



Gestazione per altri e *stepchild adoption*: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale

di Ludovica Poli

1. – La gestazione per altri rappresenta senza dubbio una delle più controverse pratiche di *third-party reproduction*, ovvero quelle tecniche di fecondazione medicalmente assistita che prevedono la partecipazione di uno o più terzi al progetto genitoriale di una coppia¹. Il timore che il ricorso alla maternità surrogata potesse essere incoraggiato dal riconoscimento della cd. adozione co-parentale (o *stepchild adoption*) ha condotto allo stralcio dell'art. 5 del disegno di legge sulle unioni civili². Sebbene il c. 20 dell'articolo unico della l. 76/2016 consenta, comunque, l'adozione speciale ex art. 44(d) della l. 184/83, facendo salvo l'orientamento giurisprudenziale emerso negli ultimi anni³, la scelta compiuta dal legislatore è criticabile sotto diversi punti di vista.

¹ Costituiscono altre forme di *third party reproduction*: la fecondazione eterologa (consistente nell'utilizzo di gameti – sperma od ovociti – provenienti da un donatore), l'inserimento del DNA mitocondriale di una donatrice negli ovociti della futura madre attraverso una tecnica di manipolazione genetica detta “*spindle transfer*”, nonché la donazione di embrioni.

² Tale disposizione estendeva - attraverso una modifica dell'art. 44 c. 1 lett.(b) della l. 4 maggio 1983, n. 184 - a ciascun componente di una coppia omosessuale unita civilmente la possibilità di adottare il figlio, naturale o adottivo, del partner.

³ Si veda, in particolare, la sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 26-5-2016 con cui è stata avallata l'interpretazione offerta in precedenza dai Tribunali per i minorenni, nonché dalle Corti

Deve infatti constatarsi con rammarico che il potere legislativo ha in sostanza abdicato «alla propria funzione di interprete della realtà sociale»⁴, finendo per lasciare ai giudici il compito di tutelare le (tante) relazioni famigliari non tradizionali. Soprattutto, poi, occorre riconoscere che questa scelta di natura politica ha finito per comprimere i diritti di alcuni (*in primis* dei bambini), senza in realtà affrontare i diversi profili problematici che la pratica della surrogazione di maternità innegabilmente pone, anzitutto sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

2. – Nella surrogazione di maternità la gravidanza è portata avanti da una donna (madre portante o surrogata) per conto di una coppia di aspiranti genitori. Si tratta di una pratica dai profili etici e giuridici ben più controversi di altre tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Non a caso, con la sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ha ribadito la perdurante proibizione della gestazione per altri. La Consulta evidentemente temeva che l'ampia interpretazione - offerta in sentenza - del diritto alla salute psichica «come diritto a vedere appagati i propri desideri o bisogni profondi»⁵ rischiasse di essere interpretata come un segno di apertura verso la pratica di cui si dice.

In effetti, da un punto di vista sociale e culturale, la gestazione per altri appare ben più problematica della donazione di gameti: essa infatti mette in discussione il ruolo della donna e il significato della maternità ed impone, sotto il profilo giuridico, il superamento del principio *mater semper certa est*. Si tratta, peraltro, di una pratica che ha ormai assunto una dimensione internazionale: è, cioè, sempre più spesso realizzata in un paese diverso da quello di provenienza degli aspiranti genitori, che si spostano per approfittare di condizioni economiche più vantaggiose e, soprattutto,

d'appello di Roma e Torino. Per un commento: M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, 22-6-2016, disponibile all'indirizzo: www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/.

⁴ M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, 25-2-2016, disponibile all'indirizzo: www.articolo29.it/2016/cosa-ce-nella-legge-sulle-unioni-civili-una-prima-guida/, ultimo accesso 20-7-2016.

⁵ C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2014, 82.

per aggirare impedimenti di natura legale presenti nell'ordinamento di origine. E' chiaro che tale "turismo"⁶ (o "esilio")⁷ riproduttivo amplifica le problematiche etico-politiche (*in primis*, il rischio di sfruttamento delle condizioni di disagio economico delle madri surrogate⁸) e determina l'insorgenza di problemi di natura giuridica ogni qualvolta sussista un contrasto tra le scelte normative dello Stato di nascita e quelle dello Stato di destinazione dei bambini⁹. Molto spesso, infatti, il legame di parentela dei bambini è ricostruito in modo diverso nei due ordinamenti nazionali e non è escluso che i nati attraverso maternità surrogata siano considerati apolidi nello stato di nascita e privi, non solo della possibilità di lasciarne il territorio, ma anche del permesso di rimanervi¹⁰.

L'aspetto più controverso dal punto di vista etico, ma anche giuridico, della gestazione per altri è senza dubbio la sua natura onerosa, che induce i più a definire la tecnica come "utero in affitto". Su questa forma e non sul diverso caso del "dono del grembo", in cui la gestazione è portata avanti a titolo gratuito e dunque per mero spirito di solidarietà, conviene soffermarsi. Se infatti è vero che il dono del grembo è l'unica pratica consentita in certi ordinamenti, è altrettanto vero che la maggioranza delle gestazioni per altri avviene dietro il pagamento di un corrispettivo, nonché il coinvolgimento di intermediari.

Seppur con l'astensione di illustri nomi¹¹, il Comitato nazionale di bioetica ha

⁶ Sul tema, vedi R.F. Storrow, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, in 57 *Hastings Law Journal*, 2005-2006, 295 ss.; G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in 28 *Journal of Medical Ethics*, 2002, 337 ss.; G.K.D. Crozier, D. Martin, *How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches*, in 12 *Developing World Bioethics*, 2012, 45 ss.

⁷ Questo termine è preferibile per M. M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIus*, 1/2015, 245.

⁸ G. Labadie-Jackson, *The Reproductive Rights of Latinas and Commercial Surrogacy Contracts*, in 14 *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, 2008, 49 ss.

⁹ Tale contrasto di fatto «hides a myriad of different State approaches which may vary even further depending upon the particular factual matrix of the case being considered»: Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 3C, marzo 2014, par. 148. Per un inquadramento della questione: C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 589-604.

¹⁰ *Ibidem*, par. 147.

¹¹ C. Flamigni ritiene che sia indispensabile analizzare la questione considerando «da un lato il mercato del lavoro e i suoi rapporti con le normative internazionali e dall'altro gli sviluppi del progresso scientifico (senza peraltro dimenticare il modo in cui si modifica la morale di senso

condannato l'utero in affitto quale «ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive», ritenendo in particolare che la gestazione per altri a titolo oneroso sia «un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»¹².

In effetti questa percezione trova eco anche in sede internazionale. Uno dei primi riferimenti alla pratica in oggetto si rinviene in un documento, non vincolante, adottato nel 1989 dall'*ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences*, istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa. In tale rapporto, dedicato alla fecondazione medicalmente assistita, trovava formulazione il divieto di ricorrere a tecniche di maternità surrogata, nonché l'inapplicabilità di eventuali accordi conclusi tra i committenti e la gestante, così come il divieto di qualunque attività di intermediazione e di ogni forma di pubblicità della pratica¹³. In realtà il rapporto riconosceva la possibilità di introdurre eccezioni per via legislativa, ma ribadiva la necessità che la madre surrogata avesse sempre la possibilità di tenere il bambino e non ottenesse alcun compenso per il servizio reso¹⁴.

Ben più di recente, il Parlamento europeo ha condannato la surrogazione, ritenendo che comprometta la dignità della donna, mercificandone corpo e funzioni procreative e ha auspicato che tale la pratica, «che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, [sia] proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»¹⁵.

In effetti, anche in assenza di previsioni specifiche, sembra potersi profilare la

comune e cambiano i desideri soggettivi)», mentre per C. Caporale, D. Neri e G. Zuffa stabilire che la maternità surrogata è un contratto che offende la dignità della donna e del figlio implica «negare che intorno alla nascita di quei bambini ci sia un tessuto umano, di investimenti, di pensieri, di desideri, di sentimenti, in primo luogo da parte della madre gestante. Significa cioè negare soggettività alle donne, per considerarle ancora una volta come corpi “muti”, oggetto di prescrizioni, a partorire o non partorire, secondo volontà altre da loro». Comitato nazionale di bioetica, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, mozione del 18-3-2016, disponibile all'indirizzo: presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surrogata_materna.pdf.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, 1989, Principio n. 15, par.1.

¹⁴ *Ibidem*, Principio n. 15, par. 4.

¹⁵ Parlamento europeo, *Risoluzione sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, 17 dicembre 2015, n. 2015/2229, par. 115.

contrarietà della gestazione per altri a titolo oneroso a diversi strumenti di diritto internazionale vigenti¹⁶.

Innanzitutto, essa è qualificabile come transazione attraverso cui un bambino è trasferito da una persona o da un gruppo di persone¹⁷ ad un'altra o più persone, dietro il pagamento di un corrispettivo, e sembra dunque integrare la fattispecie di cui all'art. 2(a) del Protocollo opzionale del 2000¹⁸ alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989¹⁹. Non a caso il Comitato chiamato a vigilare sull'applicazione della citata Convenzione, ha segnalato come l'uso commerciale di tale pratica possa tradursi nella vendita di bambini non solo con riferimento all'India²⁰, ma anche agli Stati Uniti, dove in genere le madri gestanti godono di maggiori garanzie²¹. In questa stessa prospettiva, la surrogazione di maternità a titolo oneroso si pone in contrasto con l'art. 4(c)3 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ai sensi del quale il consenso all'adozione da parte del genitore biologico non deve essere indotto «by payment or compensation of any kind»²².

Se poi anche si ritenesse che lo scambio, che si realizza attraverso l'accordo di surrogazione, riguardi il servizio prestato dalla gestante e non la consegna dietro corrispettivo di un minore²³, non verrebbe meno la contrarietà della pratica agli

¹⁶ Per un approfondimento, sia consentito rinviare a L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Rivista di Biodiritto*, 3/2015, 7-28.

¹⁷ Non solo la madre surrogata, ma anche la clinica e altri ulteriori intermediari.

¹⁸ Protocollo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, New York, 2000.

¹⁹ Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 1989.

²⁰ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the report submitted by India under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography* (CRC/C/OPSC/IND/CO/1), 7 luglio 2014, par. 23, lett. (f).

²¹ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography*, (CRC/C/OPSC/USA/CO/2), 2-7-2013, par. 29, lett. (a) e (b).

²² Convenzione sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, l'Aja, 1993. La stessa Convenzione sui diritti del fanciullo auspicava all'art. 21 lett. (d) una regolamentazione dell'istituto dell'adozione volta ad escludere ogni «improper financial gain for those involved in it».

²³ J. Tobin, *To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?*, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 689, disponibile all'indirizzo: ssrn.com/abstract=2476751, (ultimo accesso 20-7-2016), 21. Alcuni Autori hanno proposto soluzioni pratiche per garantire che la compensazione sia corrisposta per il servizio e non per la cessione del minore. Per C. McLeod e A. Botterel (*A Hague Convention on contract pregnancy* (or

articoli 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina e 3 della Carta Europea dei diritti fondamentali, ai sensi dei quali né il corpo umano né le sue parti possono essere, in quanto tali, fonte di profitto. Tali norme debbono intendersi proibire non solo la commercializzazione degli organi (nonché tessuti e cellule) in sé, ma anche delle loro funzionalità. Il principio che le ispira, infatti, è che la riduzione a merce di scambio di beni e valori che non hanno di per sé natura commerciale rappresenta una violazione della dignità umana.

Secondo alcuni, infine, un ulteriore profilo di incompatibilità si riscontra con la norma formulata all'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, che riconosce la funzione sociale della maternità, la quale mal si concilia con la sua mercificazione²⁴.

Sono dunque molteplici e fondati gli argomenti a sostegno dell'illiceità della *commercial surrogacy* dal punto di vista del diritto internazionale ed è pertanto comprensibile che diversi ordinamenti (in particolare quelli più "paternalistici") considerino tale pratica contraria alla morale ed all'ordine pubblico. Tuttavia, pur partendo da tale constatazione, occorre chiedersi se il mancato riconoscimento dell'istituto dell'adozione co-parentale sia davvero funzionale a ridurre il ricorso a tale pratica e, soprattutto, se tale scelta sia legittima alla luce dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, *in primis* dei bambini. La risposta ad entrambi i quesiti è in senso negativo.

3. – Da un punto di vista fattuale, occorre innanzitutto riconoscere che buona parte delle coppie che fanno ricorso alla maternità surrogata sono composte da individui di sesso diverso, spesso uniti in matrimonio. Secondo quanto riportato da

'surrogacy'): *avoiding ethical inconsistencies with the Convention on adoption*, in 7 *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2014, 226), il corrispettivo andrebbe versato a prescindere dal buon esito della gravidanza, dunque anche nel caso di aborto; per K. Trimmings e P. Beaumont (*International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level*, in 7 *Journal of Private International Law*, 2011, 644) sarebbe sufficiente stabilire un importo massimo a titolo di corrispettivo per il servizio.

²⁴ B. Stark, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in 18 *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2011-2012, 380.

alcune testate giornalistiche²⁵, e confermato da agenzie che si occupano di maternità surrogata²⁶, l'ottanta per cento delle coppie che ricorrono a tale pratica sono eterosessuali. In effetti molti degli ordinamenti che consentono la surrogazione di maternità pongono chiare limitazioni quanto all'orientamento sessuale di chi può avervi accesso. Stando ai dati raccolti dalla Conferenza dell'Aja per il diritto internazionale, sarebbe di fatto possibile per una coppia omosessuale fare ricorso alla surrogazione di maternità solo negli Stati Uniti, in Australia e in Sudafrica (mete dove il percorso è decisamente più oneroso)²⁷, nonché nel Regno Unito, dove tuttavia è consentita solo la *surrogacy* altruistica, il che riduce sensibilmente il numero delle candidate a madre surrogata²⁸.

È dunque ovviamente da escludere che la mancata previsione della *stepchild adoption* nella legge sulle unioni civili abbia un impatto deflattivo sul ricorso di coppie eterosessuali alla maternità surrogata all'estero, ovvero nella maggioranza dei casi in cui essa è praticata.

In ogni caso, tale omissione non è legittima perché finisce per produrre una compressione del diritto dei figli al riconoscimento dei rapporti parentali, come strumento atto a contrastare un fenomeno che si considera inaccettabile. La scelta operata dal nostro legislatore appare dunque in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea ed in particolare con i principi formulati nelle decisioni relative a casi di surrogazione di gestazione, nonché con la tendenziale apertura verso forme alternative di famiglia, che emerge nelle sentenze in materia di adozione da parte di omosessuali.

²⁵ Così, S. Ambrogi, *Diritti civili e utero in affitto: davvero le due questioni sono così connesse?*, in *L'Espresso*, 30-3-2015, A. Malaguti, *Io e Adriano finalmente padri, grazie ai soldi per l'utero in affitto*, in *La Stampa*, 14-2-2016.

²⁶ V., in particolare, il sito dell'agenzia spagnola Life bridge: lifebridgeagency.it/blog/il-80-dei-processi-della-maternit-surrogata-sono-delle-coppie-eterosessuali/#.

²⁷ Secondo talune stime, mentre il costo di una surrogazione realizzata in India sarebbe incluso tra 10,000 e 35,000 dollari, negli Stati Uniti il prezzo della medesima pratica sarebbe compreso tra 59,000 e 80,000 dollari: U.R. Smerdon, *Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India*, in 39 *Cumberland Law Review*, 2008, 32.

²⁸ Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 10, marzo 2012, 14, nt. 80.

4. – La Corte non si è mai espressa sulla surrogazione di maternità in sé, ma si è piuttosto soffermata a valutare l’impatto delle scelte operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica. Particolarmente rilevanti sono i casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*²⁹ – in cui la Corte ha censurato il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere i certificati di nascita di bambini nati attraverso *surrogacy* negli Stati Uniti – ed il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*³⁰, avente ad oggetto l’allontanamento di un bambino nato attraverso gestazione surrogata dalla coppia committente, a cui non risultava legato geneticamente.

Nelle citate decisioni, la Corte mantiene ben distinte due questioni: da una parte, la valutazione compiuta dall’ordinamento interno circa la liceità/legittimità della gestazione per altri e, dall’altra, la condizione dei bambini nati attraverso tale tecnica³¹.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte non prende mai posizione sull’ammissibilità o meno della surrogazione di maternità, né sulla sua conformità agli standard di tutela di diritti umani, limitandosi a valutare l’ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati nei casi di specie. Così, nelle decisioni *Menesson* e *Labassee*, la Corte, pur riconoscendo che il rifiuto di trascrivere gli atti di nascita fosse espressione della scelta etica operata dall’ordinamento interno e garantisse coerenza normativa rispetto al divieto di maternità surrogata, ha affermato di non voler entrare nel merito dell’eccezione di ordine pubblico³² e si è limitata a precisare che il margine di apprezzamento degli Stati è ristretto, allorché sia in gioco il rapporto di filiazione, dal momento che questo rappresenta un aspetto

²⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, quinta sezione, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, sent. 26-7-2014. Per un commento: C. Campiglio, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*.

Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. V 26 giugno 2014 (*Menesson c. Francia*), in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1132-1139.

³⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, seconda sezione, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sent. 25-1-2015. Per un commento: A. Schuster, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l’interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 834-840; M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenLus*, 2015, 160-173.

³¹ Così pure nella sent. 21-7-2016, relativa ai casi *Foulon e Bouvet*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, in cui la Corte richiama le conclusioni raggiunte in *Menesson* e *Labassee*.

³² *Menesson*, cit., par. 83-84, *Labassee*, cit., par. 62-63.

fondamentale dell'identità (e dunque della vita privata) degli individui³³.

Una volta definita l'ampiezza della discrezionalità di cui godono gli Stati, la Corte considera la posizione dei bambini, ben distinguendola da quella dei genitori, la cui scelta di muoversi contro i dettami normativi nazionali è incidentalmente sottolineata nelle decisioni. Così, in *Mennesson* e *Labassee*, la Corte ha negato che la mancata trascrizione dell'atto di nascita costituisca una violazione del diritto alla vita familiare dei genitori, ritenendo in particolare che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti³⁴. Diversamente, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata dei figli delle due coppie. Per i giudici, sebbene la scelta di non riconoscere il rapporto di filiazione fosse legittimamente volta a mantenere la coerenza con il divieto di *surrogacy* formulato nell'ordinamento interno, essa aveva avuto un'importante conseguenza non solo sui genitori (i quali – insiste la Corte – avevano scelto di ricorrere a tecniche vietate), ma anche sui bambini, il cui diritto alla vita privata aveva finito per essere sensibilmente compromesso³⁵. In particolare, a seguito della mancata trascrizione, i minori si trovavano in uno stato di incertezza giuridica atta a minarne l'identità, oltre a comprometterne la possibilità di ottenere la cittadinanza francese e di far valere i diritti di successione³⁶.

L'approccio della Corte trova conferma nella decisione relativa al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* in cui i giudici hanno ritenuto che l'intromissione nella vita privata dei ricorrenti – rappresentata dalla dichiarazione dello stato di abbandono e dall'allontanamento del minore – fosse prevista dalla legge e finalizzata a scopi legittimi (in particolare, la difesa dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti e delle libertà del bambino³⁷). Tuttavia, essi hanno ribadito la portata ristretta del margine di apprezzamento, quando vi siano in gioco interessi particolarmente importanti³⁸ e,

³³ *Mennesson*, cit., par. 79-80, *Labassee*, cit., par. 58-59.

³⁴ *Mennesson*, cit., par. 87-94, *Labassee*, cit., par. 66-73.

³⁵ *Mennesson*, cit., par. 99, *Labassee*, cit., par. 78.

³⁶ *Mennesson*, cit., par. 96-98, *Labassee*, cit., par. 75-77.

³⁷ *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 71-72.

³⁸ *Ibidem*, par. 74.

pur ritenendo ragionevole la scelta di dichiarare lo stato di abbandono del minore³⁹, hanno chiarito che l'allontanamento è una misura estrema, da adottarsi solo in casi molto circoscritti, in cui vi sia la necessità di tutelare il bambino da un pericolo imminente⁴⁰. In questo caso, dunque, è ancor più evidente la necessità che la Corte percepisce di tenere distinte le scelte dell'ordinamento in materia di maternità surrogata e la tutela della posizione del minore incolpevole. Non a caso – e molto significativamente – la Corte ha dichiarato che il riferimento all'ordine pubblico non può essere considerato una “*carte blanche*” in grado di giustificare qualunque misura e che l'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore grava sullo Stato «*indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*»⁴¹.

Insomma, se l'assenza di un consenso sulla maternità surrogata tra i paesi membri, che ben rivela l'estrema delicatezza della questione, suggerisce di riconoscere ampia discrezionalità agli ordinamenti interni per quanto riguarda la decisione di consentire o meno tale tecnica, la necessità di tutelare interessi particolarmente importanti, restringe sensibilmente il margine di apprezzamento degli Stati, a maggior ragione quando la questione riguardi dei bambini. Ed è sempre la posizione di costoro, la cui stessa esistenza – paradossalmente – dipende dalla violazione della normativa nazionale, che la Corte tutela, confermando che l'interesse superiore del minore funziona quale contro-limite all'ordine pubblico⁴².

5. – In materia adozione da parte di omosessuali la Corte non ha mai analizzato la questione dalla prospettiva del minore e del suo superiore interesse, essendo stata piuttosto chiamata ad esprimersi sulle violazioni del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU subite dalle coppie.

La giurisprudenza in materia è tuttavia interessante perché registra importanti

³⁹ Alla luce dell'assenza di un legame genetico tra il bambino ed i ricorrenti, *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 72 e 76.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 80.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² F. Mosconi, C. Campiglio, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2005, 358; 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*, vol. 9, 2015, 207.

successi rispetto al riconoscimento di forme alternative di famiglia meritevoli di tutela.

In particolare, nel caso *EB c. Francia*, la Corte ha ravvisato una violazione del combinato disposto degli articoli 14 e 8 CEDU, riconoscendo che il rifiuto di autorizzare l'adozione da parte della ricorrente era stato determinato esclusivamente dall'orientamento sessuale di quest'ultima e ritenendo che «des raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante»⁴³. La sentenza è significativa, come non ha mancato di notare la dottrina⁴⁴, perché consacra l'idea che una famiglia *same-sex* possa essere un ambiente adatto per la crescita di un bambino, superando l'atteggiamento titubante manifestato in una precedente decisione⁴⁵.

La Corte si è poi occupata di adozione co-parentale nel caso *X e altri c. Austria*⁴⁶, in cui ha stabilito che l'impossibilità per le coppie omosessuali di procedere ad adozione co-parentale rappresenta una violazione del combinato disposto degli articoli 14 e 8 CEDU, allorché tale misura sia consentita alle coppie eterosessuali non sposate. Sebbene tale decisione (in linea con le sentenze *Gas e Dubois c. Francia*⁴⁷ e *Oliari ed altri c. Italia*⁴⁸) confermi che rientra nel margine di

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 43546/02, *E.B. c. Francia*, sent. 22-1-2008, par. 94.

⁴⁴ G. Letsas, *No human right to adopt*, in 1 *UCL Human Rights Law Review*, 2008, 134 ss.; P. Johnson, *Heteronormativity and the European Court of Human Rights*, in 23 *Law Critique* 2012, 46; L. Hart, *Individual adoption by non-heterosexuals and the order of family life in the European court of human rights*, in 36 *Journal of Law and Society*, 2009, 557.

⁴⁵ Nella decisione *Fretté c. Francia* (ricorso n. 36515/97, sent. 26-2-2002) la Corte aveva infatti riconosciuto come legittima la scelta delle autorità francesi di negare l'autorizzazione all'adozione, alla luce della scarsità di conoscenze scientifiche sulle conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o due genitori omosessuali, da una parte, e della sussistenza di un ampio margine di apprezzamento degli Stati in materia, dall'altra (par. 42).

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, sent. 19-2-2013.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, sent. 15-3-2012: i giudici hanno escluso una violazione del combinato disposto degli art. 14 e 8 CEDU quanto all'impossibilità per una coppia omosessuale di procedere ad adozione co-parentale poiché tale istituto era riservato, nell'ordinamento francese, alle sole persone unite in matrimonio, condizione non assimilabile a quella delle ricorrenti (par. 68).

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, quarta sezione, ricorsi n. 18766/11 and 36030/11, *Oliari ed altri c. Italia*, sent. 21-7-2015, in cui - pur condannando lo Stato convenuto per l'assenza di tutela giuridica delle coppie omosessuali - la Corte ha esplicitamente ribadito che rientra nella

apprezzamento degli Stati consentire o meno l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, nonché regolare diversamente lo status delle coppie coniugate e quello delle coppie di fatto⁴⁹, essa rappresenta senza dubbio un importante passo avanti per il riconoscimento delle tante famiglie che esulano dall'idea strettamente biologica di legame genitoriale. In particolare, dopo aver notato che l'ordinamento austriaco favoriva l'inserimento dell'adottato in un ambiente che riproducesse le condizioni della famiglia biologica (composta cioè da due genitori di sesso opposto)⁵⁰, la Corte ha ricordato che, se la salvaguardia della famiglia tradizionale rappresenta, in linea di principio, un motivo idoneo a giustificare una disparità di trattamento, lo Stato deve comunque scegliere misure di tutela tenendo conto dell'evoluzione della società, «including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life»⁵¹. I giudici hanno così dato il giusto rilievo alla dimensione sociale del vincolo parentale.

L'attenzione che la Corte dimostra per l'evoluzione sociale e culturale in Europa (attestata anche dall'art. 7.2 della nuova versione della Convenzione europea sull'adozione dei minori⁵²) è peraltro in linea con l'interpretazione della Convenzione quale *living instrument*, un'interpretazione dinamica, cioè, che tenga conto delle «present day conditions»⁵³.

6. – Dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea emerge che, a prescindere dalla valutazione che ciascun ordinamento compie sull'ammissibilità della surrogazione di maternità, il principio dell'interesse superiore del minore milita a favore del riconoscimento giuridico di ogni rapporto familiare di fatto. E' evidente che tale impostazione abbia conseguenze pratiche molto significative rispetto alle scelte di natura etica compiute in sede nazionale. Imponendo agli Stati

discrezionalità dei singoli Stati riconoscere il diritto al matrimonio anche alle coppie *same-sex* (par. 192).

⁴⁹ P. Johnson, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v France*, in 75 *The Modern Law Review*, 2012, 1136.

⁵⁰ *X e altri c. Austria* cit., par. 137.

⁵¹ *Ibidem*, par. 139.

⁵² Convenzione europea sull'adozione dei minori (riveduta), Strasburgo, 2008.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*, sent. 25-4-1978, par. 183.

di riconoscere effetti legali ai risultati della surrogazione di maternità realizzata all'estero, la Corte limita gli strumenti attraverso i quali le autorità nazionali possono dissuadere il turismo riproduttivo ed ostacolare il ricorso ad una pratica che considerano contraria all'ordine pubblico. Tuttavia, se è certamente auspicabile una normativa internazionale che ben distingua tra "utero in affitto" e "dono del grembo" e regoli la pratica tenendo in considerazione gli interessi di tutte le persone coinvolte⁵⁴, agli ordinamenti contrari alla maternità surrogata non resta che elaborare soluzioni normative che ne scoraggino il ricorso, senza compromettere i diritti di terzi, incolpevoli, quali i bambini. Non bisogna dimenticare, infatti, che la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è considerata dalla stessa Corte europea particolarmente odiosa: ogni differenza di trattamento che si fondi su questa sfera dell'intimità individuale deve essere, dunque, solidamente giustificata. Questo principio deve essere ribadito (e anzi inteso in senso ancor più forte) quando ad essere discriminati siano i bambini, in ragione dell'orientamento sessuale dei propri genitori.

⁵⁴ Non si ignora, tuttavia, che quello della natura *profit* della pratica è un nodo cruciale che difficilmente potrà essere risolto a livello internazionale, stante il numero crescente di stati per cui il turismo procreativo risulta essere piuttosto lucrativo.