divieto di maternità surrogata, come provano i diversi casi giurisprudenziali prima esaminati. La soluzione forse più opportuna potrebbe essere quella di attenersi al principio di precauzione, nel senso di garantire la salute soprattutto del bambino affidando alla magistratura, in relazione al caso concreto, la verifica del rischio di un possibile danno grave e irreversibile conseguente alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato⁵⁵⁵. Il giudice dovrà, cioè, valutare alla luce di tutte le circostanze della fattispecie la soluzione più favorevole per il piccolo, che non necessariamente deve coincidere con la permanenza del minore presso la coppia committente come dimostra la decisione della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo. Insomma, il giudice dovrebbe sindacare caso per caso le tre possibili soluzioni per il minore, quindi quella della genitorialità sociale della coppia committente, della genitorialità sociale in seguito ad adozione o della genitorialità biologica⁵⁵⁶.

⁵⁵² Sulle «ambiguità delle innovazioni tecnologiche» e sulle «prove di evidenza scientifica», cfr. L. CHIEFFI, *I paradossi della medicina contemporanea*, in Id. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 9 ss. e 27 ss.

⁵⁵³ Di recente, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 17 s. Sul tema del bilanciamento e della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità, cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, e F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Sulle disposizioni costituzionali a tutela dei minori, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, 37 s.

⁵⁵⁴ Al momento sembra difficile acquisire prove incontestabili di evidenza scientifica. Si tenga conto, infatti, che il danno psicologico cui ci si richiama può essere verificato soltanto nel periodo adolescenziale e di prima giovinezza di coloro che ora sono ancora neonati o, comunque, lontani da tali fasi di crescita.

⁵⁵⁵ Sul principio di precauzione v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il principio di precauzione – Profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004, in http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/principio_precauzione.pdf. Per A. ZEI, *Principio di precauzione (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2008, 671, «il principio di precauzione nasce per offrire una risposta al problema della gestione dei rischi (corsivo nostro) per la salute delle persone e per l'ambiente quando neppure la più seria istruttoria scientifica sia in grado di fornire delle certezze riguardo ai pericoli, agli oneri e agli effetti collaterali connessi ad una determinata attività».

⁵⁵⁶ Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 482 ss. L'importanza dell'intervento della magistratura, seppure con maggiore riguardo alle ipotesi di inerzia del legislatore, è bene evidenziata da L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016, 13.

È evidente che la soluzione prospettata di constatare attraverso la scienza l'esistenza di una unitarietà tra la madre gestante e il nascituro, con le possibili conseguenze sotto il profilo della formazione psicologica del bambino, rimarrebbe valida a prescindere dalla natura etero o *same-sex* della coppia committente la maternità surrogata, proprio in virtù di una scelta che sarebbe dettata da ragioni scientifiche, prive di alcuna pregiudizialità legata all'orientamento sessuale.

4. ...(segue) Il tema della stepchild adoption e l'interesse superiore del minore nelle coppie same-sex.

Il carattere omosessuale delle coppie diviene, invece, centrale riguardo alla loro possibilità di adottare un bambino, anche a seguito di maternità surrogata, come dimostrato dalla richiamata sentenza del Tribunale di Roma. Seppure nel presente contributo l'argomento dell'adozione da parte di una coppia *same-sex* è limitato alle ipotesi di GPA, non di meno una riflessione sull'omogenitorialità non può prescindere da quanto sostenuto in termini generali dalla Corte di cassazione nella recente sent. n. 12962/2016.

Il dato normativo di partenza sulle adozioni è rappresentato dalla legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d* (adozione in casi particolari), secondo cui «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7», cioè pur non sussistendo lo stato di abbandono che invece è il presupposto indispensabile per l'adozione tipica, quale quella «legittimante». Secondo la Cassazione l'art. 44, 1° co., va interpretato nel senso che «l'accertamento di una situazione di abbandono [...] non costituisce [...] una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari»⁵⁵⁷. Del resto, questa interpretazione trova riscontro anche nella Corte costituzionale, per la quale «l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione “legittimante”»⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Corte cass., sent. n. 12962/2016, in <https://www.personaedanno.it/attachments/article/49846/SENTENZA%20CORTE%20DI%20CASSAZIONE.pdf>, 31. Va precisato che l'art. 7, 1° co., legge 184/1983, prevede lo stato di adottabilità per i minori e, ai sensi del successivo art. 8, 1° co., «sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono».

⁵⁵⁸ Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.

Nella specifica fattispecie esaminata dalla Suprema Corte una delle ipotesi di adozione ‘particolare’ in cui è possibile fare a meno dell’accertamento dello stato di abbandono è quella rappresentata dalla lett. *d* dello stesso art. 44, 1° co., cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». L’insieme di queste due condizioni – assenza di un contesto di abbandono e impossibilità di affido preadottivo – può aprirsi «alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda [...] tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l’interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatasi con altri soggetti, che se ne prendono cura»⁵⁵⁹. È evidente, cioè, che se vi sono già persone che si occupano del minore non sussistono né l’abbandono né la condizione per l’affidamento preadottivo, per cui si avrebbe – a giudizio della Cassazione – l’ipotesi della c.d. impossibilità di diritto a tale tipo di affidamento, integrandosi gli estremi della diversa adozione in casi particolari. In tal modo la Cassazione ha confermato quanto sostenuto dal Tribunale di Roma nella sentenza prima illustrata, laddove il giudice capitolino aveva individuato nell’art. 44, 1° co., lett. *d*, un’ipotesi di impossibilità giuridica nei termini ora descritti, escludendo al contrario una mera impossibilità di fatto semplicemente legata a singole circostanze che non consentano l’affidamento preadottivo⁵⁶⁰.

Tale indirizzo interpretativo della Corte di cassazione è in sintonia, ancora, con quanto sostenuto dalla Consulta, secondo la quale «a differenza di quella “legittimante”, la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di

⁵⁵⁹ Corte cass., sent. n. 12962/2016, 40. In ragione di tale interpretazione ne consegue che tra le persone che possono occuparsi di un minore si potrebbe annoverare anche una coppia omosessuale, per cui secondo S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 30 giugno 2016, la Corte di cassazione con la sent. n. 12962/2016 «statuisce in via definitiva che sussiste un diritto fondamentale dei minori cresciuti in coppie omogenitoriali, a mantenere una relazione familiare legalmente riconosciuta anche con il c.d. genitore sociale». Di diverso avviso è G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1340 s., per il quale la formulazione dell’art. 44 «è tale da escludere di per sé stessa un’interpretazione della lettera *d*) volta a consentire l’adozione anche al convivente del genitore dell’adottando: il fatto che questi abbia un genitore e non si trovi in «stato di abbandono», infatti, è di per sé tale da impedire la «constatazione» dell’impossibilità di un suo affidamento preadottivo e, dunque, da vanificare il presupposto previsto dalla disposizione in esame. [...]. Quindi, sul piano strutturale, il sistema adozionale italiano prevede l’adozione della coppia genitoriale come la regola e quella del singolo come l’eccezione, sicché le disposizioni di cui all’art. 44 paiono dettare altrettante norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione estensiva». Infine, per una valutazione sulla idoneità di una coppia *same-sex* alle funzioni genitoriali v. A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in www.diritticomparati.it, 18 dicembre 2013.

⁵⁶⁰ Sulle c.d. impossibilità di fatto e di diritto cfr. V. MONTARULI, *La creazione della ‘stepchild adoption’ tra evoluzione normativa e interpretazioni giurisprudenziali*, in <http://questionegiustizia.it>, 11 luglio 2016, 2 s. Sul punto cfr. ancora A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in <http://www.articolo29.it/2016>, 23 marzo 2016, 2.

origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore»⁵⁶¹.

Di poi, poiché possono accedere alla adozione in casi particolari tanto le persone singole quanto le coppie di fatto, il giudice della legittimità ritiene – per completare l'illustrazione della sent. n. 12962/2016 – che per ragioni antidiscriminatorie non può essere dato «rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio *partner*», per cui l'applicazione dell'art. 44 può essere estesa anche alle coppie omosessuali⁵⁶².

Naturalmente l'indirizzo interpretativo ora illustrato e teso a consentire l'adozione del minore anche a favore delle coppie *same-sex*, attraverso l'art. 44, 1° co., lett. *d*, fa leva sul principio del *best interest of the child* che permette di garantire la continuità affettiva e educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando. Tale contesto normativo non si è modificato con l'entrata in vigore della legge 76/2016 che riconosce le unioni civili tra persone del medesimo sesso, in quanto l'art. 1, 20° co. – dopo aver sancito che le disposizioni relative al matrimonio si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile – stabilisce poi che questo principio non riguarda le «disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 [legge sulle adozioni]. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

In questo modo la legge 76/2016 non è intervenuta sul tema delle adozioni, lasciando tutto inalterato come si evince chiaramente dalla formula normativa ora richiamata, per cui «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Ciò significa che il legislatore ha inteso affidare, con l'unica scelta che ha effettuato, la

⁵⁶¹ Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶² Corte cass., sent. n. 12962/2016, 43. Sul punto la Suprema Corte richiama anche la Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X ed altri c. Austria*. Relativamente al «paradigma antidiscriminatorio» cui si richiama la sent. n. 12962/2016, cfr. S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, cit. Per S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 278 s., «la giurisprudenza italiana di merito – e ormai anche quella della Corte di Cassazione – è comunque orientata a non ritenere rilevante la circostanza dell'orientamento sessuale, nei casi di affidamento di figli minori, anche in via esclusiva [...], dovendosi semmai valutare la capacità educativa e di relazione del genitore o della genitrice rispetto all'equilibrio psicologico dei figli e al loro benessere complessivo, essendo insomma essenziale tenere conto del primario interesse di questi ultimi».

soluzione del problema della *stepchild adoption* alla magistratura, la quale potrebbe ricorrere in modo decisivo per la conclusione delle controversie – come nei casi delle pronunce illustrate – al principio del superiore interesse del minore il cui perimetro di applicazione, però, non sempre appare chiaro.

5. La *stepchild adoption* e la GPA: un legislatore che decide...di non decidere.

Com'è noto uno dei punti più controversi dell'originario d.d.l. Cirinnà era per l'appunto la previsione dell'adozione del figlio del partner a favore dell'altro membro di una coppia *same-sex*. Su questa specifica disposizione normativa non si è riusciti a coagulare una maggioranza parlamentare, in quanto da una parte del Parlamento era sensibilmente avvertito il rischio di favorire con la *stepchild adoption* le pratiche all'estero di maternità surrogata; pertanto, si decise per lo stralcio dell'originaria disposizione all'interno del d.d.l. senza però prendere alcuna posizione sul punto, affidando la soluzione del problema – si ribadisce – alla magistratura, attraverso la formula normativa sopra citata del comma 20, art. 1, dell'attuale legge 76/2016⁵⁶³. In breve, il Parlamento ha deciso...di non decidere, almeno direttamente!

Questo indirizzo parlamentare che tende sostanzialmente a rinviare le soluzioni legislative è purtroppo frequente in molti campi del biodiritto (come ad esempio il fine vita o l'inizio vita, almeno sino all'adozione della legge 40/2004)⁵⁶⁴, sicché i giudici devono farsi carico – in ragione del gravoso divieto di *non liquet* – del compito di sciogliere i nodi problematici

⁵⁶³ È sintomatico, sullo stralcio in oggetto, quanto sostenuto da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 1217, secondo cui «era subito parso ad alcuni osservatori che con la disposizione sottoposta all'ultimo momento al voto di fiducia la politica avesse rilasciato alla giurisdizione, con una “strizzatina d'occhio” invece che con una norma, l'autorizzazione a realizzare fuori del Parlamento quel medesimo disegno normativo [...] cui l'organo legislativo aveva nel frattempo deciso di dire, formalmente, di no». In termini generali sui ‘silenzi’ del legislatore è interessante la tesi di S. PRISCO, *La musica della vita*, Napoli, 2015, 110 s., quando rileva che «si è parlato [...] di tolleranza attraverso la scelta consapevole del “silenzio repressivo” del legislatore, o quantomeno [...] della volontà che le opzioni più incisive in merito siano affidate all'evoluzione del costume, senza che questo implichi dunque necessariamente uno sfavore verso soluzioni più “aperte”, ma lasciandone la responsabilità di condividerle al progressivo e necessariamente lento formarsi di un consenso sociale diffuso verso le differenti pratiche, prima (o in luogo di) di tradurne gli equilibri e le mediazioni raggiunte in formali disposizioni normative».

⁵⁶⁴ Sull'assenza, ma anche sui ritardi e inadeguatezze del legislatore nelle principali tematiche della bioetica, cfr. da ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., spec. 129 ss. È opportuno comunque rammentare che il 20 aprile 2017 è stato approvato, in prima lettura, alla Camera dei deputati il d.d.l. n. 2801 sul c.d. biotestamento.

che il Parlamento ha omesso di affrontare. Tuttavia, non meno evidenti sono gli aspetti egualmente problematici che conseguono a tale tipo di soluzione sotto il profilo della certezza del diritto, dell'unitarietà dell'ordinamento nel caso di contrastanti indirizzi giurisprudenziali e della possibilità di differenti giudicati in ragione delle diverse sensibilità dei giudici, in palese contrasto con l'art. 3 Cost.⁵⁶⁵ A ciò si aggiunga che la scelta giurisprudenziale di acconsentire alla *stepchild adoption* sembrerebbe generare una sorta di corto circuito democratico su questo specifico punto, a prescindere dalle opzioni di merito, poiché si è registrato un implicito diniego del Parlamento che ha portato a stralciare dall'originario d.d.l. questo tipo di soluzione, a fronte però della disposizione di cui al ripetuto comma 20, art. 1, che permette al giudice in concreto la possibilità di ricorrervi⁵⁶⁶. Allo stesso tempo è stato evidenziato in dottrina, a carico della magistratura, che se da un lato il suo intervento suppletivo – in termini generali – non può che essere funzionale agli equilibri di sistema, dall'altro lato è altrettanto verosimile immaginare la possibilità ««[...] di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, [del]la manipolazione arbitraria del testo normativo», quando non «lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»»⁵⁶⁷.

Ciò è tanto più significativo se si tiene conto della genericità di cui soffre il principio del *best interest of the child*⁵⁶⁸, che rappresenta la principale giustificazione alla *stepchild*

⁵⁶⁵ In relazione all'intervento dei giudici in termini di supplenza cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3 ss., e nota 64; cfr. anche R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 73, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014. Non va dimenticato come C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 70 ss., distingue tra due linee di indirizzo degli ordinamenti: «una di segno interventista ed una di segno astensionista». L'esperienza italiana, secondo l'A., rappresenta «una versione patologica del modello astensionista», i cui caratteri «potrebbero indicarsi nell'assenza prolungata ed estesa di regole normative di riferimento» con «conseguenze insostenibili sia per la garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, sia per le difficoltà dei giudici di reperire norme atte a orientare la loro attività, sia, infine, per la certezza nel comportamento da adottare da parte dei medici e della prevedibilità delle relative conseguenze».

⁵⁶⁶ È significativo come la Corte d'appello di Milano, con la sentenza del 9 febbraio 2017, proprio prendendo spunto dal sopra citato comma 20, abbia dichiarato che «non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)» (il richiamo è a Corte App. Torino, 27 maggio 2016).

⁵⁶⁷ Così si esprime, richiamandosi alla Corte di cassazione, L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2016, 208 s., il quale evidenzia ancora la possibilità «di una “negligenza inescusabile” determinata “da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di una vera e propria mancanza di professionalità, concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico»».

⁵⁶⁸ In tal senso cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 73.

adoption. Va precisato innanzitutto che questo principio ha avuto una sua traduzione normativa nell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo⁵⁶⁹, il che gli consente «di integrare in via interpretativa», *ex art. 2 Cost.*, il catalogo dei nostri diritti costituzionali, oltre a rappresentare un vincolo internazionale per il legislatore *ex art. 117, 1° co., Cost.* Ciò nonostante, però, una parte della dottrina ne ha evidenziato la «sua indeterminatezza», le «ambiguità semantiche e la deriva retorica del principio», paventando il pericolo, in caso di suo utilizzo, «[del]l'arbitrio dei giudici o degli organi amministrativi»⁵⁷⁰.

Sembra allora opportuno sottolineare come il principio del 'superiore interesse del minore', nonostante la sua formula, non presenti alcun carattere di sicura preminenza tra i principi costituzionali, essendo ragionevolmente bilanciabile con gli altri diritti costituzionali⁵⁷¹. In caso contrario, diversamente, lo si dovrebbe qualificare come un principio tiranno, aumentando il rischio di veicolare attraverso di esso diritti che in realtà sono degli adulti o della coppia, come il diritto alla genitorialità o il diritto alla non discriminazione, egualmente meritevoli di tutela, ma non in modo surrettizio e sempre nell'ambito di un ragionevole bilanciamento con eventuali diritti contrapposti⁵⁷².

A fronte di tale stato di cose appare chiaro come non possa condividersi la scelta del Parlamento di non decidere o, quanto meno, di affidare ogni soluzione alla magistratura, in

⁵⁶⁹ L'art. 3, 1° co., della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la legge 176/1991, dispone che «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, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Tra i riferimenti normativi a tutela dell'interesse del minore è opportuno ricordare altresì l'art. 24, 2° co., Carta dei diritti UE, secondo cui «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente». Sul tema Corte cost., sent. n. 31/2012.

⁵⁷⁰ Ci si richiama in queste citazioni alla posizione recentemente espressa da E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 71 ss., 77 ss.

⁵⁷¹ Cfr. ancora E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 83 ss. In termini diversi si esprime B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 9, per la quale questo principio «opera [...] alla stregua di una *clausola generale*, piuttosto che come una regola di giudizio o come un valore giuridico assoluto o da bilanciare», come conferma anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017. Sembra, invece, assegnare «priorità ai "superiori" bisogni del bambino» C.M. LENDARO, *Omogenitorialità e minori*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 26 settembre 2014, 7 s. La Corte di cassazione, molto recentemente, nella sent. n. 7762/2017, ha confermato che l'interesse del minore va valutato in relazione alle specifiche circostanze, in particolare sottolineando la necessità di «un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano [...] in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale».

⁵⁷² Su tale pericolo si esprime G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., 1345 ss., 1360 s., nonché B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 10 ss. Di questo rischio sembra consapevole ancora Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017.

ragione degli aspetti problematici ora illustrati. Sarebbe utile, dunque, una legge – pur aperta alle diverse opzioni, benché condivise – di ‘tipico stampo bioetico’ nell’ambito di uno Stato costituzionale ispirato al pluralismo, nel senso di un intervento regolatorio limitato ai principi e rispettoso, entro specifici margini, della libertà di autodeterminazione dei soggetti interessati, così da rendere facoltizzanti i loro comportamenti⁵⁷³. Invero, se si fosse adottato uno specifico e stringente divieto di *stepchild adoption*, questo, al limite, si sarebbe coordinato con il divieto di GPA, ma dall’altro lato sarebbe stato, ad esempio, potenzialmente pervasivo per le scelte di una coppia *same-sex* relative ai figli avuti da un precedente rapporto di tipo eterosessuale.

In conclusione, il Parlamento italiano ha inteso non decidere per non assumersi la responsabilità politica di qualunque scelta eventualmente adottata, tuttavia in questo modo ha omesso di considerare – forse volutamente – che la mancata decisione legislativa è essa stessa una forma, anche più grave, di responsabilità politica.

Abstract: La Corte di Appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017, consentendo la trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero in cui si riconosce il rapporto genitoriale tra due gemelli e il padre non genetico, ha ammesso per la prima volta la genitorialità al padre sociale, partner del padre biologico, senza il ricorso all’istituto dell’adozione. Prestando particolare attenzione alle coppie *same-sex*, il contributo analizza tale decisione alla luce della più recente giurisprudenza interna, a partire da quella della Cassazione, che si muove tra il divieto di maternità surrogata e l’interesse del minore. L’indagine si sofferma, altresì, sulla pronuncia della *Grande Chambre* della Corte EDU

⁵⁷³ Si aderisce alla tesi espressa da A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 25, laddove afferma che «una buona norma in bioetica è una norma che, in genere, ponga principi, disciplini semmai facoltizzando le condotte, bioeticamente rilevanti, lasciando margini alle scelte individuali dei soggetti coinvolti». Anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 13, auspica «un legislatore capace di scrivere leggi facoltizzanti, quelle che Elia invocava a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare principi a garanzia dell’umano che è comune». È interessante, in proposito, quanto sostiene A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, cit., relativamente al tema dell’affido dei minori a coppie dello stesso sesso, per cui «la soluzione maggiormente adeguata è insomma [...] quella che prende forma per effetto di una sana, “leale cooperazione” del legislatore da un canto, dei giudici dall’altro: all’uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell’esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le “deleghe” di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi».

(24 gennaio 2017) che in tema di gestazione per altri (GPA) ha modificato l'orientamento espresso dalla stessa Corte di Strasburgo in prima istanza (27 gennaio 2015). Seppure limitatamente alle ipotesi di maternità surrogata, il contributo prova ad avanzare qualche riflessione sul tema della *stepchild adoption* in relazione alla recente legge 76/2016.

Abstract: The Court of Appeal of Trento, with ordinance of February, 23rd 2017, having consented to the transcription of a foreign judicial action in which parental relationship between two twins and a non genetic father is recognized, has admitted for the first time parenthood to a social father, partner to the genetic father, without any recourse to the Institute of Adoption. By paying specific attention to same-sex couples, the contribution analyses this decision as it is within the most recent internal case-law, starting with that of the Cassation, which moves between the deviation of surrogacy and the interest of the child. Investigation reflects also on the pronouncement of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (January 24th, 2017) which, dealing with the theme of surrogacy had modified orientation expressed by the same Court of Strasbourg in the first instance (January 27th, 2015). Although limited within the hypothesis of surrogacy, the contribution takes into consideration the theme of stepchild adoption in relation to the recent law 76/2016.

Parole chiave: maternità surrogata; interesse superiore del bambino; coppie omosessuali; *stepchild adoption*.

Key words: surrogacy; best interest of the child; same-sex couples; stepchild adoption.